



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu JUDr. Tomáše Langáška a soudců JUDr. Viktora Kučery (soudce zpravodaj) a JUDr. Petra Průchy v právní věci žalobce: **statutární město Plzeň**, se sídlem Republiky 1/1, Plzeň, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, **za účasti** osoby zúčastněné na řízení: PATRIOT, spol. s r. o., se sídlem Tuřanka 383/92, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R400/2015/VZ-44333/2016/322/KBe, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2018, č. j. 62 Af 3/2017 – 243,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Kasační stížností se žalobce (dále jen „stěžovatel“) domáhal zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R400/2015/VZ-44333/2016/322/KBe.

[2] Tímto rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatele a současně potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0595/2015/VZ-39434/2015/542/JVo, o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „*Výměna radičů SSZ – K202, K315, K316, K320 a K620*“ podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“); rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení žalovaný vydal jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – stěžovatele, který porušil § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s § 6 odst. 1 téhož zákona, když v předmětné veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení „*stanovil požadavek na obousměrnou komunikaci se stávající dopravní ústřednou přes komunikační protokol CANTO 1.3 s využitím celého rozsahu funkcí tohoto protokolu bez toho, aniž by vymezil parametry uvedeného komunikačního protokolu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, čímž se současně ve svém postupu dopustil skryté diskriminace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo ke uzavření smlouvy.*“

[3] Citovaný závěr žalovaného je výsledkem řízení o návrhu na přezkoumání úkonů stěžovatele v pozici zadavatele veřejné zakázky „*Výměna radičů SSZ – K202, K315, K316, K320 a K620*“. Tento návrh podala společnost PATRIOT spol. s r. o. (dále jen „osoba zúčastněná na řízení“) poté, co stěžovatel nevyhověl jejím námitkám proti zadávacím podmínkám dané veřejné zakázky. Předmětem plnění této zakázky byla výměna 5 kusů radičů světelně signalizačních zařízení (SSZ) křižovatek v Plzni a osoba zúčastněná na řízení rozporovala především bod 11. zadávací dokumentace – označený jako „*Jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky*“, v němž stěžovatel požadoval zachování plné kompatibility se stávající dopravní ústřednou typu Siemens Scala vybavenou přenosovým protokolem CANTO 1.3 a instalovanou v rámci automatizovaného systému řízení dopravy. Osoba zúčastněná na řízení v této souvislosti mj. uvedla, že přenosový protokol CANTO 1.3 je výhradním a uzavřeným protokolem společnosti Siemens AG (dále jen „Siemens“) a jediným způsobem, jak realizovat danou zakázku, tak podle jejího tvrzení bylo buď vlastnit licenční oprávnění k protokolu CANTO 1.3 (což s ohledem na obchodní politiku společnosti Siemens bylo fakticky nemožné) nebo mít k dispozici technická data či parametry tohoto protokolu, která by umožnila zajištění požadované plné kompatibility (tyto parametry však v zadávací dokumentaci uvedeny nebyly).

[4] Podle žalovaného se stěžovatel použitím odkazu na konkrétní název komunikačního protokolu CANTO 1.3 v zadávací dokumentaci veřejné zakázky nedopustil porušení § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, neboť tímto způsobem definoval stávající programové vybavení, které hodlá nadále využít při komunikaci s nově dodanými radiči SSZ, které tvoří předmět veřejné zakázky. Za problematický však žalovaný považoval zmíněný požadavek plné kompatibility se stávajícím vybavením, neboť tento je v souladu se zákonem jen za situace, kdy je umožněno použití i jiných kvalitativních a technických řešení. To znamená, že pokud stěžovatel požadoval plnění, které má být plně kompatibilní se stávajícím vybavením, pak bylo nezbytné, aby součástí zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky učinil dostatečně přesný a srozumitelný popis současného technického řešení, a to nejen odkazem na konkrétní název dané technologie. Nicméně v rámci zadávacích podmínek stěžovatel žádný bližší popis či parametry komunikačního protokolu CANTO 1.3 nevymezil, což v konečném důsledku dle žalovaného činilo zadávací dokumentaci neúplnou ve vztahu k vymezení technických podmínek nezbytných pro zpracování nabídky (§ 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) a současně skrytě diskriminační (§ 6 zákona o veřejných zakázkách); uchazečům, kteří nedisponovali potřebnými technickými parametry nebo licencemi k protokolu CANTO 1.3, bylo znemožněno účastnit se zadávacího řízení.

[5] Na základě toho žalovaný vydal výše uvedené rozhodnutí, kterým zadávací řízení zrušil. Proti tomu se stěžovatel bránil podáním rozkladu, který předseda žalovaného zamítl a napadené rozhodnutí žalovaného potvrdil. Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podal stěžovatel žalobu, kterou krajský soud shledal nedůvodnou, a proto ji zamítl podle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

pokračování

[6] Krajský soud se ztotožnil se závěry žalovaného, resp. jeho předsedy, podle něhož prostý odkaz na protokol CANTO 1.3 není v tomto případě dostatečným pro naplnění požadavku podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách – tedy požadavku na vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek. Vyšel přitom z toho, že i v případě, kdy lze k vymezení předmětu veřejné zakázky použít odkazu na konkrétní produkt (typ výrobku, označení výrobku, identifikaci výrobce atd.), má zadavatel povinnost vymežit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, jak mu ukládá uvedené ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Tato povinnost může být odkazem na konkrétní produkt splněná, avšak jen tehdy, pokud by již tímto odkazem byly parametry plnění jasné. Naopak povinnost podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nelze mít za splněnou, pokud je pouze odkázáno na konkrétní produkt, aniž by jeho konkrétní parametry (vlastnosti) byly obecně (a bez vynaložení dodatečných nutných nákladů) dostupné. A právě k tomu v daném případě došlo. Stěžovatel požadoval kompatibilitu se stávajícím systémem, aniž by zadávací podmínky poskytovaly konkrétní technické parametry, na základě kterých měla být kompatibilita reálně dosažena. Tento nedostatek zadávací dokumentace dle názoru krajského soudu odůvodňuje porušení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, byť jeho příčina mohla být vyvolána postupem stěžovatele již v rámci předchozího zadávacího řízení (v němž nedomyslel potřebu disponovat licencí na software komunikačního rozhraní či potřebu jinak disponovat znalostí konkrétních parametrů komunikačního protokolu CANTO 1.3 pro případ další navazující poptávky, přestože si byl vědom nutnosti rozšíření či obměn jednotlivých řadičů SSZ).

[7] Skutečnost, že je veřejná zakázka složitá a úroveň technické náročnosti vysoká, a tedy že konkrétní technické parametry stěžovatel nezná, jeho povinnost stanovenou v § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neprolamuje; nemohli-li tyto technické parametry znát dodavatelé, musely tyto parametry plynout ze zadávací dokumentace. Stěžovatel měl právo definovat své potřeby z hlediska technických požadavků, avšak byl zároveň povinen umožnit účastnit se soutěže o získání veřejné zakázky co nejširšímu okruhu uchazečů tím, že umožní dodat jakékoli plnění, které splní technické požadavky předmětu veřejné zakázky; to se nestalo a nedostatečné vymezení technických parametrů protokolu CANTO 1.3, s nímž měla být zajištěna kompatibilita plnění, vedlo ke zvýhodnění těch dodavatelů, kteří přístup k nutným parametrům předmětného protokolu jako součásti poptávaného plnění již měli k dispozici „odjinud“ – tj. disponovali potřebnými licencemi (případně informacemi), jejichž volná dostupnost nebyla prokázána.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[8] V kasační stížnosti stěžovatel uplatnil obecné důvody dle § 103 odst. 1 písm. a) a b) s. ř. s., tj. nezákonnost napadeného rozsudku a vadu řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž žalovaný vycházel, nemá oporu ve spisech, resp. je s nimi v rozporu.

[9] Nejprve ve vztahu k vadě řízení dle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. stěžovatel uvedl, že již v rozkladu proti rozhodnutí žalovaného se zmínil o volné prodejnosti – tedy dostupnosti technologií Siemens, které by však neměly být chápány pouze ve smyslu zdrojového kódu komunikačního protokolu CANTO 1.3, nýbrž jako celé soubory jiných technologických zařízení, které v sobě již jako nedílnou součást tento protokol obsahují. Zdrojový kód – tedy zápis počítačového programu v programovacím jazyce protokolu CANTO 1.3 výrobce sám o sobě neposkytoval a neposkytuje žádnému subjektu; to znamená, že parametry tohoto protokolu nejsou známy žádnému z dodavatelů. Ohledně dostupnosti protokolu CANTO 1.3 pak poukázal stěžovatel též na stanovisko společnosti Siemens ze dne 12. 2. 2015, které bylo k důkazu provedeno při jednání krajského soudu dne 8. 6. 2018.

[10] Na základě toho stěžovatel zpochybnil závěry krajského soudu s tím, že zdrojový kód, resp. parametry protokolu CANTO 1.3 nejsou k dispozici nikomu – tudíž bylo objektivně nemožné, aby je získal a uvedl v zadávací dokumentaci. Jinými slovy, podmínky podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách objektivně v tomto případě stěžovatel splnit nemohl. Současně poznamenal, že postupně pracuje na automatizovaném systému řízení dopravy v Plzni, který tvoří propojený a plně kooperující celek. V roce 2009 soutěžil novou dopravní ústřednu, přičemž na základě výsledků zadávacího řízení byla dodána dopravní ústředna Scala od výrobce Siemens, která jako jediná dokázala připojit jak stávající, tak nové řadiče SSZ, jež měly různá komunikační rozhraní. Tato dopravní ústředna byla dodána spolu se standardní výbavou v podobě komunikačního rozhraní (protokolu) CANTO 1.3, ke které však výrobce neposkytuje samostatně licenci a zejména pak zdrojový kód, jak již bylo uvedeno. Jakkoli stěžovatel věděl, že někdy v budoucnu bude muset tento systém alespoň částečně obměnit, je podle jeho názoru nutné zohlednit zmíněná specifika s tím, že požadoval-li by zdrojový kód protokolu CANTO 1.3, nebyl by s to vyřešit problém napojení stávajících i nových řadičů SSZ prostě proto, že by žádnou nabídku na nákup dopravní ústředny nezískal, neboť zdrojový kód CANTO není z důvodu obchodní politiky společnosti Siemens nikomu znám. Zdůraznil rovněž to, že v nyní řešené veřejné zakázce na nákup řadičů SSZ nebyl komunikační protokol poptávaným předmětem plnění, pouze byla požadována kompatibilita s již pořízeným a plně funkčním protokolem a z toho důvodu bylo na obchodní název tohoto protokolu odkázáno.

[11] V této souvislosti stěžovatel poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017 – 22, v němž byl předmětem posouzení skutkově podobný případ, kdy uchazeč o veřejnou zakázku si pro její plnění musel nejprve nákupem či subdodávkou obstarat licenci ke konkrétnímu softwaru. Závěrem stěžovatel dodal, že stejně jako v případě posuzovaném v citovaném rozsudku, ani v nyní projednávaném případě neměl od počátku budování jednotného automatizovaného systému řízení dopravy v úmyslu „uzamknout“ tento systém a zajistit tak společnosti Siemens výhradní postavení. Proto také veřejnou zakázku nezadal v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž v řízení otevřeném, což žalovaný ani krajský soud nezohlednil. Ve výsledku tak ve skutkově shodné či obdobné věci rozhodl odlišně a porušil tak zásadu legitimního očekávání, čímž dle stěžovatele naplnil důvod kasační stížnosti dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[12] S ohledem na uvedené navrhl stěžovatel, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Žalovaný ve svém vyjádření k předložené kasační stížnosti uvedl, že se ztotožňuje se závěry napadeného rozsudku krajského soudu, který ohledně dostupnosti technických parametrů protokolu CANTO 1.3 vycházel ze skutkových zjištění tak, jak mu je předložil sám stěžovatel. A pokud nyní tvrdí, že mělo být vycházeno z toho, že zdrojový kód protokolu CANTO 1.3 není dostupný na trhu nikomu, nenabídl k takovému tvrzení žádný důkaz. Naopak, předložil v průběhu jednání před krajským soudem vyjádření společnosti SIEMENS, z něhož plyne, že jeho technologie jsou dostupné komukoliv. Současně žalovaný připomněl, že v průběhu správního řízení stěžovatel tvrdil, že potenciální uchazeč byl schopen si licenci k předmětnému protokolu koupit, neboť je volně dostupná, čímž obhajoval nediskriminační přístup v případě předmětné veřejné zakázky. Dle žalovaného se tak jedná o změnu tvrzení na straně stěžovatele, kterou nelze klást k tíži krajskému soudu. K argumentaci historií veřejné zakázky, resp. odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 26/2017 – 22 žalovaný uvedl, že tento rozsudek na daný případ nedopadá pro odlišnost skutkového základu věci; nemůže proto obstát ani námitka porušení legitimního očekávání. V závěru žalovaný připomněl, že vytýkal stěžovateli nedostatečné vymezení předmětu veřejné zakázky s tím, že mohl a měl v zadávacích podmínkách předchodí veřejné zakázky na novou dopravní ústřednu stanovit

pokračování

povinnost uchazeče poskytnout zadavateli licenci či technickou specifikaci pro dostatečné vymezení předmětů budoucích veřejných zakázek. Pokud tak neučinil, nemůže být jeho následný postup v zadávacím řízení nyní přezkoumávané veřejné zakázky shledán v souladu se zákonem. Žalovaný proto navrhl zamítnutí kasační stížnosti.

[14] Osoba zúčastněná na řízení ve vyjádření ke kasační stížnosti rovněž navrhla její zamítnutí, neboť závěry krajského soudu považuje za zcela správné a souladné se zákonem. K námitce stěžovatele, že krajský soud vycházel ze skutkových závěrů, které nemají oporu ve spise, konstatovala, že jde o námitku účelovou a neodůvodněnou. Stěžovatelem namítaná skutečnost, že licence k protokolu CANTO 1.3 nelze vlastně pořídit jinak, než ve spojení s jinými technologickými zařízeními SIEMENS (řadiče, ústředny), nemá žádný vliv na závěr krajského soudu, že uchazeči o veřejnou zakázku byli nuceni pořídit si licenci za účelem zjištění technických podmínek veřejné zakázky. Přístup k této licenci potažmo protokolu CANTO 1.3 je tedy skutečně omezený a navíc zpoplatněný, přičemž stěžovatel svým postupem jednoznačně zvýhodnil výhradního distributora výrobků Siemens na území České republiky – společnost ELTODO, a.s., resp. jiné dodavatele mající zkušenost s daným protokolem. Současně osoba zúčastněná na řízení uvedla, že již v původní veřejné zakázce z roku 2009 měl stěžovatel vědomost o tom, že bude muset provést výměnu řadičů SSZ, jakož i o tom, že existují různé protokoly pro napojení těchto řadičů na dopravní ústřednu. Muselo mu být tedy zřejmé, že při výběru dopravní ústředny se bude muset do budoucna vyrovnat s omezeními soutěže, které sám zapříčinil. Pokud by přitom stěžovatel připustil co nejširší účast uchazečů, byl by schopen v konečném důsledku pořídit ekonomicky výhodnější plnění – např. postupem umožňujícím dodání řadičů SSZ komunikujících prostřednictvím protokolu OCIT, které jsou výrazně levnější než řadiče výrobce SIEMENS v nastoleném nekonkurenčním prostředí. Závěrem osoba zúčastněná na řízení odmítla skutkovou podobnost nyní projednávané věci s případem posuzovaným Nejvyšším správním soudem v rozsudku pod č. j. 5 As 26/2017 – 22 mj. s tím, že zde určitý stav „exkluzivity“ stávajícího dodavatele, resp. jeho technologie Siemens, způsobil sám stěžovatel svým dřívějším jednáním (a nyní tento stav vědomě udržuje).

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[15] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a za stěžovatele jedná osoba s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie. Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k následujícímu závěru.

[16] Kasační stížnost není důvodná.

[17] Podstatou projednávané věci je posouzení postupu stěžovatele coby zadavatele veřejné zakázky, který s ohledem na specifický předmět této zakázky použil odkaz na obchodní název konkrétního typu výrobku – a sice stávající dopravní ústřednu „*typu Siemens Scala 1.5 vybavenou přenosovým protokolem CANTO 1.3*“, přičemž požadoval zachování plné kompatibility komunikace právě přes tento protokol, aniž by však blíže vymežil jeho technické parametry v zadávací dokumentaci.

[18] Zadávací dokumentace je nejdůležitějším dokumentem v rámci zadávacího řízení a rozumí se jí „*soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět*

veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel (§ 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).

[19] Základní povinností každého zadavatele je tedy zpracování zadávací dokumentace v takových podrobnostech, aby bylo možno sestavit a podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky. Bez toho nelze zajistit korektní soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku, což je hlavní smysl a cíl procesu zadávání veřejných zakázek, který nachází svůj odraz v mnohých ustanoveních zákona o veřejných zakázkách; jedním z nich je i § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého platí: „*Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede ke neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použít i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.*

[20] Jednoduše řečeno – zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky pomocí obecného popisu, který je však dostatečně přesný a srozumitelný všem dodavatelům. Pouze v případě, kdy takto obecně nelze předmět plnění dostatečně dobře specifikovat, může zadavatel v zadávací dokumentaci využít odkazu na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky. Předpokladem tohoto – v zásadě výjimečného postupu zadavatele – je ovšem to, že jím nezúží okruh dodavatelů a ve výsledku neomezí hospodářskou soutěž; takový postup by byl porušením zásady zákazu diskriminace, která je jednou ze základních zásad zadávání veřejných zakázek (§ 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Proto § 44 odst. 11 *in fine* zákona o veřejných zakázkách požaduje, aby v situaci, kdy zadavatel využije v zadávací dokumentaci odkazu na obchodní název konkrétního typu výrobku či technologie, vždy současně umožnil i využití jiného (kvalitativně či technicky) obdobného řešení.

[21] V nyní souzené věci bylo předmětem veřejné zakázky dodání řadičů SSZ pro pět konkrétních křižovatek v Plzni, přičemž pro podrobnější popis technických podmínek použil stěžovatel právě odkazu na konkrétní typ dopravní ústředny Siemens Scala 1.5, která je vybavena přenosovým protokolem CANTO 1.3 s tím, že požaduje zachování plné kompatibility, vč. schopnosti obousměrné komunikace přes zmíněný protokol. Tímto postupem stěžovatel sice umožnil dodání v podstatě jakýchkoli řadičů SSZ od nejrůznějších dodavatelů, nejen od dodavatelů navázaných na společnost Siemens, jakožto výrobce uvedeného typu dopravní ústředny, resp. protokolu CANTO 1.3. Nicméně podle žalovaného tak stěžovatel učinil pouze formálně – tzv. „na oko“, neboť neuvedl jakékoli bližší parametry ohledně komunikačního protokolu CANTO 1.3, bez jejichž znalosti nebylo možné dostát požadavku plné kompatibility a vůbec dodat takové řadiče SSZ, které využívají jiné (kvalitativně či technicky) obdobné komunikační protokoly. Postupem stěžovatele tedy došlo k porušení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách ve spojení § 6 odst. 1 téhož zákona, jak konstatoval žalovaný a následně i jeho předseda, jehož závěry krajský soud aproboval.

[22] V kasační stížnosti stěžovatel závěry krajského soudu rozporuje v zásadě ze dvou důvodů. Za prvé poukazuje na objektivní nemožnost uvést parametry protokolu CANTO 1.3, což nebylo nijak zohledněno, a závěry, z nichž krajský soud potažmo žalovaný vycházel, tak nemají oporu ve spisech, resp. jsou s nimi v rozporu podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. K tomu Nejvyšší správní soud konstatuje, že o vadě řízení ve smyslu uvedeného ustanovení

pokračování

s. ř. s. v tomto případě nelze hovořit, neboť ve správním spise neexistuje žádná opora v podobě důkazu či alespoň indicie, která by podporovala tvrzení stěžovatele, že by bližší technické parametry protokolu CANTO 1.3 skutečně nebylo možno objektivně vymezit v zadávací dokumentaci. Jak správně poukázal již žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, vycházel ze skutkových zjištění, která učinil v součinnosti se stěžovatelem, jenž se o objektivní nemožnosti uvést parametry předmětného protokolu vůbec nezmiňoval. V tomto směru stěžovatel neuváděl žádné relevantní skutečnosti – a to nejen ve správním řízení, ale i v řízení před krajským soudem, který navíc v návaznosti na provedené dokazování uzavřel, že otázka objektivní (ne)možnosti stěžovatele disponovat podrobnostmi ohledně parametrů protokolu CANTO 1.3 nebyla předmětem žádného z uplatněných žalobních bodů (odst. 24 odůvodnění napadeného rozsudku). Proto se také podrobněji touto otázkou krajský soud nezabýval.

[23] Následná tvrzení stěžovatele uplatněná v tomto ohledu v kasační stížnosti tak nelze vnímat jinak, než jako nově tvrzené – jiné důvody, které stěžovatel neuplatnil v řízení před krajským soudem, ač tak učinit mohl, a proto je v této části kasační stížnost nepřijatelná podle § 104 odst. 4 s. ř. s. Smyslem tohoto ustanovení, které brání uplatnění jiných právních námitek než těch, které byly uplatněny v řízení před krajským soudem, není omezení přístupu k soudní ochraně, nýbrž zachování charakteru řízení o kasační stížnosti, které je koncipováno výlučně jako přezkum zákonnosti rozhodnutí krajského soudu. Je proto zcela logické, že jde o přezkum shodného skutkového a právního stavu věci, z něhož vycházel krajský soud, což by v případě přezkumu první kasační námítky Nejvyšší správní soud popřel.

[24] Přesto – pouze na okraj (*obiter dictum*) – považuje Nejvyšší správní soud za vhodné dodat, že pokud by stěžovatel skutečně objektivně nemohl uvést v zadávací dokumentaci parametry protokolu CANTO 1.3, bylo pouze a jenom na něm, aby odkaz na dopravní ústřednu s tímto konkrétním typem komunikačního protokolu nepoužil. Již výše bylo vysvětleno, že předpokladem použití odkazu na konkrétní typ výrobku či technologie dle § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách je výjimečné a je podmíněné tím, že zadavatel umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných (kvalitativně a technicky) obdobných řešení. Aby tato možnost byla skutečně možností reálnou, bylo v daném případě potřeba definovat vlastnosti a parametry stávajícího automatizovaného systému řízení dopravy v Plzni především ve vztahu ke konkrétní dopravní ústředně a jejímu komunikačnímu protokolu, neboť tyto nebyly obecně známé ani volně (bez zpoplatnění) dostupné. Skutečnost, že stěžovatel nepřistoupil k náležitému uvedení (technických) parametrů protokolu CANTO 1.3, na který v zadávací dokumentaci odkazoval a požadoval vůči němu plnou kompatibilitu předmětu zakázky, pak vedla k významné redukci soutěžního prostředí pouze na některé uchazeče. Ostatní totiž neměli k dispozici takové informace, aby mohli sestavit a podat nabídku vyhovující právě požadavku kompatibility – tedy slučitelnosti poptávaných řadičů SSZ z hlediska jejich komunikace s dopravní ústřednou. Tento závěr (nepřímo) potvrzuje i samotný průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Výměna řadičů SSZ – K202, K315, K316, K320 a K620“, které bylo poprvé zrušeno rozhodnutím žalovaného ze dne 13. 4. 2015, č. j. ÚOHS-S85/2015/VZ-9153/2015/JVo, neboť stěžovatel stanovil požadavek na dodávku řadičů SSZ s užitím odkazu na konkrétní výrobek – „řadič SIEMENS C900V“ a současně neumožnil pro plnění veřejné zakázky použití jiných, kvalitatívne a technicky obdobných řešení. Žalovaný proto zadávací řízení zrušil a dodal, že pokud předmět veřejné zakázky navazuje na určitý stávající systém, je povinností zadavatele definovat vlastnosti a parametry stávajícího systému způsobem, který umožní uchazečům o veřejnou zakázku získat potřebné informace nezbytné k sestavení a podání nabídky. V návaznosti na to stěžovatel předmětnou veřejnou zakázku zadal znovu, avšak požadavku definovat vlastnosti a parametry stávajícího systému – stávající dopravní ústředny Siemens Scala 1.5 využívající komunikační protokol CANTO 1.3 – nedostal. Tím, že trval na nutnosti komunikace právě přes uvedený protokol, v podstatě dosáhl téhož výsledku jako při prvním zadávacím řízení; omezil soutěž

jen na dodavatele navázané na společnost Siemens, resp. dodavatele mající zkušenosti s daným protokolem. Přestože stěžovateli bylo známo třináct zájemců o veřejnou zakázku, nabídku nakonec byli schopni podat pouze dva uchazeči – a to zjevně v důsledku technických podmínek, jimiž nebyl předmět veřejné zakázky vymezen dostatečně.

[25] Zkrátka bez bližších parametrů ke komunikačnímu protokolu CANTO 1.3 neměli všichni uchazeči rovné podmínky, neboť někteří, resp. většina z nich nebyla vůbec schopna podat nabídku. A uvádí-li stěžovatel v kasační stížnosti, že parametry předmětného protokolu v zadávací dokumentaci objektivně uvést nemohl, neboť společnost Siemens neposkytuje jeho zdrojový kód ani samostatnou licenci, nelze než zopakovat, že se jedná o tzv. právní novum – tedy nový právní důvod, který není přípustný. Navíc nelze nezmínit, že je tento důvod založen na tvrzení, které je v evidentním rozporu s tím, co stěžovatel uváděl dříve. V rozkladu proti rozhodnutí žalovaného totiž tvrdil, že „*licence protokolu Canto 1.3 je i podle vyjádření jejího nositele volně prodejná všem zájemcům o ni.*“ Skutečnost, že lze koupit samostatnou licenci k protokolu CANTO 1.3 nebylo popřeno ani stanoviskem společnosti Siemens ze dne 12. 2. 2015, kterým krajský soud doplnil dokazování. Nelze proto nyní tuto skutečnost zpochybňovat, jako to činí stěžovatel, jehož tvrzení jsou v tomto ohledu naprosto nekonzistentní a vzájemně rozporná. Nicméně, i kdyby tomu bylo tak, jak tvrdí stěžovatel v kasační stížnosti a protokol CANTO 1.3 bylo možno pořídit pouze prostřednictvím určité technologie Siemens, která v sobě již tento protokol obsahuje, v principu to na celé věci nic nemění. Chtěl-li stěžovatel v zadávací dokumentaci užít odkazu na konkrétní komunikační protokol, který nebyl volně dostupný, byl povinen blíže definovat jeho parametry, aby nejen formálně, ale i materiálně bylo možno naplnit požadavek na kompatibilitu se stávající dopravní ústřednou a podat relevantní nabídku. V případě, že této své povinnosti nebyl stěžovatel schopen objektivně dostát (bez ohledu na to, z jakých důvodů), nemohl a neměl vůbec odkaz na daný protokol použít a bylo na něm, aby postupoval jiným způsobem, který bude souladný se zákonem a umožní co nejširší konkurenční prostředí.

[26] Ve světle všech uvedených skutečností lze uzavřít, že žalovaný potažmo krajský soud správně vycházel z obsahu spisů a tvrzení stěžovatele, jehož pochybení při zadávání této zakázky má základ již v jeho postupu při zadávání původní zakázky v roce 2009. Ostatně k tomu směřuje druhá – a vlastně jediná přípustná – kasační námitka, v níž stěžovatel argumentoval historií veřejné zakázky a legitimním očekáváním v souvislosti se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 26/2017 – 22.

[27] V době zadání původní zakázky, kterou v roce 2009 poptával dodání a zprovoznění ústředny pro řízení dopravy prostřednictvím SSZ, stěžovatel věděl, že v budoucnu bude nutné provést výměnu řadičů SSZ, pro jejichž napojení existují různá komunikační rozhraní, resp. protokoly. Tato skutečnost není nikterak sporná, i sám stěžovatel v kasační stížnosti tuto povědomost připouští s tím, že je nutné zohlednit specifické podmínky, za nichž zakázku v roce 2009 zadával. Podle názoru Nejvyššího správního soudu ovšem tyto specifické podmínky – spočívající v podstatě pouze v potřebě připojit staré i nové řadiče SSZ, což v dané době dokázala jediná dopravní ústředna typu Siemens Scala 1.5 – nic nemění a nemohou změnit na tom, že svým postupem stěžovatel vytvořil *pro futuro* prostředí exkluzivity pro dodavatele technologií společnosti Siemens.

[28] Uvedená dopravní ústředna, vč. komunikačního protokolu CANTO 1.3, je licencovaným produktem této společnosti, k němuž si stěžovatel měl zajistit poskytnutí licence nebo potřebných technických parametrů tak, aby následná výměna řadičů SSZ v případě požadavku na jejich kompatibilitu s komunikačním protokolem CANTO 1.3, mohla probíhat za podmínek regulérní hospodářské soutěže (neomezené jen na některé vybrané dodavatele

pokračování

navázané na společnost Siemens). Budoucí potřeba disponovat licencí či znalostmi konkrétních parametrů tohoto protokolu pro případ další navazující zakázky zde byla nasnadě a v tom je zásadní rozdíl oproti stěžovatelem namítané podobnosti s případem, který byl řešen rozsudkem č. j. 5 As 26/2017 – 22; v něm neobstálo rozhodnutí žalovaného o uložení pokuty za správní delikt zadavatele, který rovněž svým dřívějším jednáním způsobil stav tzv. exkluzivity (kdy jsou schopni splnit zakázku jen někteří z dodavatelů), avšak za situace, kdy nemohl rozumně očekávat další rozšíření poptávaného plnění. V nyní posuzovaném případě však stěžovatel věděl, že v budoucnu bude potřeba plnění další, které bude navazovat na původně poptávané plnění. Závěry citovaného rozsudku tedy nejsou přenositelné na nyní projednávanou věc, u níž jsou dány odlišné jak právní, tak skutkové okolnosti.

[29] Z pohledu nyní souzené věci není podstatné, zda se ze strany stěžovatele jednalo jisté opomenutí v podobě nešikovnosti nebo o zaviněné jednání při zadávání původní zakázky v roce 2009. Podstatné je, že o potřebě navazující zakázky na radiče SSZ věděl a tudíž mohl a měl pamatovat na to, aby pro ni bylo zachováno co možná nejširší soutěžní prostředí. A tvrdí-li stěžovatel, že pokud by takto postupoval, žádnou nabídku na dopravní ústřednu by nezískal, jde o ryzí spekulaci, která není ničím podložená a ani pravděpodobná. Pravděpodobné je spíše to, že pokud by stěžovatel požadoval navíc licenci či bližší technické parametry k dopravní ústředně či jejímu protokolu, pak by byla původní veřejná zakázka finančně náročnější, neboť dodavatel by požadoval vyšší cenu; ta by ovšem mohla být v budoucnu vykompenzována právě tím, že navazující plnění již budou významně levnější v důsledku širšího soutěžního prostředí a větší konkurence. V případě postupu, který zvolil stěžovatel, však namísto větší konkurence dodavatelů došlo k vytvoření uzavřeného systému, do něhož mají přístup pouze vybraní dodavatelé, což nelze akceptovat. Druhá kasační námitka, v níž se stěžovatel odvolává na specifika předchozí veřejné zakázky z roku 2009 a „legitimní očekávání“ v souvislosti s rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 26/2017 – 22, tedy není důvodná.

[30] Závěrem, v návaznosti na tvrzení stěžovatele, že nyní posuzovanou veřejnou zakázku nezadal v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž v otevřeném řízení, konstatuje Nejvyšší správní soud, že *de facto* se vlastně jednalo o jednacím řízení bez uveřejnění – tedy situaci, kdy zadavatel vyzývá jednoho nebo více dodavatelů k jednání, což se svým způsobem blíží klasickému uzavírání smluv mezi soukromými subjekty a ve výsledku vede k omezení nebo dokonce vyloučení hospodářské soutěže. Proto také použití jednacím řízení bez uveřejnění vázal zákon o veřejných zakázkách (§ 23) na splnění striktních podmínek, např. na existenci technických, uměleckých či autorskoprávních důvodů, vč. prokázání tzv. stavu exkluzivity, který však nesmí způsobit sám zadavatel: *„Jednacím řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit“*; viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 – 53, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS.

[31] Splnění podmínek, na které je použití jednacím řízení bez uveřejnění vázáno, ovšem nebylo podstatou této věci; ta se týkala způsobu vymezení předmětu veřejné zakázky s využitím odkazu na konkrétní typ výrobku, který byl podle přesvědčení Nejvyššího správního soudu správně shledán nedostatečným pro zpracování nabídky a tudíž rozporným požadavkem podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Zrušení zadávacím řízení na nyní posuzovanou zakázku bylo tudíž na místě a při případném novém (dalším) zadání bude na stěžovateli, aby zajistil korektní a maximálně širokou soutěž mezi uchazeči o danou veřejnou zakázku

(ať už tím, že připustí komunikaci i přes jiné komunikační protokoly anebo např. tím, že využije postupu podle § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek a pokusí se prostřednictvím změny závazku ze smlouvy na původní veřejnou zakázku z roku 2009 napravit své předchozí opomenutí, jak poukázal již krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku).

IV. Závěr a náklady řízení

[32] S ohledem na uvedené skutečnosti Nejvyšší správní soud v souladu s § 110 odst. 1 poslední větou s. ř. s. kasační stížnost zamítl (aniž současně rozhodoval o jejím odmítnutí pro částečnou nepřípustnost podle § 104 odst. 4 s. ř. s. – srov. *a contrario* usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2004, č. j. 5 Azs 67/2004 – 49, podle něhož bude odmítnuta kasační stížnost, která se opírá výhradně o nové skutečnosti a neobsahuje jiný stížnostní důvod).

[33] Výrok o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti se opírá o § 60 odst. 1 větu první ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšnému žalovanému žádné náklady nad rámec běžné administrativní činnosti v tomto řízení nevznikly, takže mu Nejvyšší správní soud náhradu nákladů nepřiznal.

[34] Výrok o náhradě nákladů řízení v případě osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5, větu první, s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Protože zdejší soud v dané věci osobě zúčastněné na řízení žádné povinnosti neuložil, rozhodl tak, že tato osoba nemá právo na náhradu nákladů řízení.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 20. března 2019

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu