



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **Telefónica Czech Republic, a.s.**, se sídlem Praha 4, Za Brumlovkou 2/266, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Koordinační středisko pro resortní zdravotnické informační systémy**, se sídlem Praha 4, Vídeňská 1958/9, zastoupené JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.10.2012, č.j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs,

### t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.10.2012, č.j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** žalobci nahradit náklady řízení ve výši 3.000 Kč do patnácti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

## **O d ů v o d n ě n í :**

Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.10.2012, č.j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs, kterým byl dle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.8.2012, č.j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOn. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení i tohoto prvostupňového rozhodnutí.

### I. Podstata věci

Zadavatel – Kooordinační středisko pro resortní zdravotnické informační systémy – uveřejnil dne 8.12.2011 a následně opravil dne 12.1.2012 oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „*Vytvoření a implementace základu jednotné technologické platformy včetně identity managementu, platformy pro vytěžování dat a napojení na základní registry veřejné správy*“.

Žalobce dne 11.1.2012 uplatnil námitky proti podmínkám zadání, které považoval za diskriminační a v rozporu se zákonem. Těmto námitkám nebylo ze strany zadavatele vyhověno. Žalobce tedy podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Dne 13.8.2012 vydal žalovaný prvostupňové rozhodnutí, kterým dle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ zamítl žalobcův návrh, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 a 2 ZVZ.

Žalobce podal proti prvostupňovému rozhodnutí rozklad. V podaném rozkladu žalobce uplatnil zejména námitky týkající požadavku zadavatele na výhradní licenci, dále proti kombinaci požadavků na funkční vzorek a manuál a hodnocení jeho rozsahu, důvodnosti požadavku na dodavatele (i konkrétní zaměstnance – odborníky), který již dříve vytvořil, implementoval či provozoval informační systém v oblasti zdravotnictví pro subjekty, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, diskriminačnímu požadavku na vzdělání vybraných osob dodavatele, nesouhlasu s požadavkem na stanovení společného reprezentanta, dále i proti tomu, že nebylo zřejmé, co lze s využitím opce plnit a co je zadavatelem zapláceno.

Předseda žalovaného všechny žalobcem uplatněné námitky neshledal důvodné, podaný rozklad zamítl a potvrdil prvostupňové rozhodnutí.

Tento závěr nyní žalobce napadá podanou žalobou.

## II. Shrnutí žaloby

Žalobce předně namítá, že podmínka poskytnutí výhradní licence k částem plnění, jež nesou znaky autorského díla, je diskriminační. Žalobce v této souvislosti poukazuje na to, že zájemci, kteří vyvinou produkt „na míru“ pro zadavatele, nemohou výsledky své práce ve smyslu § 47 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském a o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), udělit jiné osobě a sami se musí zdržet výkonu práva užít dílo způsobem, ke kterému byla licence udělena. Oproti tomu ti zájemci, kteří přeprodávají produkt třetí strany (k němuž mají nevýhradní licenci), mohou nabízet tentýž software dále. Dále žalobce poukazuje na to, že se zadavatel svými opatřeními nevyhne nutnosti zadávání budoucích zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění s poskytovatelem nevýhradní licence a shledává tu opět výhodnější postavení dodavatelů nevýhradní licence. Žalobce má za to, že pokud bylo záměrem zadavatele získat do budoucna právo provádět úpravy software, mohlo to být sjednáno a zadavatel mohl požadovat taktéž zdrojové kódy, k takovému jednání však z jeho strany nedošlo.

Žalobce v této souvislosti nesouhlasí s procesním postupem prvostupňového orgánu, který si k otázce vztahu předmětu plnění a autorského práva přizval znalce z oboru českého práva, neboť se podle žalobce jedná o nepřípustný důkaz. Žalobce rovněž dodává, že tento znalecký posudek zcela nahrazuje úvahy prvostupňového orgánu, kdy orgán na závěry obsažené ve znaleckém posudku pouze odkazuje. Současně žalobce namítá, že druhostupňový orgán dostatečně nepřezkoumával prvostupňové rozhodnutí, a to ani v jednom z bodů týkajících se otázky výhradní licence. Žalobce shledává postup žalovaného nezákonným v tom smyslu, že argumentuje ve prospěch zadavatele, aniž by tyto argumenty byly zadavatelem použity a mohly být dovozeny ze spisu. Podle žalobce došlo k porušení zásady nestrannosti. Žalobce nesouhlasí se závěrem žalovaného, že by nabytím licence nabyvatel získal právo do díla zasahovat, upravovat jej či jinak měnit, a odkazuje na § 51 autorského zákona; zdůrazňuje, že toto ustanovení s výhradností či nevýhradností nijak nesouvisí. Z napadeného rozhodnutí nevyplývá, proč dodavatel nemohl nabídnout své řešení, a odkazuje na znění § 47 odst. 4 autorského zákona, který podle žalobce upravuje tuto problematiku opačně od závěrů uvedených v napadeném rozhodnutí. Žalobce rovněž poukazuje na to, že napadené rozhodnutí je v tomto bodě rovněž vnitřně rozporné.

Další žalobní bod se týká požadavku na prokázání ukončeného vysokoškolského nebo středoškolského vzdělání technického směru u vybraných osob dodavatele v čl. 3.5 zadávací dokumentace. Žalobce poukazuje na to, že tento požadavek byl dále řešen v dodatečných informacích k zadávací dokumentaci č. 4 a 5, kde je uvedeno, že tímto vzděláním je rozuměno vzdělání, které není přírodovědné, humanitní, ekonomické ani jiného obdobného směru. Podle žalobce tímto negativním vymezením (zejména odborníků přírodovědného směru) zadavatel vyloučil účast těch osob, které jsou experty v oblasti programování a vytváření databází. Tímto nejasným a zmatečným vymezením kvalifikačního předpokladu podle žalobce zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 ZVZ, neboť založil podmínku, jejíž splnění není schopen dopředu odhadnout. Žalobce rovněž nesouhlasí s argumentací žalovaného obsaženého v obou rozhodnutích týkající se této otázky.

Žalobce dále zpochybňuje podmínku ustanovení společného reprezentanta, neboť by tímto podle něj došlo k popření smyslu společné nabídky dle § 69 odst. 4 ZVZ. Svoji argumentaci vede v tom směru, že ZVZ neukládá povinnost dodavatelů, kteří podávají společnou nabídku, povinnost utvořit sdružení a ani nestanovuje, že za toto sdružení má jednat pouze jeden člen sdružení jako „společný reprezentant“. Žalobce ve své argumentaci odkazuje na znění § 69 odst. 4 ZVZ, podle něhož se dodavatelé podávající společnou nabídku považují *ex lege* za jednoho uchazeče. Požadavek zadavatele je v tomto směru tedy rozporný s textem tohoto zákona. Žalobce považuje prvostupňové rozhodnutí za nedostatečně odůvodněné. Napadené rozhodnutí se podle žalobce nijak nevypořádalo s otázkou nezastoupeného společného dodavatele, který by byl vyřazen z jednání, ani otázkou vnučeného zmocnění. V tomto ohledu žalobce zdůrazňuje, že kvalifikací je dle tohoto zákona míněna způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky (dle § 17 písm. e/ ZVZ). Žalobce má tedy za to, že zadavatel jako součást prokázání kvalifikace požadoval podmínku zákonem nepředvídanou, kterou bylo utvoření sdružení a ustanovení společného reprezentanta. Žalobce i v této části shledává napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, a to pro rozpor výroku s odůvodněním a dále pro rozpor s obsahem spisového materiálu.

Žalobce nesouhlasí ani s požadovanými referencemi dodavatele a odborníků uvedenými v čl. 5 zadávací dokumentace a shledává tento požadavek diskriminačním. Předpoklad, že v minulosti již byly dodavatelem poskytovány služby subjektům v oblasti zdravotnictví, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, je dle názoru žalobce vzhledem k předmětu plnění nadbytečný. Žalobce argumentuje tak, že software ve stejné verzi u zákazníka z oblasti zdravotnictví, který nakládá s veřejnými prostředky, ale nebyl založen podle předpisů práva veřejného, má stejné bezpečnostní vlastnosti jako software u subjektu, který podle veřejného práva byl založen. Žalobce rovněž nesouhlasí s tím, jak se žalovaný vypořádal s touto námitkou uplatněnou již v řízení v prvním stupni a poté i v rozkladu a poukazuje na to, že technické podmínky ve smyslu ZVZ nejsou totožné s technickými kvalifikačními předpoklady.

Z výše uvedených důvodů se žalobce domáhá zrušení jak napadeného, tak jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejšími soudem.

### III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný předně nesouhlasí s nepřezkoumatelností napadeného a prvostupňového rozhodnutí. Žalovaný uvádí, že se v napadeném rozhodnutí řádně vypořádal se všemi námitkami žalobce. Dále žalovaný odkazuje na obsah napadeného a prvostupňového rozhodnutí, neboť žalobcova argumentace obsažená v žalobě se shoduje s argumentací užitou během správního řízení.

Žalovaný tedy navrhuje, aby soud tuto žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáno v rámci žalobních bodů, jak je uplatnil žalobce v podané žalobě, dle § 75 odst. 2 s.ř.s., podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování druhostupňové orgánu dle § 75 odst. 1 s.ř.s.

Z argumentace obou účastníků, jež byla zdejšímu soudu předestřena, neplyne spor ohledně skutkové stránky věci; sporu je ohledně právního hodnocení zjištěného skutkového stavu a ohledně řádného vypořádání žalobcovy argumentace v průběhu správního řízení.

#### IV.1.

První část žalobní argumentace se týká způsobu uplatnění požadavku na poskytnutí výhradní licence k částem plnění, jež nesou znaky autorského díla. Podle žalobce jde o požadavek diskriminační.

Zadavatel v zadávací dokumentaci, v textu smlouvy o dílo, v části 13.2 „Vlastnické právo a práva duševního vlastnictví“, stanovil požadavek, podle něhož „Pokud není dále v tomto článku stanoveno jinak, nabývá objednatel dnem převzetí jakékoliv části plnění, která naplňuje znaky díla chráněného dle autorského zákona, k takovéto části plnění i k dosud převzatým částem plnění jako celku oprávnění užít je všemi způsoby bez omezení rozsahu, a to bez množstevního nebo územního omezení (dále jen „licence“). Licence je ke každé části plnění převzaté objednatelem podle této smlouvy udělena jako výhradní, neodvolatelná a na dobu trvání majetkových autorských práv. Cena licence je zahrnuta v ceně plnění. Součástí licence je i právo objednatele k provedení jakýchkoliv změn nebo modifikací plnění, a to i prostřednictvím třetích osob, a souhlas k poskytnutí oprávnění užít plnění jakýmkoliv třetím osobám“.

V části 13.4 zadávací dokumentace je uvedeno, že „Smluvní strany výslovně prohlašují, že pokud při poskytování plnění vznikne činností zaměstnanců dodavatele a objednatele dílo spoluautorů a nedohodnou-li se smluvní strany výslovně jinak, bude se mít za to, že je objednatel oprávněn vykonávat majetková autorská práva k dílu spoluautorů tak, jako by byl jejich výlučným vykonavatelem a že dodavatel udělil objednateli souhlas k jakékoliv změně nebo jinému zásahu do díla spoluautorů. S ohledem na toto ustanovení je též stanovená cena díla dle této smlouvy“.

V části 13.5 zadávací dokumentace je pak uvedeno, že „V případě, že z důvodu použití softwarových produktů třetích stran nebo standardních softwarových produktů dodavatele není obvyklé a nelze po dodavateli spravedlivě požadovat, aby dodavatel poskytl k takovýmto autorským dílům licenci a související oprávnění a další plnění dle odst. 13.2 až 13.4 této smlouvy, platí následující ustanovení: 13.5.1 jakýkoliv počítačový program, produkt, modul nebo jiné autorské dílo, ke kterému nelze poskytnout licenci a související oprávnění a další plnění dle odst. 13.2 až 13.4, musí být výslovně uveden v příloze č. 1 této smlouvy nebo prováděcím projektu; 13.5.2 licence k takovému autorskému dílu musí objednateli umožňovat užít plnění objednatelem a dalšími osobami, kterým je plnění určeno, veškerými způsoby potřebnými pro jeho užívání; 13.5.3 způsob užití a množstevní, územní a časový rozsah licence k příslušnému dílu budou uvedeny v příloze č. 1 této smlouvy nebo prováděcím projektu, přičemž licence bude udělena alespoň s územním rozsahem na území České republiky a časovým rozsahem na dobu trvání majetkových práv autorských k danému autorskému dílu a rozsah užití příslušného počítačového programu nesmí být omezen počtem uživatelů nebo jinak bránit v užívání plnění jeho uživateli; 13.5.4 ustanovení odst. 13.2 až 13.4 této smlouvy se nepoužijí“.

V prvostupňovém rozhodnutí se žalovaný k posouzení otázky přípustnosti a charakteru tohoto požadavku z pohledu § 6 ZVZ v první části svých úvah (body 54. až 60.) prakticky omezil na parafrázování závěrů obsažených ve znaleckém posudku, z něhož dovodil, že takto uplatněný požadavek není požadavkem diskriminačním.

Podle § 56 správního řádu lze ustanovit znalce tehdy, závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají. Znalec je tedy odbornou osobou k posouzení takových otázek, jež vykazují znaky a potřebu odborného posouzení. Jde o osobu ustanovenou k posouzení odborných otázek skutkových, nikoli právních. Posouzení charakteru požadavku zadavatele z pohledu § 6 ZVZ (zda je diskriminačním či nikoli) je ovšem otázkou právní, nikoli skutkovou, nadto jde o otázku, jejíž zodpovězení bylo pro posouzení postupu zadavatele v posuzované věci zcela klíčové. Pouhé převzetí odpovědí znalce k otázkám formulovaným ve smyslu „Jde o požadavek diskriminační?“ tedy nemůže být pokládáno za řádné vypořádání návrhové argumentace žalobce.

Za vlastní právní hodnocení žalovaného lze tedy pokládat úvahy od bodu 61. do bodu 67. prvostupňového rozhodnutí, s nimiž se pak věcně ztotožňuje i napadené rozhodnutí v bodech 31. až 36. Podstatou těchto úvah je argumentace, podle níž alternativou uplatněného požadavku zadavatele mohlo být omezení plnění veřejné zakázky na dodávku pouze specifického software, vytvořeného výhradně „na míru“ zadavateli, který by mohl být dodán pouze jeho výrobcem tak, aby zadavatel obdržel pouze software s výhradní licenci, což by fakticky znamenalo omezení okruhu dodavatelů, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky splnit.

Tuto argumentaci zdejší soud pokládá za přílehlavou skutkovým zjištěním, jaká žalovaný učinil již ze samotného textu zadávací dokumentace, neboť pokud by zadavatel postupoval s využitím právě popsané alternativy, upřednostnil by dodavatele, kteří jsou autory či původci dodávaného software, před ostatními dodavateli (tzv. přeprodejci), což by mohlo vykazovat znaky diskriminace podle § 6 ZVZ.

Uplatnění požadavku na dodávku software s výhradní licenci, jak učinil zadavatel, naopak znaky diskriminace nevykazuje. Vyjde-li totiž zdejší soud z právního názoru vysloveného v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008, kterým doplnil zásady výslovně kodifikované v § 6 ZVZ (zásady zákazu diskriminace, rovného zacházení a transparentnosti) o čtvrtou „soudcovskou“ zásadu směřující k posílení úrovně hospodářské soutěže mezi dodavateli, pak nemůže dát zapravdu žalobcově argumentaci fakticky napadající volbu zadavatele, který poskytnutí výhradních licencí nezvolil jako bezpodmínečný požadavek a naopak umožnil, aby byly předloženy i nabídky bez výhradní licence. Dodavatel, který již disponuje fungujícím softwarovým řešením, kterým lze reagovat na poptávku zadavatele, avšak který by zadavateli nabídku nemohl učinit z toho důvodu, že výhradní licenci poskytnout nemůže, by byl eliminován ze soutěže o získání veřejné zakázky; to by porušovalo nejen shora zmíněnou „soudcovskou“ zásadu, nýbrž i samotnou zákonnou zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ.

V posuzované věci, jednoduše řečeno, zadavatel neomezil plnění dodavatele na vytvoření nového softwarového řešení, ani na poskytnutí řešení již existujícího, naopak umožnil, aby se o zakázku ucházeli dodavatelé jak s novým řešením (vytvořeným nově právě pro zadavatele), tak s již existujícím řešením. Pak tedy připuštění obou variant, jež spočívaly ve stanovení povinnosti poskytnout licenci a zdrojový kód tam, kde je to možné (kde bude vytvořeno „nové“ softwarové řešení), a naopak v jejím nestanovení tam, kde to z autorskoprávního pohledu možné není, nejlépe „otevřít“ soutěž o získání veřejné zakázky širšímu okruhu dodavatelů a snaží se eliminovat i budoucí protisoutěžní rizika, jež by plynula z absolutního „uzavření“ příležitostí navazovat na nyní poptávané plnění plněními dalšími (kupř. při navazujících veřejných zakázkách), alespoň v těch případech, kdy je pro zadavatele nyní poskytováno plnění zahrnující i „nové“ vytvoření softwarového řešení. To je postup, který § 6 ZVZ atakovat nemůže.

K první části žalobní argumentace lze tedy uzavřít, že zvolil-li zadavatel kombinaci obou možností, když pro případ, že bude produkt vytvořen „na míru“ pouze pro tuto veřejnou zakázku, zajistí si potřebné licence a zdrojové kódy tak, aby v budoucnu nebyl bezvýhradně závislý na jednom dodavateli, a pro případ, že bude předložena nabídka s využitím již stávajícího produktu, je připraven ji také přijmout, aniž by jedno z obou řešení bylo upřednostněno (a to i pokud jde o dílčí hodnotící kritéria), pak nosný závěr obsažený v napadeném rozhodnutí obtojí. Právě uvedené je stěžejním argumentem, pro který pokládá zdejší soud závěry žalovaného v této dílčí otázce za zákonné. Postoj žalovaného k této dílčí otázce tak zdejší soud nehodnotí jako „obhajobu postupu zadavatele“, jak žalobce namítá, nýbrž jako vyjádření myšlenky, kterou zastává i zdejší soud, podle níž zadavatel ze dvou v úvahu přicházejících variant zvolil tu, jež může rozšiřovat spektrum dodavatelů reálně schopných se o získání zakázky ucházet a nadto přispět k eliminaci napříště výchozího stavu, za něhož bude třeba navazující veřejné zakázky zadávat v zadávacím řízení respektujícím nemožnost zasahovat do autorskoprávní ochrany – tedy zřejmě v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Vymíňovat si dodržení pravidla, které dodavatel není schopen splnit (je-li autorskoprávně omezen), znamená faktickou eliminaci této skupiny dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky, což má stejný efekt jako přímé zúžení okruhu dodavatelů uplatněním požadavku na řešení výlučně „na míru“.

V této části tedy žalobní argumentace důvodná není.

#### IV.2.

Pokud jde o otázku požadavku na prokázání vzdělání vybraných osob (zaměstnanců) dodavatele, pak zadávací dokumentace skutečně obsahuje technické



kvalifikační požadavky, týkající se odborného vzdělání osob, které budou odpovědné za poskytování příslušných služeb.

V zadávací dokumentaci zadavatel požadoval ukončené vysokoškolské či středoškolské vzdělání technického směru u těchto osob: hlavního konzultanta informačního systému („IS“), konzultanta IS, architekta IS, architekta pro databázové systémy, vývojáře SW, experta pro databázové systémy, experta pro statistické modely vytěžování dat, technologického experta pro bezpečnost informací a ochranu osobních údajů a experta pro migrační a validační službu. Na žalobcovu žádost o upřesnění zareagoval žalovaný v průběhu zadávacího řízení tak, že vzděláním technického směru je rozuměno vzdělání, které není přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného podobného směru.

Podstatou argumentace je názor žalobce, že „vzdělání technického směru“ nelze považovat za jasné a srozumitelné, a pokud by jasné a srozumitelné bylo, nejde o požadavek důvodný.

Posouzení věci se tu tedy rozpadá na zodpovězení dvou otázek:

1. zda byl způsob uplatnění tohoto požadavku na kvalifikaci dostatečně jasný a určitý – zda byl tedy v souladu s § 44 odst. 1 ZVZ a § 56 odst. 5 ZVZ (zda zadavatel poskytl správné a úplné údaje ohledně požadavku na prokázání kvalifikace) a s § 6 ZVZ (nakolik se jednalo o uplatnění požadavků s vlivem na míru transparentnosti zadávacího řízení);
2. zda byl způsob uplatnění tohoto požadavku na kvalifikaci v souladu s § 56 odst. 2 písm. b) a e) ZVZ (zda mohl být takto jako požadavek na doložení splnění technického kvalifikačního předpokladu uplatněn) a s § 6 ZVZ (nakolik byl diskriminačním, bezdůvodně vylučujícím dodavatele z účasti na zadávacím řízení – tedy ze soutěže o získání veřejné zakázky).

Pokud jde o zodpovězení první ze dvou otázek, pak požadavek na ukončené vysokoškolské či středoškolské vzdělání je požadavkem srozumitelným (ani z obsahu správního spisu není patrné, že by srozumitelnost tohoto požadavku byla v průběhu zadávacího řízení zpochybňována), požadavek na technický směr takového vzdělání již může vzbuzovat nejistotu promítající se v různých variantách výkladu – a o tom také spor v průběhu zadávacího řízení vznikl. Právě žalobce na nejasnost reagoval žádostí o dodatečné informace podle § 49 ZVZ.

K této otázce se žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí po rekapitulaci skutkových zjištění (body 94. až 98.) vyjadřuje tak, že polemizuje s dílčím argumentem zadavatele ohledně toho, nakolik může postupem podle § 49 ZVZ „poskytovat rady dodavatelům“, a věcně tuto argumentaci vypořádává v bodech 100.

A 102., kde uvádí, že zadavatel upřesnil, že technickým vzděláním není vzdělání přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného obdobného směru. Tu jde však ve skutečnosti znovu o rekapitulaci (pouhé převzetí) odpovědi zadavatele na žádost o dodatečné informace, aniž by argumentoval k žalobcově tvrzení konkrétním hodnocením z pohledu srozumitelnosti takto upřesněného požadavku.

Prvostupňové rozhodnutí se tedy oprávněnosti tohoto požadavku fakticky argumentačně nevěnuje a ve vztahu k této otázce tak obstát nemůže. Napadené rozhodnutí k této otázce v bodu 47. konstatuje, že „...je třeba se zabývat otázkou, kdy mohl dodavatel seznat, co zadavatel myslí pojmem „vzdělání technického směru“, neboť otázku toho, co zadavatel považuje, nebo spíše nepovažuje za vzdělání technického směru, již rozebral jak Úřad v napadeném rozhodnutí, tak sám zadavatel...“ a že je zřejmé, že zadavatel odpověděl na otázky dodavatele a vysvětlil, jaké vzdělání nelze považovat za vzdělání technického směru. Nakolik a z jakých důvodů bylo takové vysvětlení pro žalovaného dostačující, a tedy nakolik byl nakonec požadavek zadavatele v této otázce podle žalovaného srozumitelným, se tedy nepodává ani z rozhodnutí napadeného.

Jestliže žalobce v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí (str. 5 a 6 rozkladu) namítal, že tato otázka zůstala prvostupňovým rozhodnutím nevypořádána, a dožadoval-li se jejího vypořádání jednoduchou a přímou otázkou „ze kterého konkrétního ustanovení zadávacích podmínek nebo dodatečných informací měli dodavatelé rozeznat, že do svých týmů mohou nasadit i některé absolventy ekonomických nebo přírodovědeckých fakult“, pak tím nevyvracel, že tato informace mohla vyplynout až z reakce na žádost o dodatečné informace podle § 49 ZVZ, nýbrž dožadoval se srozumitelného vypořádání otázky zaujetím jasného a především zdůvodněného a argumentačně naplněného stanoviska žalovaného ve druhostupňovém rozhodnutí, pak se mu jej nedostalo v žádném z obou stupňů správního řízení, především tedy nikoli ve druhém stupni řízení – v napadeném rozhodnutí.

V této dílčí otázce tedy zdejší soud ani při nejvyšší míře pečlivosti nenalézá žádný konkrétní, jasný a srozumitelný argument žalovaného ohledně srozumitelnosti požadavku na vzdělání technického směru, jak byl obsažen v zadávacích podmínkách a v odpovědích na žádosti o dodatečné informace. Argument žalobce, že požadavek na „vzdělání technického směru“ nelze považovat za jasný a srozumitelný, tedy zůstal nevypořádán. Pak tedy nelze přezkoumávat (neexistující) úvahu žalovaného ohledně přiměřenosti požadavku zadavatele, resp. jeho důsledků, jak je žalobce zmiňuje především na str. 9 a 10 žaloby.

Faktické nevypořádání argumentu žalobce, že požadavek na „vzdělání technického směru“ nelze považovat za jasný a srozumitelný (toliko „opatrné kroužení“ žalovaného kolem tohoto argumentu), zatěžuje napadené rozhodnutí vadou řízení s vlivem na jeho zákonnost podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s.; napadené

rozhodnutí je v této části pro nedostatek skutkových důvodů, jež by se pak odrazily v řádném právním hodnocení, nepřezkoumatelné.

#### IV.3.

Pokud jde o podmínku stanovení společného reprezentanta, pak zadávací dokumentace obsahuje v části 3.6 „Forma splnění kvalifikace“ požadavek zadavatele, podle něhož „Podává-li nabídku více dodavatelů společně, jsou povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Příslušná listina (smlouva) musí rovněž zřetelně vymezovat, který z uchazečů je oprávněn vystupovat jako reprezentant sdružení“.

Podle § 51 odst. 6 věty první a druhé ZVZ v případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn podle odstavce 5 společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Požadavek na závazek podle věty první, aby dodavatelé byli zavázáni společně a nerozdílně, platí, pokud zvláštní právní předpis nebo zadavatel nestanoví jinak.

Podle § 69 odst. 4 ZVZ se společnou nabídkou se rozumí nabídka, kterou podalo za podmínek stanovených v § 51 odst. 6 ZVZ více dodavatelů společně. V takovém případě se dodavatelé podávající společnou nabídku považují za jednoho uchazeče.

Žalovaný dospěl k závěru, že požadavek (podmínka) na stanovení společného reprezentanta není v rozporu s § 51 ZVZ. Podle žalovaného sice nelze vyloučit, že uvedený požadavek zadavatele může znesnadnit postup dodavatelů podávajících společnou nabídku z pohledu potřeby zajištění patřičných právních a obchodních opatření, avšak bezpochyby tito dodavatelé musí obdobná právní a obchodní opatření řešit, a to už v souvislosti s tím, že podávají společnou nabídku, neboť v případě podání společné nabídky musí dodavatelé mezi sebou uzavřít smlouvu, ve které bude obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou

zavázání společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky.

Zadavatel podle žalovaného nepožadoval, aby si dodavatelé mezi sebou speciálně upravovali vztahy nad rámec zákona; nebylo řečeno, že by jeden z těchto dodavatelů měl nadřazené nebo naopak vedlejší postavení, zadavatel pouze požadoval intimaci pravidla, jež by podle vůle dodavatelů (uchazečů) podávajících společnou nabídku určovalo, na kterého ze členů sdružení se má primárně obracet. Vyžadovat ustanovení vedlejšího postavení jednoho z účastníků sdružení ani z povahy tohoto institutu není možné, neboť jeho účastníci jsou, jak již bylo řečeno, zavázání společně a nerozdílně; nikde nebylo řečeno, že by dodavatel nebyl způsobilý plnit veřejnou zakázku, pokud neustanoví společného reprezentanta sdružení, a podle žalovaného nelze konstatovat, že by samostatný zadavatel byl nějak zvýhodněn tím, že si nemusí stanovit společného reprezentanta - u něj se z logiky věci nedá tento požadavek uplatnit. Argumentaci žalobce, podle níž tento požadavek diskriminuje ty dodavatele, kteří hodlají podat společnou nabídku, oproti dodavatelům samostatným, protože „společně podávající dodavatele zatěžuje procedurou, kterou oni sami nepotřebují a eventuálně ani nechtějí podstoupit“, tedy žalovaný jako nedůvodnou odmítl.

V této části zdejší soud pokládá napadené rozhodnutí za přezkoumatelné, přitom sdílí i nosné důvody této argumentace. Přestože tento požadavek neměl být součástí požadavků na kvalifikaci (o kvalifikaci se ve skutečnosti nejedná, neboť kvalifikací se podle § 17 písm. e/ ZVZ rozumí způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky a tento požadavek není součástí katalogu možných požadavků na kvalifikaci podávaných z § 53, § 54 ani § 56 ZVZ), mohl být součástí požadavku na zpracování nabídky (§ 44 odst. 3 písm. g/ ZVZ); to však není vadou podstatnou, neboť pro oba případy je nesplnění stíženo tímž důsledkem v podobě vyloučení uchazeče (v případě nesplnění kvalifikace podle § 60 odst. 1 ZVZ a v případě nesplnění požadavku zadavatele – včetně „jiného požadavku na zpracování nabídky“ – obsaženého v zadávacích podmínkách podle § 76 odst. 1 a 6 ZVZ).

Fakt, že nejde o požadavek, který by měl výslovnou oporu v ZVZ, je nezpochybnitelný – a logický. Pokud by tento požadavek vyplýval ze ZVZ, nemusel by jej zadavatel uplatňovat nad rámec ZVZ.

Fakt, že se jedná o požadavek možný, a zřejmě i účelný, přitom plyne z následujícího: jestliže se na dodavatele (uchazeče) podávající společnou nabídku hledí jako na dodavatele (uchazeč) jednoho (§ 69 odst. 4 ZVZ), pak aniž by požadavek na stanovení jejich společného reprezentanta přímo plynul ze ZVZ, jde o požadavek ve skutečnosti umožňující aplikaci § 69 odst. 4 věty druhé ZVZ. Již v průběhu zadávacího řízení je totiž zadavatel povinen s uchazeči komunikovat (§ 59 odst. 4 ZVZ, § 76 odst. 3 ZVZ, § 77 odst. 1 ZVZ) a má-li se na dodavatele (uchazeče) podávající společnou nabídku hledět jako na dodavatele (uchazeče) jednoho, je

přiměřené z pohledu zadavatele vědět, s kým na straně dodavatelů (uchazečů) podávajících společnou nabídku (jež jsou tedy v zadávacím řízení jedním dodavatelem – uchazečem) má komunikaci vést.

To, že bude ze strany dodavatelů (uchazečů) podávajících společnou nabídku najisto postaveno, s kým má zadavatel komunikovat – a to jak ve fázi zadávacího řízení, tak pro případ jejich úspěchu v zadávacím řízení (tj. stanou-li se tyto dodavatelé jako jeden uchazeč vítězem zadávacího řízení) po uzavření smlouvy, nikterak neprolamuje pravidla o jejich společné a nerozdílné odpovědnosti ve vztahu k zadavateli, jež nebyla zadavatelem vyloučena (§ 51 odst. 6 ZVZ), ani pravidla o vnitřním rozvržení úkolů a jejich vzájemné odpovědnosti na straně dodavatele. Nepředstavuje-li tento požadavek zásah ani do odpovědnosti navenek ve vztahu k zadavateli, ani do odpovědnosti mezi dodavateli podávajícími společnou nabídku, a jde-li přitom o požadavek, který zadavateli může usnadnit komunikaci s dodavateli, kteří podali společnou nabídku, a tím i naplnit smysl pravidla podle § 69 odst. 4 věty druhé ZVZ, který zároveň zjevně neindikuje skrytě eliminační (a tím diskriminační) prvek postupu k některým z dodavatelů, což v daném případě podle zdejšího soudu nečiní, nejde o požadavek, v němž by bylo lze dovozovat rozpor se ZVZ.

V této části žalobní argumentace je tedy žaloba nedůvodná.

#### IV.4.

Pokud jde o požadavek na prokázání referenčních plnění dodavatele, pak v části 3.5 zadávací dokumentace „Technické kvalifikační předpoklady“ je požadováno doložení referencí: seznam 3 významných služeb o hodnotě alespoň 50 milionů Kč bez DPH, jejichž předmět zahrnoval dodávku, implementaci či provoz registrů, přičemž alespoň v jednom případě předmět těchto služeb zahrnoval dodávku, implementaci či provoz registrů legislativně regulovaných pro veřejnou správu, to vše v poledních 3 letech, a dále seznam a potvrzení, že dodavatel realizoval nejméně 2 další významné služby, přičemž finanční rozsah každé z těchto služeb činil alespoň 20 milionů bez DPH a předmět těchto služeb zahrnoval dodávku, implementaci či provoz informačních systémů v oblasti zdravotnictví, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, to vše v posledních 3 letech.

Pokud jde o požadavky na reference vážící se ke konkrétním osobám na straně dodavatele, pak část 3.5 zadávací dokumentace obsahuje požadavek na uvedení seznamu osob, které budou odpovědné za poskytování příslušných služeb, přitom tři osoby ze seznamu musí prokázat zkušenost s jedním projektem spočívajícím v dodávce, implementaci či provozu registrů, přičemž finanční rozsah tohoto projektu

činil alespoň 50 milionů Kč bez DPH (v posledních 3 letech) a současně s jedním projektem spočívajícím v dodávce, implementaci či provozu informačních systémů pro subjekt veřejného práva v oblasti zdravotnictví, přičemž finanční rozsah tohoto projektu činil alespoň 20 milionů Kč bez DPH (v posledních 3 letech). Obdobný, byť mírnější požadavek byl zadavatelem uplatněn ve vztahu k dalším šesti osobám včetně architekta pro databázové systémy nebo vývojáře software.

Žalovaný k této kombinaci požadavků (od bodu 89. do bodu 91. prvostupňového rozhodnutí) uvedl, že obecně se sice lze ztotožnit s názorem žalobce, že v případech IT technologií jsou příslušní dodavatelé na základě požadavku zadavatele schopni vytvořit konkrétní produkt, a to systém registrů či informační systém nevyjímaje, jednotliví zadavatelé IT služeb se však pohybují v různých prostředích. Zadavatel je v posuzované věci organizační složkou Ministerstva zdravotnictví, která zajišťuje zavádění informačních systémů v rámci veřejné správy resortu zdravotnictví, tedy v oblasti, kde dochází ke kontaktu s vysoce citlivými daty majícími charakter osobní a velmi důvěrné povahy, z čehož plynou vyšší nároky na zabezpečení systému před jeho zneužitím či manipulací s takto citlivými daty, na zajištění bezchybné stability takového systému, a to i v případě nepředvídaných a nahodilých událostí, na ochranu dat v registru a na zálohování dat a další; v oblasti zdravotnictví pak může zneužitím dat dojít k ohrožení zdraví, života, soukromí či důstojnosti příslušné fyzické osoby. Žalovaný poukázal na to, že údajům v oblasti zdravotnictví je věnována zvláštní péče a ochrana, a proto problematika jejich zpracování a šíření prostřednictvím informačních systémů je upravena zvláštními zákony. Podle žalovaného lze konstatovat, že není vyloučeno, že by poptávanou službu byli teoreticky schopni plnit i dodavatelé, kteří nedisponují zadavatelem požadovanou kvalifikací od subjektů působících v oblasti zdravotnictví, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, bylo by to však za cenu nepřiměřeně velkého rizika pramenícího z možné nezkušenosti dodavatele a jeho realizačního týmu v oblasti zdravotnictví, což by mohlo mít dalekosáhlé následky související se životem a zdravím jedinců i velmi nepříznivé následky pro samotného zadavatele.

Žalobce v podaném rozkladu (str. 4) argumentací jak ve vztahu k požadavkům na dodavatele samotné, tak ve vztahu k požadavkům na konkrétní osoby na straně dodavatelů, zpochybňoval rozdíl mezi dodavatelem a jeho zaměstnancem, který vytvořil, implementoval nebo provozoval informační systém v oblasti zdravotnictví pro subjekty, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, na straně jedné, a dodavatelem a jeho zaměstnancem, který tentýž systém s totožným softwarem vytvořil, implementoval nebo provozoval v oblasti zdravotnictví pro subjekt, který nenakládá s veřejnými prostředky nebo který není založen předpisy veřejného práva, na straně druhé.

K důsledkům požadavku na reference v oblasti zdravotnictví pak žalobce v rozkladu (str. 5) namítal, že akceptace takového požadavku by vedla k uzavření trhu.

K tomu žalovaný v napadeném rozhodnutí argumentoval tak, že zdravotní záznamy jsou natolik citlivými údaji, že se dají těžko porovnat s jinými údaji (bod 40.), že rozdíl není v tom, jak mají být údaje chráněny, ale jaké údaje mají být chráněny (bod 40.).

Pokud jde o požadavek na konkrétní osoby na straně dodavatele, ve vztahu k němu žalovaný v napadeném rozhodnutí vypořádává rozkladovou argumentaci v bodu 43., kterou lze sumarizovat tak, že je třeba, aby osoby realizující plnění měly potřebné zkušenosti a vzdělání.

K argumentu ohledně uzavření trhu pak žalovaný v napadeném rozhodnutí uvádí, že vstup na trh pro nové dodavatele se otvírá v podobě získávání zkušeností na pozici subdodavatele a v realizaci méně náročných zakázek (bod 45.).

Již z právě uvedeného je jasně patrné, že otázka přiměřenosti uplatněných požadavků na kvalifikaci byla žalovaným v obou postupně vydaných rozhodnutích vypořádána pouze obecnými frázemi bez reakce na konkrétní argumentaci, jež byla žalovanému k posouzení žalobcem zřetelně předestřena.

Obecně lze sice těžko zpochybnit, že údaje v oblasti zdravotnictví jsou daty citlivými, tím však pohled na přiměřenost požadované kvalifikace nemůže být vyčerpán – ať už na základě argumentace žalobce, tak i případně nad její rámec. Jestliže byla totiž podstatou argumentace žalobce v průběhu správní řízení obava, že (srozumitelně řečeno) nikdo, kdo v minulosti nedodával „vytvoření registrů“ do oblasti zdravotnictví za veřejné prostředky, se o získání zakázky ucházet nemůže, pak žalovaný zcela abstrahoval od srozumitelně podané argumentace žalobce, podle níž předmětem plnění bylo vytvoření registru, což je podle žalobce běžné plnění z oblasti IT, a žádná specifika v tomto předmětu nelze pro oblast zdravotnictví (*nota bene* pouze při úhradě z veřejných prostředků) dovozovat, a podle níž výsledkem plnění mělo být vytvoření funkční databáze bez ohledu na veřejný charakter prostředků, z nichž mělo být protiplnění hrazeno, a bez ohledu na veřejnoprávní charakter odběratele.

Rovněž žalovaný nikterak věcně nereagoval na jasně přednesený argument žalobce v tom směru, že umožněním takového požadavku coby souladného se ZVZ by došlo „navždy“ k uzavření trhu s obdobnými dodávkami do zdravotnictví.

Pokud jde o rozdíl mezi dodavatelem a jeho zaměstnancem, který vytvořil, implementoval nebo provozoval informační systém v oblasti zdravotnictví pro subjekty, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány

předpisy veřejného práva, na straně jedné, a dodavatelem a jeho zaměstnancem, který tentýž systém s totožným softwarem vytvořil, implementoval nebo provozoval v oblasti zdravotnictví pro subjekt, který nenakládá s veřejnými prostředky nebo který není založen předpisy veřejného práva, na straně druhé, na jehož jasném pojmenování ve vztahu k zadavatelem poptávanému plnění by jediné mohla být žalovaným dovozena přiměřenost požadavku ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ (minimální úroveň požadované technické kvalifikace musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky), pak žalovaný ani v jednom z postupně vydaných rozhodnutí žádný takový rozdíl neindikuje. Kromě obecné úvahy pouze založené na argumentu, že jde o oblast zdravotnictví, z ničeho, čím by žalovaný argumentoval, neplyne, že by reagoval na podstatný fakt, že předmětem plnění, které bylo zadavatelem poptáváno, bylo vytvoření provozuschopné databáze a nikoli její provoz, kde by se specifika (byť žalovaným nepodávaná nikterak konkrétně) související s bezpečností související s citlivostí údajů snad projevit mohla. Ani prvostupňové, ani napadené rozhodnutí se nevypořádává s konkrétně uplatněným argumentem žalobce, že dodávka softwaru pro oblast zdravotnictví v oblasti veřejného sektoru (za veřejné prostředky hrazené subjektem veřejnoprávního charakteru) nevykazuje žádnou odlišnost od dodávky softwaru pro jinou oblast (nikoli zdravotnictví) mimo veřejný sektor (za jiné než veřejné prostředky hrazené subjektem nikoli veřejnoprávního charakteru). Pokud žalovaný odmítá, že není rozhodné, jak mají být údaje chráněny, nýbrž jaké údaje mají být chráněny, nikterak tento svůj závěr s ohledem na předmět plnění, jenž byl předmětem veřejné zakázky, neodůvodňuje.

Žalovaný se žádnou konkrétní úvahou nevyjadřuje ani k podstatné skutečnosti, že v rámci uplatnění požadavku na technickou kvalifikaci může zadavatel podle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ požadovat reference samotného dodavatele, nikoli jeho zaměstnanců (či fyzických osob v jiném vztahu s dodavatelem), přitom ve vztahu ke konkrétním osobám může požadovat toliko seznam těch, jež se budou na plnění veřejné zakázky podílet (§ 56 odst. 2 písm. b) ZVZ), a osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci (§ 56 odst. 2 písm. e) ZVZ), nejvýše spolu s přehledem průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru (§ 56 odst. 2 písm. g) ZVZ).

Pokud jde o samotný argument žalobce ohledně uzavření trhu „navždy“, ani ve vztahu k tomuto argumentu neobsahuje prvostupňové ani napadené rozhodnutí žádnou přezkoumatelnou úvahu založenou na jakýchkoli konkrétních skutkových zjištěních, přitom posouzení důsledků takto nastavené kvalifikace (tj. toho, co požadavek na prokázání splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu ve skutečnosti způsobil) je pro vypořádání této žalobcovy námitky právě podstatné a nezbytné. Zadavatel je totiž při stanovování obsahové náplně jednotlivých požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů kromě § 56 odst. 5 ZVZ vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady podávané z § 6 ZVZ, mimo jiné i zásadu nediskriminace (zásadu zákazu diskriminace). Přestože soudy v minulosti konstantně judikovaly nejčastější



formu porušení zákazu diskriminace, která je naplněna tehdy, pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (rozsudky zdejšího soudu v právních věcech sp. zn. 62 Ca 17/2006 ze dne 4.10.2006, 62 Ca 12/2006 ze dne 17.10.2006, 31 Ca 166/2005 ze dne 14.5.2007 apod.), za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba podle dnes již ustálené judikatury považovat též takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovanou úroveň (v tomto případě technické) způsobilosti mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Učiní-li tak zadavatel, aniž by k tomu byly jasné, korektní, objektivní, rozumné a srozumitelně vyložené důvody, lze takový jeho postup kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Zdejší soud v tomto smyslu ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 ZVZ již judikoval např. ve věci sp. zn. 62 Ca 9/2007 (rozsudek ze dne 11.10.2007), shodně pak ve vztahu k tehdy možným ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům podle tehdejšího § 55 ZVZ např. ve věci sp. zn. 62 Ca 10/2009 (rozsudek ze dne 12.8.2010) a Nejvyšší správní soud ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům podle § 56 ZVZ ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 (rozsudek ze dne 5.6.2008). Není žádného důvodu, aby zdejší soud svůj přístup k této otázce měnil.

Pokud tedy žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že stanovení zadavatelem (a aprobování žalovaným) tohoto konkrétního technického kvalifikačního předpokladu fakticky vedlo k neoprávněnému uzavření trhu, a tedy že soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku a o obdobné veřejné zakázky v budoucnu bylo tím významně narušeno, musel se žalovaný touto argumentací také zabývat. I kdyby totiž zadavatele ke stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu vedly podle něj dobře hájitelné důvody, neznamená to, že by takový postup nemohl vykazovat prvky skryté diskriminace. Znovu je tu třeba připomenout imperativ (zmíněný již v části IV.1. odůvodnění tohoto rozsudku) směřující k posílení úrovně hospodářské soutěže mezi dodavateli v případech veřejného zadávání plynoucí z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008. Nevypořádáním tohoto žalobcova argumentu (resp. jeho vypořádáním toliko v tom směru, že ostatní dodavatelé mohou nejprve „získávat zkušenosti“ jako subdodavatelé nebo jako dodavatelé jiných zakázek v oblasti zdravotnictví – bod 45. napadeného rozhodnutí) spolu s nevypořádáním argumentu ohledně samotného předmětu poptávaného plnění (tj. že jím bylo vytvoření provozuschopné databáze a nikoli její provoz) zůstal tento imperativ ze strany žalovaného nevyslyšen.

Na základě argumentace žalobce bylo tedy třeba nejprve si ujasnit, co bylo předmětem zadavatelem poptávaného plnění, a ve vztahu k tomu pak srozumitelně a konkrétně vyložit, jací dodavatelé byli schopni veřejnou zakázku realizovat za

použití zadavatelem uplatněných požadavků na kvalifikaci a jací dodavatelé by ji byli schopni realizovat bez jejich použití, a ve vztahu k těmto zjištěním navázat řešením otázky ohledně proporcionality uplatněného požadavku a jeho rozumné funkce, což odpoví na otázku, zda je tímto požadavkem případně bráněno dostatečně konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli oprávněně.

Z právě uvedených důvodů zdejší soud dovozuje, že v otázce uplatnění žalobcem zpochybňovaných požadavků na technickou kvalifikaci dodavatelů je napadené rozhodnutí pro nedostatek skutkových důvodů, jež by se pak odrazily v řádném právním hodnocení, nepřezkoumatelné (§ 76 odst. 1 písm. a/ s.ř.s.).

### V. Shrnutí závěrů soudu

Žaloba není důvodná v částech, kde žalobce napadá závěry žalovaného ohledně uplatnění požadavku na poskytnutí výhradní licence k částem plnění, jež nesou znaky autorského díla (část IV. 1. odůvodnění tohoto rozsudku), a ohledně uplatnění požadavku na stanovení společného reprezentanta (část IV.3. odůvodnění tohoto rozsudku).

Napadené rozhodnutí je však nepřezkoumatelné v otázce posouzení požadavku na prokázání vzdělání vybraných osob (zaměstnanců) dodavatele, na reference dodavatele a na „reference jeho osob“ v rámci technické kvalifikace (části IV.2. a IV.4. odůvodnění tohoto rozsudku). To je důvodem zrušení napadeného rozhodnutí (nutně jako celku) podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a k vrácení věci k dalšímu řízení žalovanému podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Žalovaný, vázán právním názorem soudu vysloveným v částech IV.2. a IV.4. odůvodnění tohoto rozsudku, je povinen vypořádat argumentaci žalobce, kterou uplatnil ve správním řízení; bude muset vyjít z dostatečných a konkrétních skutkových zjištění, k nimž bude muset mít podklad, která konkrétním a přezkoumatelným způsobem, jenž se bude vyjadřovat k veškeré argumentaci žalobce, vyhodnotí a odůvodní. O osudu prvostupňového rozhodnutí nechť rozhodne předseda žalovaného v závislosti na úvahách ohledně případné potřeby doplnění podkladu rozhodnutí pro zodpovězení shora položených otázek.

### VI. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu náleží právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady řízení ve

výši 3.000 Kč za zaplacený soudní poplatek; právo na jejich náhradu tedy soud žalobci k tíži žalovaného přiznal a žalovanému k zaplacení stanovil přiměřenou lhůtu.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 20. března 2014

JUDr. David Raus, Ph.D., v. r.  
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:  
Barbora Zachovalová