

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Ondřeje Mrákoty a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobce: **Město Pelhřimov,** se sídlem Masarykovo nám. 1, Pelhřimov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 12. 2016, č. j. 31 Af 3/2015 - 29,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalobci se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím ze dne 18. 9. 2013, č. j. ÚOHS-S236/2013/VZ-17887/2013/522/LKo (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), žalovaný (dále jen „stěžovatel“) rozhodl, že žalobce (dále též „zadavatel“) se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v relevantním znění (dále jen „ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 ZVZ, když v rámci provedení upgradu elektronické spisové služby města Pelhřimov vyloučil migraci stávajících dat, čímž vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění části II. „Elektronická spisová služba hostovaná v TC ORP Pelhřimov“ veřejné zakázky „Rozvoj eGovernmentu v ORP Pelhřimov“ (zkratka ORP užívána pro pojem „obec s rozšířenou působností“ - pozn. NSS). Za spáchání uvedeného správního deliktu stěžovatel uložil žalobci pokutu ve výši 45 000 Kč.

[2] Proti prvostupňovému rozhodnutí podal žalobce rozklad, který předseda

stěžovatele rozhodnutím ze dne 5. 12. 2014, č. j. ÚOHS-R324/2013/VZ-25768/2014/323/PMo, zamítl a potvrdil rozhodnutí stěžovatele.

[3] Proti rozhodnutí předsedy stěžovatele podal žalobce žalobu u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který jí rozsudkem ze dne 19. 12. 2016, č. j. 31 Af 3/2015 - 29, vyhověl, napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), zrušil a věc stěžovateli vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud konstatoval, že sporná je právní otázka, zda stanovení podmínky „vyloučení migrace dat“ v části II. veřejné zakázky znamenalo diskriminaci, jež v konečném důsledku vedla k vytváření nedůvodných překážek, resp. omezení hospodářské soutěže. Posouzení věci podle krajského soudu záleželo rovněž na zodpovězení otázky, zda existovaly objektivní důvody pro stanovení uvedené podmínky pro posuzovanou veřejnou zakázku. Podle krajského soudu mohou potřeby zadavatele implikovat omezení pro řešení určité situace. Žalobce v části II. veřejné zakázky nežádal nové řešení, pouze rozšíření (upgrade) stávajícího dlouhodobě používaného systému elektronické spisové služby. Žalobce v rozkladu a žalobě definoval migraci dat, popsal její průběh, sdělil údaje o provozovaném informačním systému včetně počtu spisů a dokumentů. Tyto údaje měly být při rozhodování stěžovatele zohledněny, neboť odůvodňují potřeby žalobce, pro které vymezil veřejnou zakázku způsobem uvedeným v zadávací dokumentaci. Potřebou žalobce zjevně nebyla změna léta užívaného informačního systému elektronické spisové služby, ale pouze rozšíření jeho funkcionalit. Pokud žalobce uváděl, že migrace dat by zcela nadbytečně zatížila jeho rozpočet, přičemž se jedná o nepotřebné a nezamýšlené plnění, pak byla jeho úvaha z ekonomického hlediska dle názoru krajského soudu racionální. Rozhodnutí stěžovatele neobsahuje žádnou argumentaci k závěru, že se žalobce svým postupem dopustil účelového výkladu zákona. S ohledem na vše uvedené krajský soud uzavřel, že napadená rozhodnutí jsou vystavěna na chybném právním posouzení porušení § 45 odst. 3 ZVZ, a proto nemohou obstát.

II. Podstatný obsah kasační stížnosti, vyjádření žalobce

[4] Stěžovatel napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., neboť krajský soud podle názoru stěžovatele nesprávně dovodil, že napadená rozhodnutí jsou od počátku postavena na nesprávném posouzení porušení § 45 odst. 3 ZVZ ze strany žalobce. Krajský soud neuvedl přesvědčivé argumenty, na jejichž základě považuje posouzení provedené stěžovatelem a jeho předsedou za chybné.

[5] Stěžovatel předně uvedl, že argumentace žalobce v rozkladu nesměřovala proti výroku o vině. Podle stěžovatele není správný názor krajského soudu, podle něhož vysvětlení pojmu migrace dat, popis jejího průběhu a údaje o provozovaném informačním systému včetně počtu spisů a dokumentů jsou skutečnostmi, které měly být při rozhodování stěžovatele zohledněny. Krajský soud v rámci svého závěru, že požadavek žalobce na upgrade elektronické spisové služby je smysluplný a ekonomicky logický, vychází pouze z tvrzení žalobce, že se jedná o vyhovující systém užívaný od roku 2004. Je třeba klást důraz na stanovení objektivních technických podmínek a zákazu tzv. skryté diskriminace. Stěžovatel konstatoval, že je na zadavateli, aby pečlivě zvažoval, zda stanovením konkrétních technických podmínek nemůže u některého z potenciálních dodavatelů dojít k nedůvodnému vyloučení možnosti podat nabídku a k vytvoření

nedůvodných překážek hospodářské soutěže (§ 45 odst. 3 ZVZ). Žalobce ovšem podle stěžovatele nijak konkrétně nezdůvodnil své požadavky týkající se technických podmínek; pouze opakovaně argumentoval, proč v případě upgradu elektronické spisové služby upřednostnil rozšíření produktu společnosti SoftHouse, s. r. o., IČO 26379945, se sídlem Na Radosti 50/4, Plzeň (dále jen „společnost SoftHouse“). Ve správním řízení ani v zadávací dokumentaci však žalobce neuvedl relevantní zákonné důvody, které by vzhledem k charakteru předmětné části veřejné zakázky objektivně odůvodňovaly požadavek spočívající v zákazu migrace stávajících dat. V bodě 3.5 „Implementace a integrace eSpSl“ zadávací dokumentace (zkratka eSpSl užívána pro pojem „systém elektronické spisové služby“ - pozn. NSS) žalobce pouze uvedl, že v rámci provedení upgrade eSpSl ORP Pelhřimov nepřipouští migraci stávajících dat či změnu datových struktur, aniž by tento požadavek zákonem předvídaným způsobem rozvedl. Veřejná zakázka tak byla dle názoru stěžovatele bezdůvodně vázána na určitý konkrétní systém. Její plnění by vedlo k zakonzervování stávajícího stavu, třebaže by se tak stalo např. prostřednictvím subdodavatele (tj. společnosti SoftHouse) jako osoby, pomocí které má příslušný dodavatel plnit předmětnou část zakázky. Žalobce se snažil upgrade elektronické spisové služby ospravedlnit ryze subjektivními důvody. Skutečnost, že žalobce v minulosti nastavil elektronickou spisovou službu popsaným způsobem, nemůže podle stěžovatele odůvodnit jeho další postup, v rámci něhož je elektronická spisová služba zajišťována jediným dodavatelem. Množství spisů a dokumentů není objektivním důvodem pro trvalé zakonzervování stávajícího stavu. Závěr krajského soudu znamená, že žádný upgrade informačního systému nemůže být v budoucnu v praxi proveden jiným, resp. novým subjektem. Subjektivní důvody žalobce vedoucí k omezujícím technickým podmínkám nemohou ospravedlnit omezení hospodářské soutěže. Možnost potenciálních dodavatelů účastnit se veřejné zakázky byla v daném případě v moci společnosti SoftHouse, která mohla diktovat, komu data zpřístupní, což je nepopiratelnou konkurenční výhodou. Za situace, kdy jediný dodavatel požíval uvedené výhody, musel postup žalobce vést k porušení § 45 odst. 3 ZVZ.

[6] Dále stěžovatel uvedl, že postup žalobce byl diskriminační a v rozporu s § 6 odst. 1 ZVZ. Jednalo se o tzv. skrytou diskriminaci. Klíčovým problémem při stanovení jakýchkoliv požadavků je nadbytečnost těch zadavatelem stanovených podmínek, které nejsou pro úspěšné plnění veřejné zakázky nezbytné, nebo které nemají na kvalitu plnění veřejné zakázky vliv; musí být objektivně odůvodnitelné. Shledání skryté diskriminace je na místě tam, kde technické podmínky jsou vskutku excesivní a vybočují z oprávněných potřeb zadavatele. Pokud by žalobce v daném případě postupoval v souladu se ZVZ, mohl být okruh uchazečů mnohem širší. V důsledku toho lze podle stěžovatele učinit závěr o diskriminačním postupu žalobce, jímž mohl být podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Zamezení migrace dat při upgradu elektronické spisové služby musí vést k tomu, že potenciální uchazeči o veřejnou zakázku (v rámci rozšiřování funkcí elektronické spisové služby žalobce) nemohou jakkoliv zasahovat do dat, která byla v tomto systému uložena. Poukázal-li žalobce na to, že kterýkoliv dodavatel do své nabídky mohl zakomponovat jednu z forem poskytnutí řešení upgrade stávajícího řešení bez nutnosti migrace stávajících dat, pak toto žalobcovo tvrzení nezpochybňuje zásadní zúžení okruhu potenciálních uchazečů.

[7] Stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že si žalobce může nastavit

technické podmínky libovolně, jak chce, pokud daný postup odůvodní svými - v daném případě zcela subjektivními - důvody. Jednáním žalobce došlo k nedovolenému omezení okruhu potenciálních uchazečů o předmětnou část veřejné zakázky. Nelze s krajským soudem souhlasit v tom, že otázky propojení informačních systémů, množství spisů, manipulace s nimi a ochrana údajů jsou objektivním důvodem pro požadavek na zachování stávajících datových struktur, což v konečném důsledku vede také k tomu, že jakýkoliv upgrade využívaného systému elektronické spisové služby musí technologicky vycházet z dříve zvoleného řešení.

[8] Podle stěžovatele skutečnost, že informační systém žalobce obsahuje množství spisů a dokumentů, nemůže nic měnit na tom, že žalobce své omezující podmínky řádně neodůvodnil ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu; opět se jedná o důvod ryze subjektivní povahy. Z ničeho nevyplývá, že by se žalobce zabýval jinými variantami upgradu elektronické spisové služby v době před zahájením zadávacího řízení. Dále z ničeho neplyne, že by stěžovatel bagatelizoval zcela obecné tvrzení žalobce, že eventuální migrace dat by nadbytečně zatížila jeho rozpočet.

[9] Stěžovatel přirovnal nyní projednávanou věc k případu řešenému Krajským soudem v Brně v rozsudku ze dne 19. 6. 2016, č. j. 62 Af 112/2013 - 198, v němž se zadavatel nemohl odvolávat na objektivní nutnost realizace předmětu zakázky jiným subjektem než vybraným uchazečem, neboť stav exkluzivity v minulosti sám způsobil. Rovněž v této věci žalobce sám způsobil stav exkluzivity nastavením omezujících technických podmínek (zákazu migrace dat). Uvedený závěr potvrzuje skutečnost, že žalobce obdržel pouze jedinou nabídku, a to od dodavatele, jehož subdodavatelem byla společnost SoftHouse (dosavadní zajišťovatel předmětné elektronické spisové služby). Nevhodná formulace technických podmínek může způsobit zvýhodnění některého z dodavatelů, aniž by to bylo zřejmé ve fázi přípravy zadávacích podmínek; může se projevit až později a být důvodem pro napadení zadávacího řízení.

[10] Stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že prvostupňové rozhodnutí neobsahuje žádnou argumentaci k závěru, že se žalobce svým postupem dopustil účelového výkladu zákona. V prvostupňovém rozhodnutí bylo provedeno hodnocení (ne)důvodnosti omezujících technických požadavků žalobce, které bylo adekvátně rozšířeno v rozhodnutí předsedy stěžovatele (tvořícím s prvostupňovým rozhodnutím jeden celek). Ve správním řízení bylo zjištěno, že žalobce svým postupem omezil okruh uchazečů nejen pro část II. veřejné zakázky, ale také pro její další části. Pokud by totiž uchazeč nesplňoval požadavek na realizaci upgradu elektronické spisové služby bez migrace dat, nemohl by se ani samostatně ucházet o zbylé části veřejné zakázky.

[11] Stěžovatel Nejvyššímu správnímu soudu navrhl, aby rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[12] Žalobce se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[13] Nejvyšší správní soud přezkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a shledal,

že kasační stížnost je podána včas, neboť byla podána ve lhůtě dvou týdnů od doručení napadeného rozsudku (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), je podána osobou oprávněnou, neboť stěžovatel byl účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek vzešel (§ 102 s. ř. s.), a za stěžovatele jedná jeho zaměstnanec, který má vysokoškolské právnické vzdělání, jež je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 s. ř. s.).

[14] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] Jak přiléhavě uvedl již krajský soud, v dané věci je sporné posouzení otázky, zda stanovení podmínky „vyloučení migrace dat“ v části II. veřejné zakázky znamenalo diskriminaci, která v konečném důsledku vedla k vytváření nedůvodných překážek, resp. omezení hospodářské soutěže. S tím souvisí posouzení, zda existovaly objektivní důvody pro stanovení uvedené podmínky v rámci části II. předmětné veřejné zakázky.

[17] Nejvyšší správní soud konstatuje, že nelze přisvědčit výtce stěžovatele, podle níž argumentace žalobce v rozkladu nesměřovala proti výroku o vině. Žalobce v rozkladu namítal, že specifikace předmětu veřejné zakázky a související požadavek zákazu migrace dat odpovídá jeho potřebám a objektivně vymezuje cílové řešení, přičemž neklade neodůvodněné překážky uchazečům a nevytváří překážku hospodářské soutěže ve smyslu § 45 odst. 3 ZVZ. Argumentace žalobce tedy zjevně brojila proti výroku o vině, neboť zpochybňovala závěry stěžovatele v prvostupňovém rozhodnutí, na jejichž základě uznal žalobce vinným ze spáchání správního deliktu.

[18] Podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

[19] Podle § 44 odst. 3 písm. b) ZVZ musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň technické podmínky (§ 45) nebo zvláštní technické podmínky (§ 46a), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

[20] Podle § 45 odst. 1 ZVZ se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Podle odst. 3 nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.

[21] Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

[22] K citovaným ustanovením Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 2. 2013, č. j. 7 As 7/2016 - 44 (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), konstatoval: *„Předně je z ust. § 44 odst. 3 písm. b) a § 45 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách patrné, že technické podmínky musejí být odůvodněny předmětem veřejné zakázky a stanoveny jednoznačně, objektivně a způsobem vyjadřujícím účel použití. Musí se tedy jednat o parametry vyžadované odůvodněnou potřebou zadavatele, tj. objektivně zdůvodnitelné. S tím souvisí i přímý zákaz (ust. § 45 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách) stanovit technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zákaz zvýhodňovat určité dodavatele je projevem zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace (ust. § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), které taktéž zásadním způsobem limitují zadavatele při vymezení technických podmínek (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010 - 182;* [...] *Odpovědnost za správní delikt podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní, a z hlediska znaků skutkové podstaty tohoto správního deliktu proto není vůbec podstatné, zda stěžovatel zamýšlel omezit volnou soutěž a diskriminovat některé uchazeče, či nikoliv. Podstatné je, že stěžovatel objektivně nedodržel postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách, neboť při stanovení technických požadavků postupoval v rozporu s ust. § 6 odst. 1 a § 45 odst. 3 věty první tohoto zákona.“*

[23] Z obsahu správního spisu plyne, že žalobce jako zadavatel zadal v otevřeném nadlimitním zadávacím řízení veřejnou zakázku č. 60058238 „Rozvoj eGovermentu v ORP Pelhřimov“ rozdělenou na čtyři jednotlivé části. Uchazeči měli právo podat nabídku na všechny části veřejné zakázky; na každou část veřejné zakázky hodlal žalobce uzavřít samostatnou smlouvu. Na veřejnou zakázku byla žalobci v roce 2011 schválena dotace v rámci příslušného operačního programu Evropské unie. Projednávaná věc se týká zejména části II. „Elektronická spisová služba hostovaná v TC ORP Pelhřimov“ (zkratka TC ORP užívána pro pojem „technologické centrum obce s rozšířenou působností“ - pozn. NSS). Předmětem uvedené části měl být *„upgrade stávající eSpSl ORP Pelhřimov, pořízení a implementace centrální hostované spisové služby pro příspěvkové organizace ORP Pelhřimov a pro obce ze správního obvodu ORP Pelhřimov a jimi zřizované organizace“. Podle čl. 1.1 (Výchozí podmínky) přílohy č. 2b zadávací dokumentace využívala ORP Pelhřimov toho času elektronickou spisovou službu EZOP; nově budované technologické centrum mělo příslušným organizacím poskytovat množinu služeb formou hostingu, mj. také elektronickou spisovou službu. Podle čl. 1.2 (Popis cílového stavu) přílohy č. 2b zadávací dokumentace byl cílem projektu „upgrade stávající eSpSl ORP Pelhřimov spočívající v rozšíření o komunikační rozhraní a plnou kompatibilitu s Informačním systémem datových schránek (ISDS), rozšíření o modul poskytující workflow (tj. technologii, prostředí) podepisování elektronických dokumentů, workflow standardních schvalovacích procesů, modul pro automatické generování šablon s údaji ze spisové služby a funkcionalitu vkládání dokumentu do evidenční karty, dále pořízení centrální spisové služby pro příslušné subjekty s potřebnou technologií a zajištění implementace a integrace eSpSl do technologického centra“*. Podle čl. 3.5 (Implementace a integrace eSpSl) přílohy č. 2b zadávací dokumentace měla být součástí plnění realizace implementačních a integračních činností, nabízený systém měl umožňovat integraci s již provozovanými aplikacemi uživatelů specifikovaných v příloze zadávací dokumentace. Dále bylo stanoveno, že „[v] *rámci provedení upgrade eSpSl ORP Pelhřimov zadavatel nepřipouští migraci stávajících dat či změnu datových struktur“*.

[24] Ve stanovisku zadavatele v řízení ze dne 4. 6. 2013, rozkladu a žalobě žalobce zdůvodňoval svůj požadavek na zákaz migrace dat v rámci poptávaného upgrade stávající elektronické spisové služby následujícím způsobem. Žalobce dle svých tvrzení neměl *„alokované potřebné zdroje a kapacity“*, které by si taková činnost žádala, a především takové plnění nebylo záměrem projektu splňujícím aktuální potřeby žalobce. Dále uvedl, že předmět plnění příslušné části zakázky vymezil plně v souladu se závěry studie proveditelnosti a schválenou žádostí o poskytnutí dotace. Podle žalobce požadavek respektoval principy hospodárnosti, efektivity a účelnosti tak, aby nevznikaly druhotné náklady. Upgradem byla zamýšlena výměna produktu za novější verzi s lepšími vlastnostmi, migrace dat by znamenala přenos dat ze zdrojového informačního systému do cílového, s důrazem na jejich další použitelnost, tedy s důrazem na uzpůsobení jejich struktury novému systému. Žalobce dále uváděl, že realizace upgrade elektronické spisové služby formou dodávky jiného systému by v důsledku vyvolala (neodůvodněnou a nežádanou) změnu celého informačního systému žalobce; dle svých slov postupoval s péčí řádného hospodáře a s úmyslem efektivně využívat již zakoupené hardwarové prostředky a softwarové licence; podmínka zamezení migrace dat při upgrade podle žalobce pouze objektivně vymezovala jeden z technických požadavků poptávaného řešení, tj. upgrade.

[25] Podle Nejvyššího správního soudu byla podmínka zákazu migrace dat stanovena jednoznačně a měla své logické opodstatnění; lze ji zdůvodnit s ohledem na předmět veřejné zakázky a s přihlédnutím k charakteru a účelu poptávaného plnění. Jak uvedl již krajský soud, uvedená technická podmínka zjevně odpovídala potřebám žalobce, který nepoptával zcela nový informační systém a elektronickou spisovou službu, pouze hodlal rozšířit a vylepšit stávající, již užívaný systém. V průběhu správního řízení ani řízení před soudy ve správním soudnictví z ničeho nevyplynulo, že by žalobce stanovil konkrétní vlastnost konkrétního produktu, v důsledku čehož by mohl být zúžen okruh uchazečů o veřejnou zakázku v rozporu se zákonem. Výše popsanou situaci nelze bez dalšího vnímat tak, že žalobce se dopustil tzv. skryté diskriminace potenciálních uchazečů, protože zvýhodnil smluvní partnery společnosti SoftHouse. Podle zdejšího soudu zadaná technická podmínka spíše odráží výchozí stav, tedy okolnost, že žalobce již disponoval určitým systémem, který hodlal i nadále užívat, pouze zamýšlel jeho vylepšení a rozšíření funkcionalit. Právě v uvedeném spatřuje Nejvyšší správní soud objektivitu dané podmínky, neboť poptávaný upgrade stávajícího systému v sobě nezbytně zahrnoval existenci určitých vstupů, s nimiž je třeba při vytváření nové vylepšené verze operovat. Jak přiléhavě konstatoval již krajský soud v napadeném rozsudku, otázky propojení informačních systémů, množství spisů, manipulace s nimi a v konečném důsledku i ochrana údajů v uvedených spisech jsou zcela objektivním důvodem pro požadavek na zachování stávajících datových struktur. Nelze zadavatele nutit, aby v zájmu co nejširší hospodářské soutěže poptal zcela nový informační systém. Naopak zdejší soud považuje za legitimní, pokud žalobce předmět a rozsah veřejné zakázky zadal hospodárně a kladl důraz na účelnost vynakládání veřejných prostředků.

[26] Je třeba přisvědčit názoru stěžovatele, podle něhož nelze vyloučit, že stanovení příslušné technické podmínky mohlo zúžit okruh uchazečů o veřejnou zakázku. *A priori* se tak však nemuselo stát nezákonným způsobem (jehož důsledkem by byla neodůvodněná konkurenční výhoda určitého dodavatele). Na poptávané plnění byla kladena zdůvodněná technická podmínka zákazu migrace dat, která byla odrazem objektivního výchozího

stavu, v němž byla zakázka zadávána.

[27] Nyní projednávanou věc je třeba odlišit od případů, kdy zadavatel vymezí technické podmínky způsobem ukazujícím na určitý komponent či výrobek konkrétního výrobce, ačkoliv takto úzkou specifikaci nelze legitimně a v souladu se zákonem zdůvodnit (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 12. 2015, č. j. 30 Af 81/2013 - 77, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2013, č. j. 7 As 7/2016 - 44). Tehdy skutečně může být na místě závěr o diskriminačním postupu a stanovení konkurenční výhody konkrétních dodavatelů. V daném případě však z tvrzení žalobce a především ze zadávací dokumentace a podstaty předmětu veřejné zakázky plyne, že důvodem podmínky zákazu migrace dat byl samotný charakter požadovaného plnění a zájem na tom, aby stávající systém zůstal funkční, použitelný a jeho vylepšení nebylo provázeno zásahy, které nejsou nezbytné. Uvedenou situaci nelze bez dalšího ztotožnit s věcí řešenou v citovaných rozhodnutích, neboť požadavek žalobce byl objektivně odůvodněn předmětem veřejné zakázky.

[28] Pokud by bylo dáno za pravdu názoru stěžovatele, pak by se žalobce jako zadavatel mohl ocitnout v patové situaci. V rámci požadovaného upgrade stávající elektronické spisové služby by totiž prakticky nemohl neporušit ZVZ. Samotný požadavek na „upgrade, tedy nadstavbu a rozšíření“ stávajícího systému, nikoliv jeho přetvoření ve zcela nový vylepšený systém, by optikou stěžovatele téměř vždy zahrnoval porušení § 45 odst. 3 ZVZ. Nelze bez dalšího klást na subjekty, na které dopadá ZVZ, požadavek, že nemohou rozšiřovat a vylepšovat stávající systémy, které pro ně byly vyrobeny, resp. jež užívají na základě dříve udělené licence, pouze z důvodu, že takový upgrade v sobě nutně nese potřebu zohlednění stávajícího stavu. Uvedené platí, jakkoliv by popsaná situace pro uchazeče v zadávacím řízení znamenala např. nezbytnou subdodávku či získání licence od vlastníka (resp. provozovatele, poskytovatele) stávajícího systému.

[29] Nejvyšší správní soud v žádném případě nečiní paušální závěr, že v případě upgradu určitého systému je vždy v souladu se zákonem, pokud jsou uchazeči o veřejnou zakázku nuceni počítat se subdodávkami či licencí na stávající systém. V oblasti veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou IT služby, zejména jedná-li se o upgrade stávajícího, již fungujícího informačního systému, nemusí být vždy jednoduché rozlišit, zda jsou stanovené technické podmínky z pohledu zadavatele nezbytné a objektivně zdůvodnitelné, tedy zda je hospodářská soutěž dostatečně otevřená. V každém jednotlivém případě je nezbytné přihlédnout ke specifickým okolnostem příslušné veřejné zakázky, za nichž je zadávána. Podstatné bude zejm. posouzení stávajícího produktu, který zadavatel užívá, jeho modalit, charakteru a účelu požadovaného plnění v rámci veřejné zakázky, jakož i skutečnosti, zda lze požadovaného cílového stavu efektivně dosáhnout právě jen způsobem, který zadavatel v zadávacím řízení vymezil. Uvedené požadavky na objektivní zdůvodnění technické podmínky považuje Nejvyšší správní soud v nyní projednávané věci za splněné. Dalším kritériem je zhodnocení, zda zadavatel určitou formu „exkluzivity“ sám způsobil svým dřívějším jednáním, ačkoliv musel rozumně předpokládat potřebu budoucích zakázek v návaznosti na rozvoj určitého produktu či služby (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 9. 2016, č. j. 62 Af 112/2013 - 198, který se sice *a priori* týká postupu podle § 23 odst. 4 ZVZ, tedy jednacího řízení bez uveřejnění, jeho závěry však lze přiměřeně použít také pro posouzení okolností nastalých v nyní projednávané věci).

[30] Stěžovateli je třeba přisvědčit v tom, že žalobce svým předchozím postupem týkajícím se jeho elektronické spisové služby a užívání systému EZOP vytvořil určité omezení, jehož důsledkem je nezbytnost subdodávky či licenčního ujednání uchazečů o veřejnou zakázku se společností SoftHouse. Jak již bylo uvedeno výše, předchozí chování žalobce je třeba posuzovat z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. V teoretické rovině žalobce mohl od počátku budování systému elektronické spisové služby požadovat po jeho dodavateli například komentovaný zdrojový kód, povolení k tomu, aby dál mohl celý produkt rozvíjet pomocí třetí osoby, popř. širší licenční oprávnění (zejm. ohledně systému EZOP). V takovém případě by však předchozí plnění jistě bylo finančně náročnější, neboť z povahy věci by předchozí dodavatel (v případě systému EZOP společnost SoftHouse) požadoval cenu odpovídající širšímu plnění. Je ovšem otázkou účelnosti vynaložených prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel (objednatel určitého plnění) vyhrazoval práva, o kterých nelze v době poptávání plnění rozumně očekávat, že vzniknou. Objektivní potřeba změny fungujícího produktu či služby může nastat až po uplynutí určité doby jeho životnosti (např. v důsledku legislativní změny, manažerského rozhodnutí, zastarání systému, atp.). Podle zdejšího soudu ovšem nelze objektivně očekávat, že žalobce v roce 2004 (kdy měl začít užívat systém elektronické spisové služby) mohl předpokládat, jakým způsobem bude o mnoho let později rozšiřovat a vylepšovat funkcionality systému, na které mu byla schválena dotace. Proto nelze učinit závěr, že žalobce měl již v té době vynakládat další finanční prostředky a poptat produkt způsobem, který by mu teprve v nyní projednávané zakázce umožňoval „absolutní nezávislost“ na společnosti SoftHouse a s tím související možnost migrace a úpravy zdrojových dat bez dalších nákladů.

[31] Je třeba opětovně zdůraznit, že předmětem zakázky zadávané žalobcem byl upgrade, tedy rozšíření a vylepšení stávajícího, léta fungujícího produktu. V uvedené souvislosti zdejší soud konstatuje, že vyloučení možnosti zadat veřejnou zakázku, která v sobě implikuje nezbytnost subdodávky či licenčního ujednání uchazeče s konkrétním dodavatelem již fungujícího a existujícího produktu, by v daném případě znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit celý produkt znovu a znehodnotit tak již vynaloženou investici na dosavadní produkt (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, který se rovněž týká postupu podle § 23 odst. 4 ZVZ, jeho závěry však lze přiměřeně použít také v nyní projednávané věci). Takový požadavek podle zdejšího soudu v nyní projednávané věci nemůže obstát.

[32] Nejvyšší správní soud považuje za zkreslený argument stěžovatele, podle něhož byla možnost potenciálních dodavatelů veřejné zakázky *„v moci společnosti SoftHouse“*. Především to byl žalobce (nikoliv společnost SoftHouse), komu byla schválena žádost o dotaci mj. na upgrade stávajícího systému elektronické spisové služby, na což navazovalo zadání předmětné veřejné zakázky. Stěžovatel v řízení neprokázal, že by žalobce a společnost SoftHouse měli v úmyslu od počátku jejich spolupráce „zakonzervovat“ určitý stav a zajistit tak společnosti SoftHouse do budoucna nějakou formu výhradního postavení. Stěžovatel a jeho předseda v napadených rozhodnutích rovněž nepředestřeli konkrétní přesvědčivý názor o tom, že žalobce se dopustil účelového výkladu zákona. Uvedené podle zdejšího soudu neplyne ani ze zjištěných okolností daného případu. Pro úplnost lze poznamenat, že veřejná zakázka (resp. ani část poptávaného plnění) nebyla žalobcem zadána v režimu jednacího řízení bez uveřejnění [srov. zejm. § 23 odst. 4 písm. a)

ZVZ], v němž by riziko účelovosti bylo mnohem znatelnější. Jak plyne z výše uvedeného, skutečnost, že v rámci plnění předmětné veřejné zakázky bylo nezbytné kooperovat se společností SoftHouse, sama o sobě nemůže být hodnocena jako nepřípustné omezování hospodářské soutěže.

[33] Žalobce ve správním řízení doložil prohlášení společnosti SoftHouse, že by nekladla dodavatelům integrovaných řešení žádná omezení či překážky a poskytla by systém EZOP pro vedení elektronické spisové služby, ať již formou subdodávky, nebo i pronájmem či zakoupením licence, každému dodavateli, který by o to projevil zájem. Jak správně uvedl již krajský soud, prohlášení sice není právně závazné a vymahatelné, skutečnosti z něj plynoucí však v nyní projednávané věci zjevně nelze označit za bezpředmětné, neboť dokreslují skutkový stav a okolnosti chování žalobce jako zadavatele. Za výše popsaných okolností by odmítnutí uvedené společnosti poskytnout subdodávku či nezbytnou licenci uchazeči o veřejnou zakázku mohlo znamenat naplnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění [viz zejm. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ], tedy postup přímo předpokládaný zákonem. Také proto považuje Nejvyšší správní soud za nesprávné, pokud stěžovatel uznal žalobce vinným ze spáchání správního deliktu, aniž by situaci žalobce a výchozí stav zadávání veřejné zakázky vnímal v širších souvislostech.

[34] Již pouze pro úplnost Nejvyšší správní soud konstatuje, že skutečnost, že žalobce obdržel pouze jedinou nabídku dodavatele, jehož subdodavatelem byla společnost SoftHouse, s přihlédnutím ke všemu výše uvedenému nemůže sama o sobě vést k závěru o spáchání správního deliktu.

[35] Lze tedy shrnout, že stěžovatel neprokázal účelovost jednání žalobce a úmysl obejití ZVZ při zadávání části II. veřejné zakázky. Situaci, ve které poptávané plnění nezbytně předpokládalo zohlednění již existujícího a fungujícího systému elektronické spisové služby, nelze považovat za samoúčelnou a ve svém důsledku diskriminační a v rozporu se zákonem. Krajský soud dospěl ke správnému závěru, pokud konstatoval, že napadená rozhodnutí jsou od počátku postavena na nesprávném posouzení porušení § 45 odst. 3 ZVZ ze strany žalobce, a proto nebylo možné uznat žalobce vinným ze spáchání výše popsaného správního deliktu. Kasační námitka nesprávného právního posouzení věci krajským soudem není důvodná.

IV. Závěr a náklady řízení

[36] Z uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost stěžovatele není důvodná, a proto ji zamítl.

[37] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Účastník, který měl ve věci plný úspěch, má právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel úspěch neměl a žalobci žádné náklady nevznikly, neboť v řízení o kasační stížnosti neučinil žádný úkon, proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e n í** opravný prostředek přípustný.

pokračování

V Brně dne 15. února 2018

Mgr. Ondřej Mrákota
předseda senátu