



UOHSX00G6SXZ

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0044/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-19075/2022/161

Brno 9. 6. 2022

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 1. 4. 2022 navrhovatelem –

- **STAPRO s. r. o.**, IČO 13583531, se sídlem Pernštýnské náměstí 51, 530 02 Pardubice, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0406/2021/VZ, č. j. ÚOHS-09673/2022/510 ze dne 18. 3. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 17. 9. 2021 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Všeobecná fakultní nemocnice v Praze**, IČO 00064165, se sídlem U nemocnice 499/2, 128 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem, ev. č. ČAK 07145, IČO 66229375, advokátem a společníkem obchodní společnosti CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Technologie pro běh NIS a zajištění funkční systémové integrace**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-025756, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 139-370179, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, s přihlédnutím ke stanovisku rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0406/2021/VZ, č. j. ÚOHS-09673/2022/510 ze dne 18. 3. 2022

**ruším**

a věc

**vracím**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“<sup>1</sup>), k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 17. 9. 2021 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – STAPRO s. r. o., IČO 13583531, se sídlem Pernštýnské náměstí 51, 530 02 Pardubice (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U nemocnice 499/2, 128 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem, ev. č. ČAK 07145, IČO 66229375, advokátem a společníkem obchodní společnosti CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 11. 10. 2021 (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Technologie pro běh NIS a zajištění funkční systémové integrace“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-025756, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 139-370179, ve znění pozdějších oprav (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) došlo dne 17. 9. 2021, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.
3. Dne 3. 11. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0406/2021/VZ, č. j. ÚOHS-37014/2021/500/Alv, kterým rozhodl o nařízení předběžného opatření, jímž byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 18. 3. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp.zn. ÚOHS-S0406/2021/VZ, č. j. ÚOHS-09673/2022/510 (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že je to zadavatel, kdo určuje zadávací podmínky vymezující předmět veřejné zakázky, a že zadavatel nevede zadávací řízení za účelem plnění přání dodavatelů, nýbrž za účelem uspokojování vlastních potřeb. Předmětem plnění veřejné zakázky tak na základě potřeb zadavatele je dodání licencí k platformnímu softwaru, na němž funguje NIS Zlatokop, a nikoli dodání nového NIS jako celku. Zadavatel podle Úřadu před zadáním veřejné zakázky zvažoval různé výhody zvoleného postupu i případné náklady na realizaci alternativních variant, jak dokládá předložená Cost Benefit analýza. Za těchto okolností nelze dle Úřadu zadavatele nutit, aby v zájmu co nejširší hospodářské soutěže poptával zcela nový nemocniční informační systém (dále jako „**NIS**“), a lze tak akceptovat její důvodné omezení.
6. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval otázkou, zda stanovením zadávacích podmínek nedošlo k omezení hospodářské soutěže takovým způsobem, který by ve svém důsledku vedl k faktickému vyloučení možnosti existence hospodářské soutěže, nebo zda postup zadavatele nepřinesl některému dodavateli neodůvodněnou konkurenční výhodu. Konstatoval, že zadavatel odkazem na předběžné tržní konzultace provedené Nemocnicí Na Homolce (dále jako „**NNH**“) v roce 2019 před zahájením zadávacího řízení na totožné plnění, jež nyní poptává zadavatel, dostatečně ověřil, že hospodářská soutěž o předmět plnění veřejné zakázky může proběhnout. K námitce navrhovatele, že společnost InterSystems Corporation, se sídlem One Memorial Drive, Cambridge, 02142, Massachusetts, Spojené státy americké (dále jako „**InterSystems**“; zkratkou InterSystems jsou v tomto rozhodnutí rovněž označeny společnosti s touto společností provázané či související, jmenovitě InterSystems International Corporation se sídlem One Memorial Drive, Cambridge, 02142, Massachusetts, Spojené státy americké, Intersystems B.V., se sídlem 3528BJ Utrecht, Papendorpseweg 100, Regus Utrecht Papendorp, Nizozemské království a InterSystems B.V., odštěpný závod, IČO 70804591, se sídlem Slepá II 1007/15, Lhotka, 142 00 Praha 4) výrazným způsobem determinuje okruh potenciálních dodavatelů tím, že jim neposkytuje autorizaci pro danou zakázku, Úřad uvedl, že navrhovatel svá tvrzení v průběhu správního řízení nedoložil žádnými podklady.
7. Úřad v napadeném rozhodnutí shrnul, že nelze konstatovat, že by zadavatel s ohledem na své potřeby a objektivní důvody bezdůvodně omezil hospodářskou soutěž v rozporu se zákonem, neboť zároveň z ničeho nevyplývá, že by zadavatel omezil hospodářskou soutěž účelově s cílem vytvoření stavu exkluzivity pro určitého dodavatele. Mezi oprávněné důvody zadavatelova postupu patří zmírnění efektu tzv. vendor lock-in, možnost spolupráce s jinými zdravotnickými zařízeními provozujícími NIS Zlatokop nebo ekonomická výhodnost zvoleného postupu oproti pořízení zcela nového NIS.
8. K otázce poptávaného počtu licencí NIS Zlatokop Úřad uvedl, že je to zadavatel, kdo musí být schopen posoudit a následně definovat předmět veřejné zakázky i co do rozsahu, jehož pořízení povede nejlépe k naplnění jeho potřeb. K namítanému účelovému dělení veřejné zakázky Úřad shledal, že navrhovatel vychází pouze z domněnky, že zadavatel bude

v budoucnu pořizovat další licence. Žádná další část veřejné zakázky tak v současnosti neexistuje, a nelze proto hovořit o dělení veřejné zakázky. Pokud by zadavatel v budoucnu další licence skutečně pořizoval, nelze předjímat, že by tak činil v rozporu se zákonem, zvláště když sám deklaroval záměr zadávat veřejnou zakázku na případné další licence v otevřeném řízení.

9. Na základě předložené Cost Benefit analýzy Úřad dále konstatoval, že se zadavatel důkladně zabýval porovnáním alternativ spočívajících ve využití NIS Zlatokop či stávajícího modelu NIS, a to zejména z pohledu ekonomického dopadu na zadavatele. Odpovědnost za to, zda zadavatelovo rozhodnutí provozovat NIS Zlatokop je řešením hospodárným, pak leží dle Úřadu výhradně na zadavateli, neboť z právních předpisů upravujících působnost Úřadu nevyplývá, že by byl Úřad oprávněn přezkoumávat hospodárnost postupu zadavatele.
10. K oprávněnosti požadavku na integrační platformu InterSystems Úřad dovodil, že NIS Zlatokop, který využívá programové prostředky produktu InterSystems Caché, ke svému fungování nezbytně potřebuje produkt InterSystems IRIS for Health, který na základě zjištěných skutečností jako jediný zahrnuje i nezbytné databázové funkce InterSystems Caché. V posuzovaném případě tak nebylo důvodu, aby zadavatel v zadávacích podmínkách připustil možnost dodání jiné platformy než InterSystems IRIS for Health.
11. Ke stanovení technických podmínek pomocí odkazu podle § 89 zákona Úřad uvedl, že byly naplněny podmínky pro aplikaci výjimky stanovené v § 89 odst. 5 zákona, neboť zadavatel odkázal na určitý výrobek, který je nezbytný pro provoz a fungování NIS, který již zadavatel vlastní a hodlá využívat do budoucna, a z tohoto důvodu byl zadavatel oprávněn stanovit, že dodavatelé jsou povinni dodat přesně ten výrobek, na který je v technických podmínkách odkázáno.
12. K namítané nejednoznačnosti a rozporům ve specifikaci zadávacích podmínek Úřad uvedl, že v případě námítky neobjasnění možnosti garance podpory vyšších verzí webových prohlížečů na straně dodavatele, který není výrobcem, není zřejmé, jak by v důsledku nesprávného postupu zadavatele v této věci mohla na straně navrhovatele vzniknout újma, neboť se nejedná o okolnost, která by mu bránila v podání nabídky. K námitce nejednoznačnosti zadávací dokumentace ohledně identifikace požadované platformy a výhrady možnosti přechodu na tuto platformu Úřad konstatoval, že navrhovatel tuto námitku vznesl až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 3. 2022, a nikoli v návrhu či v předcházejících námitkách. S ohledem na § 251 odst. 4 zákona se tak Úřad těmito námitkami dále nezabýval.
13. K návrhu zadavatele na zastavení řízení dle § 257 písm. b) zákona Úřad uvedl, že pro takový úkon neshledává důvody, neboť návrh navrhovatele obsahuje všechny obligatorní součásti návrhu dle § 251 zákona spočívající v uvedení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, a není tedy dán důvod pro zastavení řízení dle § 257 písm. b) zákona.

### III. Rozklad navrhovatele

14. Dne 1. 4. 2022 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 18. 3. 2022. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

**Námítky rozkladu**

15. Navrhovatel v rozkladu namítá, že napadené rozhodnutí je nesprávné a vydané v rozporu se zákonem. Úřad při posouzení návrhu rovněž aplikoval nepřiléhavou judikaturu.
16. Navrhovatel předně uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nereflektoval skutečnost, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách dostatečně konkrétně a podrobně nevyjádřil ke všem námitkám navrhovatele.
17. Podle navrhovatele zadavatel neprokázal splnění podmínky hospodárného postupu stanovené v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 26/2017-22 ze dne 15. 2. 2018 (dále jako „**rozsudek Pelhřimov**“), a závěry rozsudku tak nelze na postup zadavatele aplikovat. Zadavatel pouze obecně uvedl, že při stanovení počtu poptávaných licencí nelze vycházet z počtu licencí současného NIS, neboť oba systémy stojí na zcela jiném modelu řízení, přidělování a použití licencí. Úřad toto zdůvodnění přijal a uvedl, že zadavatel vycházel ze svých aktuálních potřeb, které nejlépe zná právě on sám. Navrhovatel k tomu uvádí, že tvrzení zadavatele je nepravdivé, neboť typ licencí u obou systémů je stejný (souběžní uživatelé), a jejich princip tak je srovnatelný. Lze proto podle navrhovatele očekávat, že zadavatel bude v blízké době poptávat velké množství dalších licencí, pročež je jeho Cost Benefit analýza založená na 1100 + 100 licencích klamavá a neprůkazná.
18. Úřad podle navrhovatele pochybil tím, že přehlédl skutečnost, že zadavatel neprokázal objektivní důvody pro svůj postup, kterým vytvořil exkluzivitu pro dodavatele InterSystems, přičemž pouze mechanicky převzal závěry různých rozhodnutí a přehlédl navrhovatelem konkrétně tvrzené argumenty a námitky. Neobstojí ani odkaz na zásadu legitimního očekávání, neboť oproti rozsudku Pelhřimov zde Úřad neprokázal znaky hospodárnosti postupu. V případě rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0200/2020/VZ, č. j. ÚOHS-23652/2020/542/VSV ze dne 3. 8. 2020 (dále jako „**rozhodnutí NNH**“) se pak jedná „pouze“ o právní závěr Úřadu, který nebyl podroben názoru předsedy Úřadu ani přezkumu správními soudy. Nejedná se tak ze strany Úřadu o přílehavé srovnání.
19. Navrhovatel v rozkladu opakuje, že brojí proti legalizaci pouze formálně otevřených výběrových řízení s možností poskytnout plnění pouze jedním dodavatelem s vyloučením hospodářské soutěže bez objektivně existujících důvodů pro takový postup. Úřad se podle něj nevypořádal s jeho námitkami týkajícími se diskriminačního zadání veřejné zakázky, kdy byla bezdůvodně omezena hospodářská soutěž, a přestože formálně byla veřejná zakázka zadávána v otevřeném řízení, fakticky zadávací řízení naplňovalo spíše znaky jednacního řízení bez uveřejnění. Podle navrhovatele jsou totiž možní dodavatelé předmětu plnění veřejné zakázky vázáni na souhlas InterSystems, a jsou tedy toliko formálními možnými dodavateli, neboť například pro veřejnou zakázku zadavatele NNH nebyl možným dodavatelům souhlas výrobce předmětu plnění veřejné zakázky dán. NIS Zlatokop navíc není dle navrhovatele vázán na integrační platformu IRIS for Health, a zadavatel tak mohl ve skutečně otevřeném řízení poptávat pouze integrační platformu, neboť nezbytnou licenci pro provoz NIS Zlatokop je pouze licence k databázi Caché.
20. Podle navrhovatele je tak zřejmé, že zadavatel, pokud by se choval hospodárně, měl v otevřené soutěži o veřejnou zakázku poptat moderní NIS (komplexní, parametrizovatelný, s možností vývoje, vyhovující jeho potřebám). I pokud se však rozhodl jít cestou převzetí NIS

Zlatokop, který pracuje na databázi Caché, měl v otevřené soutěži o veřejnou zakázku poplat dodávku integrační platformy.

21. Navrhovatel v rozkladu dále namítá zřejmý rozpor mezi tím, co zadavatel prostřednictvím veřejné zakázky soutěží a co by chtěl dodat, čímž se veřejná zakázka stává netransparentní. Podle navrhovatele není zřejmé, jestli má být cena přechodu ze systému Ensemble na systém IRIS for Health zohledněna v nabídkové ceně. Rovněž úvaha zadavatele týkající se garance podpory vyšších verzí webových prohlížečů ze strany dodavatelů je dle navrhovatele nesmyslná, neboť jediným kompetentním k poskytnutí požadované garance je výrobce webového prohlížeče.
22. Podle navrhovatele Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav, neboť si dostatečné podklady neopatřil (zejména znalecké posouzení v otázce možnosti užívání NIS Zlatokop pouze s licencemi databáze Caché), a pokud je měl, pak jim nevěnoval patřičnou pozornost a nezaložil na nich napadené rozhodnutí.

#### **Závěr rozkladu**

23. Navrhovatel na základě výše uvedené argumentace navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, případně aby napadené rozhodnutí změnil tak, že návrhu bude vyhověno.

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

24. Dne 8. 4. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele. Zadavatel ve vyjádření uvedl, že dospěl k závěru, že pro uložení navrhovaného nápravného opatření v tomto případě neexistují žádné důvody, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.
25. Zadavatel úvodem svého vyjádření odkazuje na všechna svá předchozí podání a jejich přílohy, která jsou součástí správního spisu. Tyto dokumenty totiž podle zadavatele obsahují všechny relevantní skutečnosti, které jsou pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky podstatné.
26. K námitce navrhovatele, podle níž byl postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky nevhodný a neúčelný, zadavatel uvádí, že Úřad není příslušný k tomu, aby posuzoval postup zadavatele z hlediska hospodárnosti. Ten byl navíc dle zadavatele zcela v souladu s principy 3E, tedy hospodárný, účelný a efektivní. Zadavatel k tomu dodává, že si NIS Zlatokop zvolil i z toho důvodu, že jej bude moci flexibilně upravovat a rozvíjet dle svých potřeb, a to vlastními zdroji, tedy bez využití externích dodavatelů.
27. K navrhovatelem namítanému pochybení Úřadu, když tento nezadal zpracování znaleckého posudku znalci v oboru IT se znalostí produktů a licenční politiky InterSystems, zadavatel uvádí, že z napadeného rozhodnutí je patrné, že Úřad učinil všechny potřebné kroky nutné k tomu, aby si opatřil všechny informace a dokumenty nutné pro vydání napadeného rozhodnutí. Úřad tak v případě veřejné zakázky zjistil skutkový stav dostatečným způsobem. K samotnému znaleckému posudku zadavatel uvádí, že Úřad si nejprve vyžádal odborné posouzení od Institutu klinické a experimentální medicíny, IČO 00023001, se sídlem Vídeňská 1958/9, 140 00 Praha (dále jako „IKEM“), tedy od osoby, která je tvůrcem NIS Zlatokop, a disponuje tedy všemi potřebnými znalostmi ohledně předmětu plnění veřejné zakázky.

Zadavatel k tomu dodává, že lze očekávat, že pokud by toto odborné posouzení nebylo pro rozhodnutí ve věci dostatečné, přistoupil by Úřad k zajištění znaleckého posudku.

28. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad při svém rozhodování zohlednil přiléhavou judikaturu. Odchýlení se od ní by znamenalo porušení zásady legitimního očekávání, které by mělo za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. K tomu však v daném případě nedošlo. I s ostatními závěry Úřadu se zadavatel plně ztotožňuje a považuje je za správná.
29. Zadavatel rovněž poukázal na to, že označení postupu zadavatele správným a následné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může mít velký vliv nejen na další nemocnice, které mohou přistoupit k obdobnému řešení, ale také na trh s NIS nebo i na samotného navrhovatele, který je v současnosti dodavatelem NIS pro zadavatele a za podporu a servis stávajícího NIS inkasuje nemalé finanční částky, a má tak zájem na neustálém prodlužování správního řízení.

#### IV. Řízení o rozkladu

30. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
31. Na základě rozkladových námitek jsem dne 6. 5. 2022 usnesením sp. zn. ÚOHS-R0044/2022/VZ, č. j. ÚOHS-15062/2022/161 uložil zadavateli, aby ve lhůtě 5 pracovních dnů zaslal Úřadu sdělení, v jehož rámci jednoznačně uvede, v čem konkrétně se od sebe liší licence využívané pro připojení k databázi stávajícího NIS Medea a poptávané licence InterSystems IRIS for Health, resp. v čem spočívá „*zcela jiný model řízení, přidělování a používání licencí*“, a proč tedy nelze při stanovení počtu poptávaných licencí InterSystems IRIS for Health vycházet z počtu licencí využívaných zadavatelem pro připojení k databázi stávajícího NIS Medea.
32. Zadavatel v reakci na toto usnesení doručil dne 16. 5. 2022 své sdělení, v němž mimo jiné uvedl, že zásadní rozdíl mezi licencemi pro NIS Medea a NIS Zlatokop spočívá ve způsobu přidělování licencí, kdy zatímco NIS Medea očekává, že licenci k užívání bude mít každý uživatel navázanou přímo na sebe, NIS Zlatokop pracuje s variantou plovoucích licencí, která nepožaduje konkrétní licenci pro konkrétního uživatele, nýbrž licence jsou k dispozici na serveru a jsou distribuovány uživatelům až ve chvíli, kdy je tito uživatelé potřebují. Pokud je následně uživatelem práce v NIS Zlatokop ukončena, licence se uvolní a je dostupná jakémukoli jinému uživateli. Proto není třeba stejný počet licencí k NIS Zlatokop, který byl nezbytný k NIS Medea, a v úvahách o počtu poptávaných licencí tak nelze vycházet z počtu licencí k NIS Medea.
33. Dne 5. 5. 2022 jsem rovněž zaslal společností C SYSTEM CZ a.s., IČO 27675645, se sídlem Otakara Ševčíka 840/10, 636 00 Brno (dále jako „**C SYSTEM CZ**“), OR-CZ spol. s r.o., IČO 48168921, se sídlem Brněnská 19/20, Předměstí, 571 01 Moravská Třebová (dále jako „**OR-CZ**“) a IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jako „**IBM**“) žádost o zodpovězení následujících dotazů:
  - *Jaká je licenční politika výrobce softwaru InterSystems IRIS for Health?*

- *Je Vaše možnost nabídnout a následně dodat předmět plnění veřejné zakázky vázána na souhlas výrobce softwaru InterSystems IRIS for Health či souhlas jiného subjektu?*
  - *Z jakého důvodu Vaše společnost nepodala nabídku v následujících zadávacích řízeních:*
    - *otevřené řízení zahájené zadavatelem – Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, IČO 00064165, se sídlem U nemocnice 499/2, 128 00 Praha 2 – za účelem zadání veřejné zakázky „Technologie pro běh NIS a zajištění funkční systémové integrace“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-025756, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 139-370179, ve znění pozdějších oprav;*
    - *otevřené řízení zahájené zadavatelem – Nemocnice Na Homolce – za účelem uzavření rámcové dohody „Licence pro integrační platformu projektu Zlatokop“, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-010706 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 31. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 064-152483?*
34. Společnost C SYSTEM CZ doručila Úřadu dne 10. 5. 2022 své sdělení k zaslaným dotazům, v němž uvedla, že se vinou odštěpení divize zabývající se informačními systémy ve zdravotnictví nedokáže k zaslaným dotazům relevantně vyjádřit.
35. Společnost OR-CZ doručila Úřadu dne 12. 5. 2022 své sdělení k zaslaným dotazům, v němž uvedla, že licenční politiku softwaru InterSystems určuje výrobce, který pro každý obchodní případ vypracovává individuální obchodní nabídku. Společnost OR-CZ dále uvedla, že její možnost nabídnout a následně dodat předmět plnění veřejné zakázky je vázána na souhlas výrobce softwaru InterSystems. Ke své neúčasti v uvedených zadávacích řízeních potom uvedla, že v případě otevřeného řízení v NNH neobdržela autorizaci výrobce softwaru InterSystems na prodej licencí produktu IRIS for Health, o čemž informovala zadavatele. V případě zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku pak společnost OR-CZ neobdržela žádnou odpověď od výrobce softwaru InterSystems na svou poptávku licencí.
36. Společnost IBM doručila Úřadu dne 13. 5. 2022 své sdělení k zaslaným dotazům, v němž uvedla, že informacemi týkajícími se licenční politiky výrobce softwaru InterSystems nedisponuje. Společnost IBM dále uvedla, že její možnost nabídnout a následně dodat předmět plnění veřejné zakázky závisí na učiněných obchodních dohodách mezi společnostmi IBM a InterSystems a je vázána na souhlas společnosti InterSystems, kterým společnost IBM nedisponuje. Ke své neúčasti v uvedených zadávacích řízeních potom společnost IBM uvedla, že v daných případech z obchodního hlediska vyhodnotila, že nabídku do veřejné soutěže nepodá.
37. Dne 24. 5. 2022 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí, v němž vyjádřil své přesvědčení, že všechny relevantní informace uvedl již ve svých předchozích vyjádřeních, která učinil v řízení o rozkladu a v prvostupňovém řízení, a proto na tato vyjádření a jejich přílohy v plném rozsahu odkazuje.
38. Dne 25. 5. 2022 doručil navrhovatel Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí, v němž mimo jiné uvedl, že typ licencí u NIS Medea i NIS Zlatokop je stejný (souběžní uživatelé) a princip obou systémů je srovnatelný, protože jsou při stanovení potřebného počtu



poptávaných licencí informace zjištěné z denního provozu NIS Medea validní a relevantní. Licence k NIS Medea je dle navrhovatele poskytována na konkrétní stanici a čerpá se pouze při práci v NIS Medea, přičemž každému uživateli NIS Medea postačuje jeden účet i pro více rolí. Po ukončení práce v NIS Medea se licence uvolní a je k dispozici jakémukoli jinému uživateli, tedy stejně jako v případě NIS Zlatokop. Navrhovatel ve svém vyjádření rovněž uvedl, že z žádného vyjádření zadavatele neplyne, že by počet poptávaných licencí zjišťoval z datového sběru informací před zahájením zadávacího řízení, přestože navrhovatel na nesrovnalost v počtu poptávaných licencí upozorňoval již ve své první námitce směřované zadavateli. V době přípravy zadávacího řízení rovněž nebyl NIS Zlatokop v NNH nasazen v rutinním provozu, a zadavatel tak nemohl při stanovení počtu poptávaných licencí vycházet z počtu využívaných licencí v NNH.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

39. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek, přičemž jsem dospěl k následujícímu závěru.
40. Úřad nerozhodl v napadeném rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.
41. Ke svému stanovisku sděluji, že rozklad navrhovatele byl dne 29. 4. 2022 projednán rozkladovou komisí, načež rozkladová komise předsedovi Úřadu navrhla, aby napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 správního řádu potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.
42. Své stanovisko odůvodnila rozkladová komise zejména tím, že je to zadavatel, kdo na základě svých oprávněných potřeb určuje, co bude předmětem veřejné zakázky. V daném případě se zadavatel rozhodl využít bezplatně získaný NIS od jiného veřejného zadavatele. K jeho využití je nezbytný konkrétní software, který tak zadavatel určil předmětem veřejné zakázky. Pro závěr o existenci soutěže o plnění veřejné zakázky postačí skutečnost, že zadavatel z dříve zadávané veřejné zakázky jiného veřejného zadavatele ověřil, že poptávaný předmět plnění může dodat vícero dodavatelů, přičemž nelze po zadavateli požadovat, aby dopodrobna zkoumal licenční politiku jednotlivých výrobců softwaru. Rozkladová komise rovněž považuje za dostatečně podložený závěr zadavatele o ekonomické výhodnosti zvoleného postupu, který za tímto účelem zpracoval Cost Benefit analýzu.
43. V návaznosti na průběh jednání rozkladové komise byly učiněny výzvy adresované zadavateli a dodavatelům, popsané v bodech 31–36 tohoto rozhodnutí. Na základě poznatků získaných z odpovědí zadavatele a dodavatelů na uvedené dotazy a na základě vlastního posouzení věci, jakož i po zohlednění návrhu rozkladové komise a odůvodnění jejího stanoviska, jsem s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti nyní řešené věci dospěl k závěru, že nebyla dostatečně ověřena existence soutěže o předmět plnění veřejné zakázky. Pochybnost o existenci soutěže musel zadavatel získat nejpozději z námitek navrhovatele, k ověření existence soutěže však nepřistoupil. Rovněž ekonomická výhodnost plynoucí z Cost Benefit

analýzy stojí na popávaném počtu licencí, který je nižší než v případě aktuálního NIS Medea, aniž by zadavatel dostatečně vysvětlil rozdíl mezi licencemi k softwarům, na nichž jednotlivé NIS stojí, přičemž se ani Úřad s námitkami navrhovatele dostatečně nevypořádal a pouze se přiklonil k tvrzení zadavatele, aniž by odstranil či vyjasnil zjevný rozpor mezi tvrzeními navrhovatele a zadavatele.

44. Vzhledem ke skutečnosti, že není jasně prokázáno, že o předmět plnění veřejné zakázky proběhla hospodářská soutěž (alespoň v důvodně omezené formě) a zároveň realizací předmětné veřejné zakázky hrozí vytvoření specifické závislosti na jednom dodavateli licencí, přičemž tento postup by mohl být opakován i dalšími zadavateli, je třeba posoudit všechny okolnosti případu a řádně zjistit skutkový stav.

## V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

### ***Obecná východiska pro posouzení procesu zadání posuzované veřejné zakázky***

45. Dle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Je tak naplňován účel zadávacího řízení, kterým je podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009 „zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázku, a tím také dosáhnout efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů, neboť zadavatelé většinou nehopodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně.“ Citovaný rozsudek se sice vztahuje k dřívější právní úpravě, avšak účel zadávacího řízení nedoznal v rámci nové právní úpravy žádných změn, a závěr Nejvyššího správního soudu je tak aplikovatelný i na nyní posuzovaný případ.
46. Zadáním veřejné zakázky se podle § 2 odst. 1 zákona pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190 zákona.
47. V posuzovaném případě zadavatel řeší svou potřebu získat nový informační systém pro zdravotnictví, tedy nový NIS. Běžným postupem by v takové situaci bylo vypsání otevřeného zadávacího řízení na dodávku NIS s tím, že by zadavatel popsal požadované parametry a následně vybral takový NIS, který by cenou, případně kvalitou (nebo kombinací těchto kritérií) nejlépe odpovídal jeho potřebám.
48. Zadavatel však v daném případě uvádí, že na základě dohody s IKEM získal bezplatně NIS Zlatokop včetně zdrojových kódů, který hodlá dále rozvíjet. Lze vycházet ze závěrů Úřadu, že NIS Zlatokop pro řádné užívání vyžaduje zakoupení licencí konkrétní systémové platformy výrobce InterSystems – produkt InterSystems IRIS for Health. Licence k produktu InterSystems IRIS for Health poptává zadavatel v otevřeném řízení, jehož přezkum je předmětem tohoto správního řízení. Ze shora uvedeného je dále zjevné, že bez licencí výrobce InterSystems pro produkt InterSystems IRIS for Health nemůže zadavatel naplnit svou potřebu, tedy zajistit si nový NIS.

49. To vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 19. 10. 2021: „*Systém Zlatokop zadavatel získal od IKEMU bezplatně, a to včetně veškerých zdrojových kódů a licenčních oprávnění, tzn. že zadavatel získal od IKEMU i všechna dispoziční oprávnění k tomuto systému.*“ Tamtéž zadavatel uvedl, že „*[v] daném případě, tj. v případě systému Zlatokop, provedl volbu platformy (softwaru) IKEM, a to na samém počátku vývoje systému Zlatokop. IKEM rozhodl o využití platformy společnosti InterSystems, přičemž toto jeho rozhodnutí nelze v tomto okamžiku již změnit, resp. zvrátit... Zadavatel k tomuto pro úplnost dodává, že licence jsou jedinou významnější částí celého systému, kterou je nutné zajistit od externího dodavatele. S žádným jiným softwarem, který by mohl sloužit jako integrační platforma, přitom není systém Zlatokop kompatibilní - a proto nepřichází v daném případě v úvahu jiný postup. IKEM licencemi k softwaru disponuje, není ovšem oprávněn je na zadavatele postoupit.*“ Zadavatel dále sám uvádí, že si je vědom toho, že užívání NIS Zlatokop je spojeno s nákupem předem určených licencí. „*Zadavatel si je vědom, že zvolenou koncepcí svého postupu a tím, že v tomto zadávacím řízení poptává licence k softwarovým produktům integračních platform InterSystems, které jsou k užívání systému Zlatokop nezbytné, omezil v jistém směru hospodářskou soutěž (nedošlo ovšem k úplnému vyloučení hospodářské soutěže). V důsledku tohoto postupu přitom nemohla proběhnout hospodářská soutěž, která by byla maximálně otevřená, a kterou si lze představit v situaci, kdy by zadavatel poptával dodání zcela nového NIS od externího dodavatele. Zadavatel je ovšem toho názoru, že jím zvolený postup (a nastavené požadavky) byl v daném případě zcela oprávněný a odůvodněný, neboť jedině tak mohl uspokojit své potřeby.*“
50. Zadavatel svůj postup odůvodňuje jeho hospodárností, v této souvislosti je pak odkazováno na rozsudek Pelhřimov. Je však třeba hned v úvodu vyjasnit, že tento rozsudek na věc nedopadá, neboť postihuje zcela jiný skutkový stav. Zatímco v případě města Pelhřimov zadavatel provozoval řadu let určitý informační systém, ke kterému v zadávacím řízení poptával pouze jeho upgrade, tedy nadstavbu a rozšíření, nikoliv jeho přetvoření ve zcela nový vylepšený systém, nyníjší zadavatel NIS Zlatokop dosud neprovozuje a hodlá jej uvést do provozu teprve poté, co opatří licence InterSystems IRIS for Health. NIS Zlatokop je tak pro něj stejně novým systémem, jako by byl kterýkoli jiný NIS, který by v případě zadání komplexní veřejné zakázky vysoutěžil.
51. Ačkoliv zadavatel postupoval při naplnění své potřeby, kterou je získání nového NIS, *de facto* ve dvou fázích (pořízení NIS Zlatokop a licencí InterSystems IRIS for Health), přičemž v první se zdá, že není naplněna podmínka úplatnosti dle § 2 zákona (zadavatel sám uvádí, že NIS Zlatokop získal bezplatně, viz bod 49 tohoto rozhodnutí), je nutno na tyto fáze nahlížet jako na jedno plnění, neboť fungování NIS Zlatokop je podmíněno licencemi pro produkt InterSystems IRIS for Health. Jde tedy o jeden funkční celek, jak o něm hovoří např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 63/2019-88 ze dne 19. 8. 2020: „*To, zda plnění tvoří jeden funkční celek či nikoli, lze určit zejména podle věcné (a zpravidla též místní) souvislosti předmětu plnění, jež je dána jeho obsahovou náplní. Není tedy žádného důvodu, aby se ve vztahu k této otázce stala nepoužitelnou veškerá dřívější rozhodovací praxe, která totožnost (vymezení) jedné veřejné zakázky vázala na věcnou a místní souvislost předmětu plnění (společně s kritériem časové souvislosti). ... Ostatně i judikatura vztahující se k předchozí právní úpravě akcentovala potřebu pro nalezení odpovědi na otázku, zda jde o jednu veřejnou zakázku nebo o různé (samostatné) veřejné zakázky, v první řadě uvážit charakter požadovaného*

*plnění, tedy to, co plnění pro dosažení smyslu zadavatelovy poptávky spojuje s tím, že celkový smysl plnění je dán až uskutečněním veškerého takového plnění, s odkazem na závěry Soudního dvora ve věci C-16/98, podle něhož je podstatný celkový výsledek plnění (kupř. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 2 Afs 71/2011 – 93 ze dne 26.4.2012, body 17. a 19.); to podle zdejšího soudu dobře odpovídá výkladu pojmu „jeden funkční celek“ (nyní podle § 18 odst. 2 ZZVZ). Obdobně kupř. v rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 7 As 211/2015 – 31 ze dne 17.9.2015 je (též ve vztahu k předchozí právní úpravě) akcentována potřeba zkoumat jednotu celkového cíle (či jednotu záměru jako celku), jehož má být poptávkou zadavatele dosaženo, a tedy funkční souvislost; i to podle zdejšího soudu dobře odpovídá výkladu pojmu „jeden funkční celek“ (nyní podle § 18 odst. 2 ZZVZ).“*

52. Jakkoliv se tedy jeví existence funkčního celku v tomto případě bez vlivu na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, neboť samotný NIS Zlatokop je předáván dle tvrzení zadavatele k využití bezplatně a cenu licencí zadavatel soutěží, není tato úvaha v daném případě bez dopadu na možný postup zadavatele ve vztahu k tomu, co je zadáváno jako veřejná zakázka. Zadavatel si totiž vybral jeden konkrétní informační systém, k němuž „pouze“ poptává licence, které však nejsou na trhu zjevně zcela volně dostupné, hospodářská soutěž o předmět plnění veřejné zakázky je tak omezena, nebo dokonce vyloučena (viz dále v tomto rozhodnutí). Zadavatel tak svým postupem vyloučil ze soutěže všechny dodavatele NIS, ať již ty, kteří mají obdobný informační systém hotový a připravený k individuálním úpravám, či ty, kteří by jej byli schopni vyvinout zadavateli na míru. Uváděným důvodem je dle zadavatele jeho možnost následně si takový systém rozvíjet vlastními silami (viz bod 26 tohoto rozhodnutí) a rovněž hospodárnost takového řešení, což však samo o sobě není důvodem pro vyloučení či nedůvodné omezení soutěže o dodání nového NIS (není vyloučeno, že by takovou možnost mohl zadavateli nabídnout i někdo další). Postup zadavatele, byť prováděný v jednotlivých fázích (převzetí NIS Zlatokop a soutěž licencí), tak musí být posuzován společně, nikoliv odděleně po jednotlivých fázích – k tomu viz rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-796/18 ze dne 28. 5. 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH v. Stadt Köln (dále jako „**C-796/18**“), bod 38: „*Úvodem je třeba připomenout, že pro účely možné kvalifikace operace, která zahrnuje několik fází, jako „veřejné zakázky“ ve smyslu tohoto ustanovení, musí být tato operace posouzena jako celek a s ohledem na její účel (obdobně viz rozsudky ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko, C-29/04, EU:C:2005:670, bod 41, a ze dne 21. prosince 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, bod 37).*“
53. Samotné bezplatné předání NIS Zlatokop se na první pohled jeví jako horizontální spolupráce mezi zadavateli, která je zakotvena v § 12 zákona. Podle tohoto ustanovení se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy výlučně mezi veřejnými zadavateli za účelem dosahování jejich společných cílů směřujících k zajišťování veřejných potřeb. Podle licenční smlouvy uzavřené dne 29. 4. 2021 mezi IKEM a zadavatelem, jejímž předmětem je poskytnutí licence k NIS Zlatokop, sice dochází k poskytnutí licence bezplatně, avšak za určité protiplnění lze označit závazek poskytnout protistraně update/upgrade NIS Zlatokop, pokud k jeho vytvoření dojde, a rovněž závazek zadavatele uhradit IKEM náklady na jednorázové proškolení vybraných zaměstnanců zadavatele v souvislosti se zprovozněním NIS Zlatokop, k čemuž lze odkázat na stanovisko generálního advokáta Soudního dvora Evropské unie přednesené dne 29. 1. 2020 ve věci C-796/18: „*Uvedený smluvní vztah je úplatný, i když nabyvatel softwaru*

*nemusí za software platit ani nahradit náklady na něj, pokud se každá ze stran (tedy i nabyvatel) zaváže poskytovat druhé straně budoucí úpravy a rozšíření uvedeného softwaru a tyto úpravy a rozšíření jsou nezbytné k poskytování veřejné služby, které musí zajišťovat oba veřejní zadavatelé, takže je nevyhnutelné, že k nim dojde.“<sup>2</sup> V souladu se závěry rozsudku C-796/18 se proto v tomto případě jedná o veřejnou zakázku, a musí tak být posouzeno, zda v jejím důsledku (zde konkrétně rovněž v nutném spojení s platformou InterSystems IRIS for Health) došlo k omezení hospodářské soutěže (což ostatně zadavatel sám připouští), zda je omezení úplné, či částečné a případně zda je důvodné. V této souvislosti považuji za nutné opět odkázat na rozsudek C-796/18, podle kterého musí být článek 12 odst. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 (jehož znění odpovídá § 12 zákona) vykládán v tom smyslu, že následkem spolupráce mezi veřejnými zadavateli nesmí být v souladu se zásadou rovného zacházení zvýhodnění soukromého podniku oproti jeho konkurentům. Nesmí tudíž ani na základě případné horizontální spolupráce dojít k vyloučení nebo nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. Podle výše citovaného stanoviska generálního advokáta Soudního dvora Evropské unie platí uvedený závěr mimo jiné v případě horizontální spolupráce, která pro svůj budoucí průběh vyžaduje účast jiných hospodářských subjektů, než jsou veřejní zadavatelé. Z tohoto stanoviska se pak podává následující: „Kdyby některé z těchto subjektů byly zbaveny, diskriminačně nebo svévolně, možnosti zapojit se do mechanismu budoucího poskytování zboží nebo služeb, byli by dotčení znevýhodněni.“*

54. S ohledem na skutečnost, že získání NIS Zlatokop je nutno spojit s dodáním platformy InterSystems IRIS for Health, která je pro jeho provoz nezbytná, a současně s ohledem na skutečnost, že ani na základě případné horizontální spolupráce nelze připustit zvýhodnění určitého dodavatele, je zadavatel povinen zajistit, aby proběhla hospodářská soutěž alespoň v některé z fází, které vedou ke získání nového NIS.
55. Buď by se tak mohlo stát již na počátku vývoje celého systému, kdy by dodavatel licencí pro platformu byl pro tento účel vybrán na základě řádného zadávacího řízení (přičemž cena licencí by byla stanovena i pro všechny další uživatele NIS Zlatokop). V takovém případě by již nebylo rozhodné, zda v případě dodávky licencí InterSystems IRIS for Health existuje hospodářská soutěž či nikoliv, neboť tato by byla zajištěna již ve fázi výběru tohoto produktu. Tato situace však nenastala, neboť zadavatel obdržel NIS Zlatokop sice za výhodných podmínek, ale již s vytvořenou vazbou na konkrétní produkt – InterSystems IRIS for Health, aniž by IKEM jakožto autor NIS Zlatokop vysoutěžil dodavatele licencí k tomuto produktu pro všechny další potenciální uživatele NIS Zlatokop.
56. Dále by mohla být hospodářská soutěž zajištěna tak, že by skutečně existovalo více dodavatelů propojené platformy InterSystems IRIS for Health. NIS Zlatokop by tedy mohl být získán za výhodných podmínek od jiného zadavatele, ale nedošlo by zároveň ke zvýhodnění

---

<sup>2</sup> Lze doplnit, že pokud by se jednalo pouze o bezplatné předání NIS Zlatokop včetně všech licencí, potřebných k provozu daného informačního systému zadavatelem, pak by se podle § 2 odst. 1 zákona nejednalo o veřejnou zakázku, neboť by chyběl prvek úplatnosti (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 88/2018-174 ze dne 28. 1. 2021: „Charakteristikou veřejné zakázky je úplatnost a poskytnutí plnění – služeb, kdy zadavatel platí za poskytnuté služby a dodavatel je zavázán tyto služby dodat. Úplata přitom nemusí probíhat jen prostřednictvím peněz, může být realizována jinou formou, například zadavatel platí tím, že se vzdává potenciálních příjmů nebo dochází k zápočtům plnění obou smluvních stran. V případě koncese na služby úplata dle zákona spočívá v právu brání užitek vyplývajících z poskytování služeb.“).

společnosti InterSystems. Pokud by pak takových dodavatelů existovalo pouze několik (hospodářská soutěž by byla omezena, ale nikoliv vyloučena), bylo by možno omezení hospodářské soutěže odůvodnit dalšími důvody (hospodárnost řešení, možnost vlastních úprav). To je ostatně stav, z něhož vycházel Úřad při posouzení předmětné veřejné zakázky, a v případě správných skutkových zjištění by jej bylo možno aprobovat. O správnosti skutkových zjištění stran existence hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a stran odůvodněnosti případného omezení hospodářské soutěže (hospodárnost řešení s ohledem na nižší počet licencí) jsem však získal značné pochybnosti – viz níže.

57. Třetí možností – v případě, že by hospodářská soutěž na dodávku licencí InterSystems IRIS for Health neexistovala – je vedení řádného zadávacího řízení, v němž by byla poměřována různá řešení nového NIS pro zadavatele, přičemž jedním z takových řešení by mohlo být i případné bezplatné či výhodné převzetí NIS Zlatokop, avšak spolu s nákupem potřebného počtu licencí InterSystems IRIS for Health. Toto řešení by však muselo být v řádné soutěži poměřováno dle kritérií stanovených zadavatelem (kvalita, cena) s jinými rovnocennými řešeními dodávky nového NIS. Zadavatel v posuzovaném případě toto hodnocení sice fakticky provedl vypracováním Cost Benefit analýzy, tato však nemůže z pohledu zákona nahradit provedení řádného zadávacího řízení.

#### ***K nedostatečným skutkovým zjištěním Úřadu***

58. Jak bylo uvedeno v bodě 56 tohoto rozhodnutí shora, vycházel Úřad ze závěru, že hospodářská soutěž o předmět veřejné zakázky byla, byť v omezené míře, zachována, toto omezení pak Úřad aproboval jako důvodné pro hospodárnost daného řešení. Úřad konkrétně v bodě 166 napadeného rozhodnutí dovedl nutnost zabývat se posouzením nejprve toho, zda bylo v projednávaném případě omezení hospodářské soutěže odůvodněno objektivními potřebami zadavatele, přičemž mezi legitimní objektivní důvody lze zařadit i ekonomické důvody. Dále bylo dle Úřadu nutné zabývat se dopady zvoleného nastavení zadávacích podmínek na hospodářskou soutěž, tedy tím, nakolik se v daném případě jednalo o reálné omezení soutěže a zda nebyla soutěž nepřiměřeně vyloučena. Úřad následně dospěl k závěru, že hospodářská soutěž o veřejnou zakázku byla pouze omezena, a toto omezení shledal důvodným. Tyto závěry však opětovně rozporoval v rozkladu navrhovatel a po provedeném skutkovém zjištění jsem dospěl k závěru, že podklady, z nichž Úřad vycházel, jsou nedostatečné.<sup>3</sup>

#### ***K reálnému omezení hospodářské soutěže***

59. Nejprve jsem se zabýval otázkou, zda společnosti InterSystems nevzniká ze spolupráce veřejných zadavatelů výhoda oproti jejím konkurentům. Ta by jí nepochybně vznikala ve chvíli, kdy by byla jediným možným dodavatelem softwaru nutného k provozu bezplatně pořízeného NIS Zlatokop.
60. K reálným dopadům omezení zadávacích podmínek na hospodářskou soutěž Úřad v bodech 174–175 napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel sice omezil možnosti hospodářské soutěže, neboť plnění veřejné zakázky neoddělitelně svázal s určitým technologickým

<sup>3</sup>Vzhledem ke shora uvedeným východiskům, kdy stěžejní je posouzení, zda alespoň omezeně existovala o předmět veřejné zakázky hospodářská soutěž, a až následně posouzení, zda případné omezení hospodářské soutěže bylo důvodné, přistoupil jsem k přezkoumání závěrů Úřadu v opačném pořadí, než je uvedeno v bodě 166 napadeného rozhodnutí.

řešením, avšak učinil tak na základě svých odůvodněných potřeb, přičemž nelze konstatovat, že by došlo k takovému omezení, které by hospodářskou soutěž *de facto* vylučovalo.

61. Podle Úřadu bylo v průběhu správního řízení prokázáno, že předmět plnění veřejné zakázky mohou dodat minimálně 3 další dodavatelé odlišní od výrobce poptávaného softwaru, a to zejména na základě předběžných tržních konzultací (dále jako „PTK“) provedených NNH v roce 2019 před zahájením zadávacího řízení na téměř totožné plnění. Zadavatel tak podle Úřadu dostatečně ověřil existenci soutěže o plnění veřejné zakázky a tuto soutěž nikterak nevyločil nad rámec skutečností, které vyplývají z okolnosti, že NIS Zlatokop byl vyvinut na určité systémové a integrační platformě.
62. Obecně lze souhlasit se závěrem Úřadu, že prvotní ověření existence soutěže mezi dodavateli o dodání předmětu plnění veřejné zakázky na základě PTK proběhlých v nedávné době u veřejné zakázky mající téměř totožný předmět plnění je ze strany zadavatele dostatečné. V tomto konkrétním případě je však nutno brát v potaz, že navrhovatel již v námitkách zpochybnil skutečnost, že dodavatel InterSystems jakožto výrobce poptávaného softwaru udělil ostatním dodavatelům souhlas s podáním nabídky v tomto zadávacím řízení, stejně jako v případě veřejné zakázky zadávané NNH. Zadavatel tak nejpozději z námitek musel získat pochybnost o existenci soutěže o plnění veřejné zakázky, v rozhodnutí o námitkách se však s tímto tvrzením nijak nevyřadil ani nepodnikl další kroky k ověření existence soutěže.
63. Navrhovatel na tuto skutečnost upozornil znovu ve svém rozkladu, v němž uvedl, že pro účast v soutěži o plnění veřejné zakázky NNH nebyl žádnému dodavateli dán souhlas ze strany společnosti InterSystems, o čemž svědčí podání jediné nabídky, a to nabídky uskupení tří dodavatelů, jehož součástí je i InterSystems. Na základě této námítky došlo v řízení o rozkladu k zaslání dotazu dodavatelům C SYSTEM CZ, OR-CZ a IBM, zda je jejich možnost podat nabídku na předmět plnění veřejné zakázky vázána na souhlas výrobce softwaru InterSystems a z jakého důvodu nepodali nabídku v přezkoumávaném zadávacím řízení a rovněž v zadávacím řízení zadavatele NNH. Dodavatel C SYSTEM CZ se vinou oddělení divize zabývající se informačními systémy ve zdravotnictví relevantně nevyjádřil. Zbývající dodavatelé ve shodě uvedli, že k podání nabídky potřebují souhlas výrobce softwaru InterSystems. Dodavatel OR-CZ navíc uvedl, že mu potřebný souhlas k podání nabídky v předmětných zadávacích řízeních nebyl výrobcem softwaru InterSystems udělen (více viz body 33–36 tohoto rozhodnutí).
64. Jestliže tedy navrhovatel opakovaně tvrdí, že v daném případě je nepřípustně omezována soutěž ze strany výrobce softwaru InterSystems, přičemž této skutečnosti nasvědčují rovněž vyjádření oslovených dodavatelů, nelze se spokojit se závěrem Úřadu, podle kterého jsou tvrzení navrhovatele nepodložená a případná výhoda dodavatele InterSystems je dána pouze skutečností, že je dodavatel InterSystems autorem poptávaného softwaru. Byť je třeba v obecné rovině souhlasit se závěrem Úřadu, podle nějž podání jediné nabídky nerozhoduje o zákonnosti či protiprávnosti postupu zadavatele, nelze odhlédnout od toho, že nejen v tomto zadávacím řízení, ale i v zadávacím řízení zadavatele NNH byla podána vždy jen jedna nabídka, a to nabídka uskupení, v němž figuruje dodavatel InterSystems. V návaznosti na zmíněné pochybnosti navrhovatele a vyjádření oslovených dodavatelů se tak jedná o další indicii toho, že o předmět plnění veřejné zakázky (a tedy ani o celý nový NIS) neprobíhá zákonem vyžadovaná soutěž. V kontextu zmíněných okolností je nezbytné, aby Úřad přezkoumal závěry ohledně existence soutěže o předmět plnění veřejné zakázky a postavil

najisto, zda nabídku v zadávacím řízení mohli podat i dodavatelé odlišní od dodavatele InterSystems.

*K objektivním důvodům omezení hospodářské soutěže*

65. Dále jsem se zabýval rovněž objektivními důvody pro omezení soutěže o veřejnou zakázku. Úřad k nim v napadeném rozhodnutí uvedl, že je to zadavatel, kdo na základě svých odůvodněných potřeb určuje předmět veřejné zakázky, a lze tedy považovat za legitimní rozhodnutí zadavatele, že využije NIS, který již měl bezplatně k dispozici, a předmětem veřejné zakázky bude toliko jeho „zprovoznění“. V bodě 172 napadeného rozhodnutí Úřad dále uvedl, že zadavatel při svém postupu zvažoval a vyhodnocoval i případné náklady na realizaci alternativních variant, jak dokládá jím doložená Cost Benefit analýza. K námitce navrhovatele, že zadavatel účelově poptává jen polovinu potřebných licencí, čímž je ovlivněna provedená Cost Benefit analýza, neboť nákup licencí ve skutečně potřebném počtu by byl nákladnější než kompletní dodávka nového NIS, Úřad uvedl, že je to především zadavatel, kdo musí být schopen posoudit a následně definovat předmět veřejné zakázky i co do rozsahu. Zadavatel rovněž při zvažování ekonomické výhodnosti jím zvoleného postupu dle svých slov zohlednil i údaje vyplývající ze Studie proveditelnosti, kterou měl k dispozici od NNH. Zadavatel tak podle Úřadu bezdůvodně neomezil účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení.
66. K uvedeným závěrům napadeného rozhodnutí považuji za nutné uvést, že se Úřad nijak nevypořádal s rozporem mezi tvrzeními zadavatele a navrhovatele ohledně počtu potřebných licencí pro využívání NIS Zlatokop v prostředí zadavatele. Úřad se pouze přiklonil k tvrzení zadavatele s odůvodněním, že je to právě zadavatel, kdo nejlépe zná své oprávněné potřeby, a pokud by v budoucnu měl potřebu poptávat další licence k softwaru InterSystems, nic mu nebrání zadat veřejnou zakázku v režimu určeném podle součtu předpokládané hodnoty této veřejné zakázky a hypotetické budoucí veřejné zakázky, a postupovat tak v souladu se zákonem. Navrhovatel však již ve svých námitkách a v návrhu uváděl, že „zná počet uživatelů, kteří nyní přistupují do systému, tj. ví, že do stávajícího NIS přistupuje více než 2.200 „concurrent userů“ (uživatelů)“, k čemuž následně ve svém vyjádření k usnesení Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0406/2021/VZ, č. j. ÚOHS-41137/2021/521/SWa ze dne 3. 12. 2021 předložil i podrobné informace o přístupech do stávajícího NIS včetně zdrojů těchto dat. Zadavatel naopak ve svém vyjádření k uvedenému usnesení pouze uvedl, že počet poptávaných licencí nelze srovnávat s licencemi, které využívá stávající NIS, neboť NIS Zlatokop stojí na zcela jiném modelu řízení, přidělování a používání licencí, a to na konkurent modelu přidělování licencí. Zadavatel ke svému vyjádření přiložil graf, který zobrazuje využití licencí u svého stávajícího NIS Medea ze dne 7. 12. 2021, přičemž není zřejmý zdroj těchto dat.
67. Podle navrhovatele zadavatel záměrně poptává pouze část potřebných licencí, aby zastřel skutečnost, že licence k softwaru, který ke svému provozu vyžaduje NIS Zlatokop, budou ve výsledku nákladnější, než by dle Cost Benefit analýzy byl zcela nový NIS.
68. Vzhledem k tomu, že zadavatel nevyvrátil tvrzení navrhovatele, když pouze konstatoval, že NIS Zlatokop stojí na zcela jiném modelu řízení, přidělování a používání licencí než stávající NIS Medea, přičemž navrhovatel i zadavatel používají ohledně principu fungování jednotlivých licencí téměř totožnou terminologii, není závěr Úřadu týkající se počtu poptávaných licencí dostatečně odůvodněn.



69. V průběhu řízení o rozkladu byla zadavateli usnesením sp. zn. ÚOHS-R0044/2022/VZ, č. j. ÚOHS-15062/2022/161 ze dne 6. 5. 2022 určena lhůta ke sdělení, v čem konkrétně se liší poptávané licence od licencí k NIS Medea. Zadavatel ve svém vyjádření popsal způsob fungování poptávaných licencí a uvedl, že zatímco licence k NIS Medea musely být pevně přiřazeny ke každému uživateli, poptávané licence jsou k dispozici na serveru a jsou distribuovány uživatelům až ve chvíli, kdy je tito uživatelé potřebují. Proto nelze při stanovení počtu poptávaných licencí vycházet z počtu licencí k NIS Medea. Navrhovatel však ve svém vyjádření ze dne 25. 5. 2022 k podkladům rozhodnutí uvedl, že typ obou licencí je stejný (souběžní uživatelé) a princip obou systémů je srovnatelný, protože jsou při stanovení potřebného počtu poptávaných licencí informace zjištěné z denního provozu NIS Medea validní a relevantní. Podle navrhovatele navíc zadavatel neprováděl žádný datový sběr informací před zahájením zadávacího řízení a rovněž nemohl vycházet z počtu využívaných licencí v NNH, neboť v době přípravy zadávacího řízení nebyl NIS Zlatokop v NNH nasazen v rutinním provozu.
70. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel teprve ve svém vyjádření ze dne 16. 5. 2022 poskytl relevantní odůvodnění rozdílnosti jednotlivých typů licencí nutných k provozu NIS Medea a NIS Zlatokop. Toto odůvodnění bylo navíc opětovně rozporováno navrhovatelem. Na základě této skutečnosti lze konstatovat, že Úřad nemohl mít postaveno najisto, že analýza výhodnosti zadavatelem zvoleného postupu vychází z reálného množství poptávaných licencí. Je proto na Úřadu, aby (bude-li to účelné s ohledem na zjištění týkající se samotné existence hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky) v novém posouzení věci zjistil, zda zadavatel při stanovení počtu poptávaných licencí vycházel z jím předem ověřených potřeb a zda prostřednictvím stanovení počtu poptávaných licencí nedošlo ke zkreslení provedené Cost Benefit analýzy. Právě z počtu potřebných licencí totiž Úřad dovozuje ekonomickou výhodnost postupu zadavatele, která je jedním z uváděných důvodů pro omezení soutěže o veřejnou zakázku.
71. K argumentaci Úřadu, podle níž zadavatel správně vyšel ze závěrů Studie proveditelnosti, kterou měl k dispozici od NNH z dřívější obdobné zakázky, dodávám, že NNH jako tehdejší zadavatel poptávala pouze 700 licencí k softwaru InterSystems, přičemž není nikterak prokázáno, že v případě téměř dvojnásobného (dle navrhovatele spíše trojnásobného) počtu licencí by stále bylo ekonomicky nevýhodné poptávat kompletně nový NIS. Zatímco u licencí je zjevné, že cena za všechny licence stoupá přímo úměrně jejich počtu, u výstavby nového NIS je přímá úměra ceny k počtu uživatelů spíše nepravděpodobná.
72. K závěru Úřadu, podle něž postup zadavatele předcházel vytvoření rizikové situace zvané vendor lock-in, je třeba poznamenat, že v situaci, pokud by neexistovala dostatečně otevřená soutěž o dodání softwaru InterSystems, vedl by postup zadavatele pouze k jiné variantě vendor lock-in. Došlo by totiž opět k závislosti na konkrétním dodavateli, a sice na výrobcu softwaru InterSystems, který by v případě obdobného předání NIS Zlatokop dalšímu nemocničnímu zařízení automaticky získával lukrativní zakázku na dodávku softwaru, který nelze nahradit žádným jiným plněním.

***Další závěry a shrnutí***

73. Ostatními námitkami navrhovatele vznesenými v rozkladu jsem se z důvodu zrušení napadeného rozhodnutí a z něj vyplývající nutnosti nového projednání věci Úřadem v souladu se zásadou hospodárnosti nezabýval.
74. Závěrem lze shrnout, že zadavatel zjevně nepostupoval tak, jak je nastíněno v bodech 55 a 57 tohoto rozhodnutí. Ke zbývajícím variantám postupu zadavatele, která by zajistila postup zadavatele v souladu se zákonem (popsané v bodě 56 tohoto rozhodnutí), lze uvést, že Úřadem zjištěné podklady a skutečnosti nevylučují závěr o absenci soutěže o předmět plnění veřejné zakázky, která by zajišťovala neoprávněnou konkurenční výhodu dodavateli InterSystems. Ve správním řízení současně nebyla řádně prokázána existence objektivních důvodů pro omezení hospodářské soutěže na straně zadavatele, mezi něž patří ekonomická výhodnost či zamezení závislosti na konkrétním dodavateli. Nebylo tedy prokázáno, že zadavatel směřuje k získání nového NIS na základě alespoň důvodně omezené, ale stále existující hospodářské soutěže. V takovém případě by byl postup zadavatele rozporný se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 odst. 2 zákona, neboť by došlo, byť na základě spolupráce s dalším zadavatelem za specifických podmínek, ke zvýhodnění jediného dodavatele, což je zapovězeno rozsudkem C-796/18. Je tedy na Úřadu, aby opětovně přezkoumal svá východiska, a pokud zjistí, že je ve věci předmětu plnění veřejné zakázky vyloučena hospodářská soutěž, případně že tato soutěž v omezené míře existuje, ale není omezena důvodně, je na místě zadávací řízení zrušit.

**VI. Závěr**

75. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a k jeho vrácení Úřadu k novému projednání.
76. V novém projednání Úřad postaví najisto, zda na trhu probíhá soutěž o plnění veřejné zakázky, resp. zda předmět plnění reálně může dodat více dodavatelů než jediný, který podal nabídku. Současně Úřad za předpokladu, že dospěje k závěru o zachování alespoň omezené hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky, přezkoumá, zda zadavatel při analýze výhodnosti svého postupu vycházel ze skutečně potřebného počtu licencí k softwaru InterSystems, a případně důkladně odůvodní, jaký je rozdíl mezi typy licencí k softwarům nutným pro provoz NIS Medea a NIS Zlatokop, z něhož vyplývá tvrzená nemožnost porovnávat počty jednotlivých licencí pro provoz NIS Medea a NIS Zlatokop v prostředí zadavatele.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

### Obdrží:

1. STAPRO s. r. o., Pernštýnské náměstí 51, 530 02 Pardubice
2. JUDr. Jaromír Císař, advokát, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4

### Vypraveno dne:

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