



UOHSX00EO4TN

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0058/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12917/2021/161/EDo

Brno 20.04.2021

V řízení o rozkladu ze dne 24. 3. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném navrhovatelem -

- **PROSOFT KROMĚŘÍŽ s.r.o.**, IČO 63492041, se sídlem Masarykovo náměstí 490/9, 767 01 Kroměříž, ve správním řízení zastoupena Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, ev. č. ČAK 12075, IČO 71467661, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28319320, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ č. j. ÚOHS-07707/2020/531/MKe ze dne 9. 3. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 6. 12. 2019 na návrh výše označeného navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Nemocnice Kyjov, příspěvková organizace**, IČO 00226912, se sídlem Strážovská 1247/22, 697 01 Kyjov, ve správním řízení zastoupena Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, IČO 71333673, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Modernizace a rozšíření funkcionalit nemocničního informačního systému (NIS) a související dodávky a služby**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 7. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-025831, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019, dne 2. 9. 2019, dne 3. 10. 2019, dne 10. 10. 2019 a dne 15. 11. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne

30. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 145-356507, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 158-390609, dne 21. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 160-394450, dne 3. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 169-413071, dne 4. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 192-466327, dne 11. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 197-478562 a dne 15. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 221-542039,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ č. j. ÚOHS-07707/2020/531/MKe ze dne 9. 3. 2020

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 6. 12. 2019 návrh z téhož dne navrhovatele – PROSOFT KROMĚŘÍŽ s.r.o., IČO 63492041, se sídlem Masarykovo náměstí 490/9, 767 01 Kroměříž, ve správním řízení zastoupena Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, ev. č. ČAK 12075, IČO 71467661, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28319320, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 11. 12. 2019, (dále jen „**navrhovatel**“) – kterým bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ o přezkumu úkonů zadavatele – Nemocnice Kyjov, příspěvková organizace, IČO 00226912, se sídlem Strážovská 1247/22, 697 01 Kyjov, ve správním řízení zastoupena Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, IČO 71333673, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 12. 12. 2019, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Modernizace a rozšíření funkcionalit nemocničního informačního systému (NIS) a související dodávky a služby“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 7. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-025831, ve znění oprav uveřejněných dne

---

<sup>1</sup> „Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.“

19. 8. 2019, dne 2. 9. 2019, dne 3. 10. 2019, dne 10. 10. 2019 a dne 15. 11. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 145-356507, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 158-390609, dne 21. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 160-394450, dne 3. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 169-413071, dne 4. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 192-466327, dne 11. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 197-478562 a dne 15. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 221-542039, (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Z bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, přičemž v bodu II.1.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení uvedl zadavatel jako popis veřejné zakázky následující: *„[p]ředmětem projektu a této veřejné zakázky je modernizace a rozšíření funkcionalit nemocničního informačního systému (NIS) v oblasti elektronizace procesů (např. v oblasti elektronické zdravotnické dokumentace, zpracování dat z PACS apod.), dlouhodobá elektronická archivace zdravotnické dokumentace, podpora nových procesů v rámci nemocnice a jejich elektronizace a možnost jejich realizace nejen v nemocnici, ale i vzdáleně a nové funkce v NIS. Předmětem je také napojení na systémy výměny elektronické zdravotnické dokumentace na úrovni kraje (eHealth JMK) a prostřednictvím tohoto systému na systémy výměny zdravotnické dokumentace na národní úrovni (NIX ZD) a nadnárodní (NCP eH). Výměna elektronické zdravotnické dokumentace je možná jen za podmínky, kdy na to zdrojový systém (NIS) bude připraven a bude podporovat a pracovat s elektronickou zdravotnickou dokumentací a bude provedena elektronizace procesů tak, aby jejich výstupem byla elektronická zdravotnická dokumentace. Podrobně viz ZD.“*
3. Zadavatel stanovil v bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 48 089 400,- Kč bez DPH.
4. Dne 12. 11. 2019 obdržel zadavatel od navrhovatele námitky z téhož dne proti zadávací dokumentaci veřejné zakázky.
5. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 26. 11. 2019, které bylo navrhovateli doručeno dne 27. 11. 2019, podané námitky odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 6. 12. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
7. V návrhu navrhovatel brojil proti zadávacím podmínkám, resp. proti kritériím technické kvalifikace, která jsou podle něj skrytě diskriminační, a s přihlédnutím ke specifikům relevantního trhu rovněž nedůvodně omezující hospodářskou soutěž, a proti několika konkrétním technickým podmínkám, pro jejichž stanovení podle něj neexistuje legitimní důvod, a které na užitnou hodnotu předmětu plnění veřejné zakázky nemají přímý vliv.

## II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 9. 3. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ č. j. ÚOHS-07707/2020/531/MKe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné konstatoval, že nezjistil, že by jednotlivé požadavky zadavatele v rámci kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2

písm. b) zákona, vůči nimž navrhovatel brojí, a to at již samostatně, popř. ve vzájemné kombinaci, neodpovídaly rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, resp. že by se jednalo o nepřiměřené zadávací podmínky, jež by měly za cíl pouze bezdůvodné omezení hospodářské soutěže.

10. Úřad dále uvedl, že z jím provedeného šetření vyplývá, že kromě dodavatele ICZ a.s., IČO 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 140 00 Praha 4 (dále jen „**ICZ a.s.**“), jenž podal do zadávacího řízení nabídku, existují na relevantním trhu minimálně 4 další dodavatelé, kteří jsou schopni splnit požadavky na prokázání kritérií technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b), c) a d) zákona v podobě, v jaké byly zadavatelem stanoveny v zadávací dokumentaci. Výsledky provedeného šetření tak korespondují se závěry Úřadu, že se zadavatel při stanovení předmětných kritérií technické kvalifikace nedopustil porušení zákona. Takto nastavenou technickou kvalifikací tedy zadavatel prokazatelně soutěž o veřejnou zakázku nevyločil. K tomu Úřad dodal, že nespátřuje žádný racionální důvod k tomu, proč by měl mít pochybnosti o relevanci vyjádření jmenovaných 4 dodavatelů, jestliže zadavatel obdržel na plnění veřejné zakázky pouze 1 nabídku. V této skutečnosti neshledává Úřad nic, co by mělo snižovat vypovídací hodnotu předmětných vyjádření.
11. Úřad rovněž zdůraznil, že dle jeho přesvědčení jsou kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b), c) a d) zákona rozporovaná navrhovatelem přiměřená rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky; nejedná se tedy o kritéria zjevně excesivní, resp. „samoúčelná“, jejichž smyslem by byla pouze bezdůvodná eliminace potenciálních dodavatelů.
12. Úřad také vyjádřil názor, že zadavatel v rámci důvodů, kterými opodstatňuje nastavení předmětných technických podmínek, věcně a objektivně vysvětlil důvody pro jejich stanovení, jimiž jsou zejména časová a finanční úspora, neboť řešení ve formě aplikace provozované ve webovém prohlížeči umožňuje zadavateli využívat různá koncová (mobilní) zařízení, nevyžaduje v případě aktualizace žádnou aktivitu na koncových zařízeních, tudíž nedojde k omezení práce uživatelů v době instalace na koncová zařízení, což by v důsledku mohlo vést k nežádoucím vlivům na provoz zdravotnického zařízení a tím i na zdraví a životy pacientů, a současně mu umožní systém úspěšně provozovat i za postupné obměny provozní infrastruktury koncových zařízení. Zadavatel tak při vymezení přezkoumávaných technických podmínek dle názoru Úřadu opodstatněně zohlednil jak důvody časové a ekonomické, tak důvody medicínské, a taktěž reflektoval rychlost technologického vývoje v této oblasti, když požaduje řešení, které mu zajistí kompatibilitu s více různými prohlížeči různých výrobců, a umožní mu NIS úspěšně provozovat dlouhodobě i za postupné obměny provozní infrastruktury koncových zařízení. Úřad dodává, že obzvláště s přihlédnutím k odbornému charakteru předmětu plnění veřejné zakázky, kterým dodávka NIS dle Úřadu bezesporu je, má zadavatel při dodržení zákonných norem právo na vlastní úvahu o tom, co zadáním veřejné zakázky požadovat, příp. která nabídka je pro něj výhodnější.

### **III. Námitky rozkladu**

13. Dne 24. 3. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 9. 3. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

14. Navrhovatel je přesvědčen o nesprávnosti napadeného rozhodnutí, které zpochybňuje v celém rozsahu.
15. Navrhovatel namítá, že Úřad posuzoval kritéria technické kvalifikace a konkrétní technické podmínky izolovaně, aniž by se zabýval posouzením jejich společného působení (kumulovaného dopadu) na okruh potenciálních dodavatelů, potažmo na hospodářskou soutěž mezi dodavateli na specifickém relevantním trhu. Navrhovatel má za to, že kumulovaný dopad kombinace dvou restriktivních opatření je závažnější než samostatně posuzovaný dopad každého z nich. V souvislosti s posouzením kritérií technické kvalifikace navrhovatel podotýká, že Úřad sice v odůvodnění napadeného rozhodnutí přistoupil k jejich přezkumu, avšak ustrnul u porovnání obsahu a hodnoty jednotlivých složek požadované kvalifikace s předmětem a předpokládanou hodnotou veřejné zakázky, aniž by hodnotil, zda a jaké dopady budou mít zadavatelem stanovená kritéria technické kvalifikace na hospodářskou soutěž ve specifických podmínkách relevantního trhu.
16. V souvislosti s Úřadem provedeným šetřením navrhovatel namítá, že vzorek Úřadem oslovených respondentů neodráží celé spektrum dodavatelů působících na relevantním trhu, kteří jsou objektivně způsobilí k plnění veřejné zakázky, neboť se Úřad v rámci provedeného šetření omezil pouze na největší a etablované dodavatele. Z toho důvodu má navrhovatel za to, že odpovědi respondentů nemohou odrážet skutečné poměry na relevantním trhu, a proto z nich nelze vyvozovat opodstatněné závěry stran dopadu zadavatelova postupu na hospodářskou soutěž.
17. Dále navrhovatel namítá, že Úřad při posuzování kritérií technické kvalifikace nevzal v potaz argument navrhovatele, že z hlediska dodávky nebo servisu nemocničního informačního systému je z technického pohledu lhostejné, zda lůžkový fond zdravotnického zařízení čítá 500 a více nebo 300 a méně lůžek. Dle navrhovatele Úřad bez bližšího zdůvodnění přejal argumentaci zadavatele, zatímco s argumentací navrhovatele se vypořádal zavádějícím a argumentačně nekorektním způsobem.
18. V další části rozkladu se navrhovatel vyjadřuje ke konkrétním technickým podmínkám, kdy v souvislosti s jejich posouzením ze strany Úřadu konstatuje, že Úřad sice shromáždil vhodný základ pro jejich právní hodnocení, avšak selhal co do zjištění skutkového stavu, v důsledku čehož dospěl k vadnému rozhodnutí. Dále navrhovatel poukazuje, že se Úřad nevypořádal s jeho tvrzením, že argumentace zadavatele spočívající ve zdůvodnění stanovení konkrétních technických podmínek je nepravdivá, když Úřad na tuto argumentaci zadavatele přistoupil.
19. Navrhovatel rovněž podotýká, že Úřad pochybil, když namísto ustanovení znalce provedl vlastní šetření, neboť posouzení oprávněnosti požadavků zadavatele stran technických podmínek plnění spočívá v posouzení skutečností ryze technické povahy, k čemuž je potřeba odborných znalostí v oblasti IT, které úřední osoby dle navrhovatele nemají. Navrhovatel považuje způsob provedení šetření Úřadu za nesouladný se zákonem. Namítá, že Úřad vedle tří stanovisek, která podporují zadavatelem uváděné důvody ke stanovení konkrétních technických podmínek, obdržel rovněž tři stanoviska, která předmětné důvody zadavatele negují, avšak s jejich obsahem se po věcné stránce nevypořádal, přestože jsou v nich uvedeny konkrétní důvody, proč lze rovnocenně uspokojit potřebu zadavatele i jinými prostředky než jediným zadavatelem preferovaným technickým řešením. Zcela vadná skutková zjištění dále Úřad podle navrhovatele učinil na základě vyjádření Fakulty

informatiky Masarykovy univerzity (Masarykova univerzita dále jako „**MU**“), a to z důvodu způsobu formulace dotazu ze strany Úřadu.

20. Závěrem navrhovatel opakuje, že má za to, že Úřad nedosáhl potřebné úrovně skutkových poznatků, aby na jejich základě zjistil relevantní stav věci, který by bylo možno považovat za řádný podklad pro rozhodnutí a podrobit jej právnímu posouzení. Na základě nedostatečných a nesprávných skutkových zjištění dospěl Úřad podle navrhovatele k nesprávnému právnímu závěru.

#### **Závěr rozkladu**

21. Navrhovatel vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele**

22. Dne 2. 4. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele z téhož dne. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že souhlasí se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí, které považuje za správné. Současně zadavatel konstatuje, že navrhovatel zpochybňuje závěry Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí, avšak nepředkládá žádné nové argumenty, a de facto pouze opakuje již dříve uvedené a vyvrácené námitky.
23. K argumentaci navrhovatele spočívající v uvedení dodavatelů, kteří v rámci Úřadem provedeného šetření vyjádřili své výhrady vůči zadávací dokumentaci, zadavatel uvádí, že navrhovatel opomíná zmínit ty dodavatele, kteří vůči zadávací dokumentaci naopak neměli výhrad. Z toho důvodu považuje zadavatel vyjádření navrhovatelem jmenovaných dodavatelů za nerelevantní.
24. Co se týče navrhovatelem namítaného pochybení Úřadu spočívajícího v neustanovení znalce, má zadavatel za to, že navrhovatel chybně vykládá ustanovení § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“), neboť z něj nevyplývá obligatorní povinnost ustanovit znalce, nýbrž pouze možnost jeho ustanovení v případech, kdy nelze požadované informace získat jinak. K tomu zadavatel dodává, že Úřad získal relevantní informace od zadavatele a navíc i od širokého spektra potenciálních dodavatelů. Současně zadavatel zdůrazňuje, že znalec by nemohl řešit právní otázky, přičemž oprávněnost požadavků zadavatele je čistě otázkou právní, neboť se jedná o posouzení souladu postupu zadavatele se zákonem.
25. Zadavatel je přesvědčen, že při stanovení zadávacích podmínek postupoval v souladu se zákonem, přičemž v souvislosti se správností svého postupu odkazuje na svá předchozí vyjádření, a opakuje, že se ztotožňuje se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí.
26. S ohledem na vše shora uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

#### **IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum**

27. Dne 28. 5. 2020 předseda Úřadu vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0058/2020/VZ č. j. ÚOHS-15746/2020/321/EDo, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“).

28. Následně navrhovatel podal žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), kterou se domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu.
29. Krajský soud v této věci rozhodl rozsudkem č. j. 30 Af 37/2020 - 720 ze dne 27. 1. 2021 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“), kdy výrokem I. zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. Výrokem II. pak žalovanému uložil povinnost zaplatit žalobci náklady řízení do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku. Proti rozsudku krajského soudu předseda Úřadu nepodal kasační stížnost.

#### **V. Další řízení o rozkladu**

30. Po vrácení správního spisu krajským soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí, což bylo účastníkům správního řízení oznámeno přípisem Úřadu ze dne 3. 3. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ, č. j. ÚOHS-07786/2021/161/JSu. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

31. Vzhledem k závazným právním názorům vyjádřeným v rozsudku krajského soudu jsem v dalším řízení o rozkladu dospěl k následujícímu závěru.
32. Napadené rozhodnutí je nezákonné. Nezákonnost spočívá v nesprávném právním posouzení věci (ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům) a nepřezkoumatelnosti z důvodu nedostatečného zjištění skutkového stavu (ve vztahu k technickým podmínkám plnění).
33. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem zrušil napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vrátil věc Úřadu k novému projednání.

#### **VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání**

34. Krajský soud se ve svém rozsudku zabýval nejprve nastavením předmětných technických kvalifikačních předpokladů a poté technických podmínek plnění. Jelikož odůvodnění tohoto rozhodnutí přímo vychází ze závazných závěrů rozsudku krajského soudu, bude v něm následována i jeho systematika.

#### *K technickým kvalifikačním předpokladům*

35. Krajský soud zaujal v rozsudku odlišný názor než Úřad, který v napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí předsedy Úřadu nedal za pravdu námitce navrhovatele napadající nepřiměřenost technických kvalifikačních předpokladů v tom, že u referenčních zakázek na dodávky nebo servis NIS byl vyžadován minimální počet lůžek ve výši 300. Úřad usoudil, že lůžková kapacita zadavatele (zhruba 480 lůžek) překračuje požadavek na min. 300 lůžek obsažený v zadávací dokumentaci, a tak se nejedná o zjevně nepřiměřenou podmínku, která by vedla k diskriminaci některých dodavatelů, připustil také, že vícekapacitnímu zařízení odpovídá požadavek větší složitosti NIS.
36. Krajský soud však oproti tomuto závěru Úřadu poukázal na předchozí rozhodovací praxi Úřadu a rovněž na závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Jelínka ze dne 6. 8. 2020 předloženého navrhovatelem v rámci soudního řízení. Podle rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-

S0317/2018/VZ č. j. ÚOHS-09910/2020/512/PHn ze dne 31. 3. 2020 ve věci Thomayerovy nemocnice (dále jen „**rozhodnutí Thomayerova nemocnice**“), které řešilo totožnou otázku jako ve zde projednávané věci, tj. přiměřenost požadavku na minimální lůžkový fond při zadání veřejné zakázky na dodávku a servis NIS, „*požadavek na počet lůžek bez dalšího, který je obsažen v daném kritériu technické kvalifikace, nemá žádnou vypovídací hodnotu ohledně schopnosti potenciálních dodavatelů plnit veřejnou zakázku*“. Podle rozhodnutí Thomayerova nemocnice tak jde o požadavek nepřiměřený předmětu plnění veřejné zakázky, navíc požadavek diskriminační (viz zejm. jeho body 268 a 272). Stejně tak podle závěrů znalce Ing. Jelínka obsažených ve znaleckém posudku ze dne 6. 8. 2020 „*údaj o počtu lůžek nemá pro potenciální dodavatele informačního systému žádný význam ani žádnou roli. Vývoj musí být proveden stejně pro menší počet lůžek a stejně pro počet lůžek vyšší, je to jen otázka rozsahu databází.*“ S těmito závěry se krajský soud ztotožnil.

37. Krajský soud dále navázal, že pokud předmětem veřejné zakázky byla modernizace a rozšíření funkcionalit NIS a související dodávky a služby, přičemž veškeré potřebné požadavky a funkcionality NIS byly detailně vymezeny v zadávací dokumentaci (zejm. v části 3 Požadavky na dodávky a související služby), nemá kritérium minimálního počtu lůžek žádný význam pro potenciální dodavatele NIS, neboť se neváže k informačnímu systému jako takovému, ale k jeho organizaci. Krajský soud s odkazem na závěry znalce Ing. Jelínka ve znaleckém posudku ze dne 6. 8. 2020 konstatoval, že vývoj informačního systému nesouvisí s počtem lůžek, proto i rozsah a spolehlivost software potřebného pro naplnění základních funkcí NIS je stejný pro nemocnice čítající 50 nebo 500 lůžek. Požadované funkcionality systému byly dostatečně konkrétně vymezeny v zadávací dokumentaci, proto je krajský soud přesvědčen, že včlenění požadavku na minimální počet lůžek u zadavatelem požadovaných referencí bylo nepřiměřené předmětu veřejné zakázky.
38. Krajský soud je přesvědčen, že závěry rozhodnutí Thomayerova nemocnice měly být ve věci zohledněny, jelikož v něm byla předmětem posuzování totožná právní otázka, v níž byly samotným Úřadem vyžádány dva znalecké posudky pro zodpovědné posouzení otázky přiměřenosti technických kvalifikačních předpokladů. Závěr Úřadu o přiměřenosti požadavku na počet lůžek dodaného či servisovaného NIS, který byl v napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí předsedy Úřadu učiněn, tak dle krajského soudu právě s ohledem na odborné závěry znalců vyslovené ve věci Thomayerovy nemocnice i znalce Ing. Jelínka ve znaleckém posudku ze dne 6. 8. 2020 neobstojí.
39. Krajský soud poukázal, že Úřad provedl v průběhu správního řízení šetření s cílem ověřit, zda jsou oslovení dodavatelé schopni splnit zadavatelem nastavené technické kvalifikační předpoklady. Pět z devíti oslovených dodavatelů potvrdilo, že by bylo schopno splnit reference vlastními kapacitami (mezi nimi byl i dodavatel, který podal nabídku na veřejnou zakázku). Dva z dodavatelů upozornili, že by požadavkům technické kvalifikace nevyhověli z důvodu požadovaného minimálního počtu lůžek pro NIS (dodavatelé NIS Systems a VÍTKOVICE IT SOLUTIONS). Již tato skutečnost měla Úřadu dle mínění krajského soudu signalizovat možnou problematičnost daného požadavku technické kvalifikace a měla jej vést k dalšímu podrobnějšímu zkoumání, k němuž přistoupil ve věci Thomayerovy nemocnice.
40. Krajský soud uzavřel, že požadavek na počet lůžek dodaného či servisovaného NIS, který byl obsažen v daném kritériu technické kvalifikace, nemá žádnou vypovídací hodnotu ohledně schopnosti potenciálních dodavatelů plnit veřejnou zakázku. Jednalo se o požadavek



nepřiměřený, odporující § 6 odst. 1 zákona. V podrobnostech krajský soud výslovně odkázal na body 268 a násl. rozhodnutí Thomayerova nemocnice, kde byla totožná právní otázka podrobně řešena.

41. K řečeným technickým kvalifikačním předpokladům je tedy na místě, aby Úřad, s ohledem na výše uvedené závazné názory vyplývající z rozsudku krajského soudu přihlédl ke skutečnostem uvedeným výše a tyto promítnul do nového právního posouzení věci. Především musí Úřad danou problematiku řešit při zohlednění předchozí rozhodovací praxe obsažené v rozhodnutí Thomayerova nemocnice, na kterou podrobně odkazuje krajský soud. Zejména by měl reflektovat krajským soudem akcentovaný fakt, že údaj o počtu lůžek je bez dalšího zavádějící a jako takový nemá sám o sobě na vývoj, dodání a servis daného informačního systému jakýkoliv vliv, kterýžto závěr vyplývá ze znaleckých posudků zohledňovaných právě v rozhodnutí Thomayerova nemocnice, které pojednává o obdobné problematice jako v posuzovaném případě.
42. Zároveň by měl Úřad při přezkoumání odůvodněnosti daných technických kvalifikačních předpokladů jako podklad pro rozhodnutí zohlednit i znalecký posudek Ing. Zdeňka Jelínka ze dne 6. 8. 2020 dodaný navrhovatelem v soudním řízení, jehož závěry jsou rovněž souladné s odůvodněním rozhodnutí Thomayerova nemocnice. Jelikož závazný právní názor obsažený v bodě 61 rozsudku krajského soudu nedává Úřadu velký manévrovací prostor, bude Úřad muset rozhodnout v souladu se zde uvedeným závěrem, že požadavek na počet lůžek dodaného nebo servisovaného NIS je ve svém důsledku diskriminační. Pouze najde-li Úřad zásadní odlišnost od rozhodnutí Thomayerova nemocnice nebo zjistí nové skutečnosti a okolnosti, které zásadním způsobem zpochybňují závěry znaleckého posudku Ing. Zdeňka Jelínka, nebude povinen rozhodnout v souladu s rozsudkem krajského soudu.

*K technickým podmínkám plnění*

43. Krajský soud rovněž nesouhlasil s tím, jakým způsobem Úřad posoudil, že požadavek zadavatele na provoz NIS na mobilním zařízení ve webové aplikaci je přiměřený. Krajský soud se totiž ztotožnil s názorem navrhovatele, že šetření provedené Úřadem v této věci nebylo provedeno dostatečně odborně, což mělo za následek chybné zjištění skutkového stavu a vyvození nesprávných právních závěrů.
44. Krajský soud ve svém rozsudku zrekapituloval, že Úřad v průběhu správního řízení provedl šetření, přičemž ve vztahu k technickým podmínkám plnění se žádostí ze dne 15. 1. 2020 dotázal 9 potenciálních dodavatelů, zda považují požadavek zadavatele na řešení ve formě webové aplikace za standardní, resp. zda řešení fungující v nativní aplikaci považují za rovnocenné. Tři z oslovených dodavatelů (Steiner, NIS Systems a TECHNISERV IT) považovali požadavek za standardní, tři za neoprávněný (Medicalc software, Medical Systems a VÍTKOVICE IT SOLUTIONS); další oslovení dodavatelé buďto neodpověděli (STAPRO a CompuGroup Medical) nebo se jednalo o dodavatele, který podal nabídku na veřejnou zakázku. Obdobným dotazem ze dne 16. 1. 2020 adresovaným Fakultě informatiky MU požadoval Úřad odpověď mj. na dotaz: „*Nakolik problematickým spatřujete vytvoření webové aplikace v intencích požadavků zadavatele, tj. provozovatelné ve webovém prohlížeči?*“ Fakulta informatiky MU k předmětné žádosti o vyjádření dne 21. 1. 2020 sdělila, že ve volbě webové aplikace obecně neshledávají problém. Dodala, že oproti nativnímu klientovi mají webové aplikace výhodu v úspoře finančních nákladů, protože jsou téměř

platformově nezávislé. Z těchto odpovědí Úřad následně dovodil, že se jedná o požadavek běžně existující, nikoliv uměle vytvořený zadavatelem, který jím byl dostatečně odůvodněn, a tedy jej nelze označit za nezákonný, kteréžto závěry Úřadu krajský soud zpochybnil.

45. Krajský soud ohledně zmíněných šetření Úřadu uvedl, že úkolem Úřadu při přezkumu přiměřenosti včlenění předmětné technické podmínky plnění do zadávací dokumentace bylo určit, zda požadavek zadavatele na provoz NIS na mobilním zařízení ve webové aplikaci byl požadavkem oprávněným či požadavkem nepřiměřeným, tj. odporujícím § 6 zákona. Jak Úřad sám konstatoval v napadeném rozhodnutí, k posouzení této otázky bylo třeba odbornosti, kterou nedisponoval, proto provedl odborné šetření, kterýžto postup krajský soud nezpochybňuje. Zároveň však podotýká, že závěry provedeného šetření by musely jednoznačně svědčit o oprávněnosti, anebo nepřiměřenosti předmětné technické podmínky plnění, což se dle krajského soudu v posuzovaném případě nestalo. Dotazy kladené osloveným dodavatelům i odborným institucím byly dle mínění krajského soudu formulovány tak, že z obdržených odpovědí nebylo možné vyvodit jasný závěr o srovnatelnosti a zaměnitelnosti řešení v nativní a webové aplikaci (což mohlo být předmětem zjišťování od Fakulty informatiky MU) ani určit, kolik z oslovených dodavatelů bylo schopno daný požadavek vlastními kapacitami splnit. Úřad se oslovených dodavatelů i odborných institucí dotazoval, jak požadavek na webovou aplikaci vnímají, tj. zda ho považují za oprávněný či nikoliv. Subjektivní názor oslovených subjektů na oprávněnost daného požadavku však dle krajského soudu nedokládá nic o přiměřenosti dané technické podmínky plnění ani o tom, zda by danou podmínku byli oslovení dodavatelé schopni splnit vlastními kapacitami. Přitom právě tato skutečnost měla být pro úvahy Úřadu o přiměřenosti předmětného požadavku určující (jak tomu ostatně bylo i v případě požadavku na technické kvalifikační předpoklady).
46. Způsob, jakým byly dotazy v provedeném šetření formulovány, nemohl podle krajského soudu Úřadu poskytnout dostatečnou odbornost k posouzení přiměřenosti dané technické podmínky. Otázky totiž nemířily na zjištění srovnatelnosti webových a nativních aplikací či k ověření oprávněnosti zadavatelem uváděných nedostatků nativních aplikací, ale týkaly se subjektivního názoru oslovených respondentů. U respondentů, kteří považovali požadavek na webovou aplikaci za přiměřený, nebyl Úřadem zjišťován jejich vztah k dodavateli, který podal nabídku v zadávacím řízení (zda s ním nejsou personálně propojeni nebo zda se na jeho zakázkách nepodílí subdodavately apod.), přestože navrhovatel na tyto skutečnosti již ve správním řízení upozorňoval (viz vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 7. 2. 2020).
47. Krajský soud dále odkazuje na znalecký posudek ze dne 6. 8. 2020 předložený navrhovatelem, z něhož vyplývá, že řešení fungující v nativní aplikaci lze považovat za rovnocenné webové aplikaci. Podle znalce užitečné vlastnosti nezáleží na druhu aplikace, ale na tom, do jaké míry splňuje aplikace potřeby zadavatele. Znalec doplnil, že webové aplikace běžící v různých prohlížečích je problém certifikovat jako zdravotnický prostředek. K případnému omezení práce uživatele z důvodu aktualizace nativních aplikací podotkl, že proces aktualizací nepředstavuje žádné výrazné omezení práce běžného uživatele; navíc jej lze časově nastavit. Krajský soud navíc připomíná, že ředitel zadavatele při ústním jednání potvrdil, že dosud problémy s provozem stávajících aplikací žalobkyně na mobilních zařízeních nebyly a že požadavek na provoz ve webové aplikaci byl podle něj preventivním

opatřením. Krajský soud tak má za zřejmé, že včlenění dané technické podmínky nebylo odůvodněno nedostatečností či problémy se stávajícím řešením.

48. Krajský soud je tak přesvědčen, že způsob formulace dotazů v rámci šetření Úřadu znemožnil učinit dostatečně odborný závěr ohledně oprávněnosti předmětné technické podmínky plnění. Úřad tak na základě zcela nedostatečných skutkových zjištění ohledně rovnocennosti (srovnatelnosti) řešení ve webové a v nativní aplikaci dospěl k závěru o oprávněnosti požadavku na webovou aplikaci, přičemž akcentoval zejména oprávnění zadavatele stanovit v technických podmínkách plnění své potřeby. Pokud by se při řádném odborném posouzení dané technické podmínky plnění ukázala řešení ve webové i nativní aplikaci jako rovnocenná, jak by vyplývalo ze závěrů znaleckého posudku, bylo by na místě nově zhodnotit oprávněnost včlenění daného požadavku do zadávací dokumentace v kontextu dosavadního fungování NIS v nativních aplikacích (viz mj. bod 80 rozsudku krajského soudu). Jsou-li technická řešení objektivně srovnatelná, je na zadavateli aby řádným způsobem zdůvodnil, proč jedno z technických řešení vyloučil z účasti na zadávacím řízení a proč se tak – z pohledu konkrétních potřeb zadavatele – ve skutečnosti o srovnatelná řešení nejedná.
49. Krajský soud tak v návaznosti na výše uvedené shledává vadu řízení u Úřadu z toho důvodu, že dosavadní skutková zjištění Úřadu jsou v tomto směru nedostatečná. V dalším řízení bude dle závěru krajského soudu na Úřadu, aby při využití znaleckého posudku ze dne 6. 8. 2020 předloženého navrhovatelem (který bude podle § 78 odst. 6 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, nutno zohlednit jako důkaz v dalším řízení) opětovně posoudil přiměřenost předmětné technické podmínky a případně doplnil dokazování za účelem posouzení srovnatelnosti řešení ve webové a nativní aplikaci. Zohlední přitom důvody uváděné zadavatelem, které jej vedly k včlenění tohoto požadavku do zadávací dokumentace, jakož i fakt, že dosud funguje NIS na mobilních zařízeních v nativní aplikaci a žádné problémy s jeho fungováním zadavatel nepozoroval. Pro úvahy Úřadu bude významné rozlišit, co je skutečně vlastní potřebou zadavatele, kterou je oprávněn artikulovat a požadovat v zadávací dokumentaci, a co už je návrhem typu řešení dané potřeby, které zadavatel do zadávací dokumentace není oprávněn včlenit.
50. Co se potom týče výše pojednaných technických podmínek plnění, opět je na místě, aby Úřad zohlednil popsané závazné názory vyplývající z rozsudku krajského soudu a doplnil svá skutková zjištění ohledně možné rovnocennosti technických řešení ve webové a nativní aplikaci. Úřad musí doplnit svá odborná šetření tak, aby jejich závěry mohly jednoznačně svědčit o oprávněnosti, anebo nepřiměřenosti předmětné technické podmínky plnění. Potenciální otázky Úřadu v rámci takového šetření musí směřovat na zjištění srovnatelnosti webových a nativních aplikací a k ověření oprávněnosti zadavatelem uváděných nedostatků nativních aplikací, nemohou tak být směřovány na získání subjektivního názoru oslovených respondentů. Rovněž by měl Úřad u respondentů, kteří by považovali požadavek na webovou aplikaci za přiměřený, ověřit jejich vztah k dodavateli, který podal nabídku v zadávacím řízení (zda s ním nejsou personálně propojeni nebo zda se na jeho zakázkách nepodílí subdodavatelsky apod.), na což upozorňoval navrhovatel již ve správním řízení, avšak Úřad toto tvrzení vypořádat opomenul.
51. Obdobně jako v případě technických kvalifikačních předpokladů by měl i v případě technických podmínek Úřad vzít za podklad rozhodnutí i znalecký posudek Ing. Zdeňka Jelínka ze dne 6. 8. 2020 dodaný navrhovatelem v soudním řízení a s jeho závěrem, z něhož

vyplývá, že řešení fungující v nativní aplikaci lze považovat za rovnocenné webové aplikaci, by se měl podrobně vypořádat. Úřad by měl rovněž reflektovat přesvědčení krajského soudu, že včlenění dané technické podmínky zadavatelem nebylo odůvodněno nedostatečností či problémy se stávajícím řešením. Úřad by tak měl kriticky posoudit důvody uváděné zadavatelem, které jej vedly k včlenění tohoto požadavku do zadávací dokumentace, jakož i fakt, že dosud funguje NIS na mobilních zařízeních v nativní aplikaci a žádné problémy s jeho fungováním zadavatel nepozoroval. Úřad tedy musí v rámci nového posouzení rozlišit, co je skutečně vlastní potřebou zadavatele, kterou je oprávněn stanovit a požadovat v zadávací dokumentaci, a co už je návrhem typu řešení dané potřeby, které zadavatel do zadávací dokumentace není oprávněn včlenit. V návaznosti na zde popsané potom je na Úřadu, aby své závěry, zda požadavek zadavatele na provoz NIS na mobilním zařízení ve webové aplikaci je přiměřený či nikoli, důkladněji zdůvodnil v kontextu připomínek krajského soudu.

52. Provedení výše uvedeného posouzení odpovídá závaznému právnímu názoru v rozsudku krajského soudu a rovněž jej lze považovat za žádoucí, neboť otázka, kdy je určení konkrétního technického řešení na místě a kdy nikoliv, není jednoduchá k zodpovězení. Přitom její zodpovězení by zakázkové praxi významně pomohlo. Nelze ale opomenout, že vyřešení této sporné otázky nemusí být nezbytné, neboť pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 3 zákona „postačuje“, pokud byla jiná zadávací podmínka stanovena v rozporu se zákonem. Výše bylo uvedeno, že podmínka technické kvalifikace byla stanovena dle krajského soudu v rozporu se zákonem a prostor pro případné odchýlení se od tohoto závazného názoru je velmi malý až žádný.

## **VII. Závěr**

53. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí vykazuje vady nepřezkoumatelnosti z důvodu nedostatečného zjištění skutkového stavu, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho zrušení a vrácení věci k novému projednání podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.
54. Vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí trpí nezákonností spočívající v nedostatečném zjištění skutkového stavu, ke kterému došlo již v prvostupňovém řízení, a tedy je nutno doplnit dokazování, které bude klíčové pro právní posouzení věci tak, jak Úřad zavázal krajský soud, nebylo právně možné, abych rozkladem napadené rozhodnutí sám změnil.
55. Při novém projednání věci bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu, jakož i závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí o rozkladu.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Ing. Tomáš Horký, advokát, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., třída Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno

### **Vypraveno dne**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy