



ČESKÁ REPUBLIKA  
**ROZSUDEK**  
**JMÉNEM REPUBLIKY**

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho a JUDr. Mariana Kokeše ve věci

žalobce: **GC System a.s.**, IČO: 64509826  
sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno

proti  
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**  
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti: **Česká republika – Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**  
sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha

**o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 8. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0097/2020/VZ, č. j. ÚOHS-23901/2020/321/VJu,**

**takto:**

- I. Společnost TESCO SW a.s., sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc, **není** osobou zúčastněnou na řízení.
- II. Žaloba **se zamítá**.
- III. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- IV. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.
- V. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

## Odůvodnění:

### I. Vymezení věci

1. Rozhodnutím ze dne 6. 5. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0009/2020/VZ, č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPi (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), rozhodl žalovaný ve správním řízení zahájeném dne 2. 1. 2020 na návrh žalobce z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) učiněných při zadávání veřejné zakázky „*Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)*“ v otevřeném řízení (dále také jen „předmětná veřejná zakázka“), jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 4. 11. 2019 a uveřejněno dne 7. 11. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-039514 (ve znění pozdějších oprav). Žalovaný přitom daným prvostupňovým rozhodnutím rozhodl tak, že se návrh navrhovatele (žalobce) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
2. Proti prvostupňovému rozhodnutí podal žalobce rozklad. O něm rozhodl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“) rozhodnutím, které je nyní napadeno žalobou, tak, že dle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád prvostupňové rozhodnutí žalovaného potvrdil a rozklad zamítl.
3. Proti rozhodnutí předsedy Úřadu podal žalobce žalobu, která byla Krajskému soudu v Brně doručena dne 5. 10. 2020. Žalobce v ní navrhl, aby zdejší soud rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i prvostupňové rozhodnutí, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

### II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě, vyjádření žalovaného a podání osoby zúčastněné na řízení

4. Žalobce v úvodu své žaloby popsal skutkové okolnosti věci, které představovaly východisko pro jeho právní argumentaci.
5. Nesprávný postup zadavatele (osoby zúčastněné na řízení), dle žalobce formálně přesahující rámec předmětného zadávacího řízení, spočívá zejména v tom, že zadavatel v krátkém časovém sledu zahájil dvě zadávací řízení. První zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „*Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu*“ (dále jen „provizorní ISMS“) zadavatel zahájil dne 15. 7. 2019, lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 15. 8. 2019, dne 30. 8. 2019 rozhodl zadavatel o výběru dodavatele, kterým se stala s nabídkovou cenou 287 675 000 Kč bez DPH společnost TESCO SW a.s. (dále jen „TESCO SW“). Předmětem plnění provizorního ISMS je poskytování služeb majetkového a ekonomického modulu – provizorního ISMS a všech s tím souvisejících činností.
6. Druhé zadávací řízení na „*Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)*“, tedy „nový ISMS“, zahájil zadavatel dne 4. 11. 2019 se lhůtou pro podání nabídek do dne 5. 12. 2019 (následně prodloužena do dne 3. 1. 2020). Zadavatel obdržel pouze dvě nabídky, a to nabídku současného poskytovatele „stávajícího ISMS“, společnosti IBM Česká republika, spol. s r.o. (dále jen „IBM“) a společnosti TESCO SW. Zadavatel rozhodl o zadání předmětné veřejné zakázky společnosti TESCO SW s nabídkovou cenou 348 100 500 Kč bez DPH (oproti nabídkové ceně IBM ve výši 507 526 307,17 Kč bez DPH, která v podstatě odpovídala předpokládané hodnotě veřejné zakázky 510 237 000 Kč bez DPH).
7. Předmětem plnění nového ISMS je dodávka „Informačního systému majetku státu“ a všech s tím souvisejících činností, dodání a implementace nového programového vybavení, zajištění provozu a rozvoje programového vybavení. Součástí předmětu plnění je také poskytování služeb datových center a serverové infrastruktury. Je tak zřejmé, že obě veřejné zakázky společně představují jeden projekt, jehož cílem je nahradit stávající ISMS a minimalizovat jeho závislost na jediném

dodavateli za pomoci integrační platformy. Úzký vztah obou zakázek dokládá dále tvrzený velký podíl shodných funkčních požadavků na provizorní ISMS a nový ISMS. Zadavatel sice formálně zadává uvedené veřejné zakázky samostatně, reálně však jsou obě z hlediska předmětu a zejména z výše popsaných důvodů z hlediska cenotvorby natolik úzce provázané, že aby zajistil, že svým postupem současně nezvýhodní některého z dodavatelů, musel by zajistit totožný časový průběh obou zadávacích řízení. Zadavatel však učinil opak.

8. Žalobce také tvrdí, že ze znaleckého posudku č. 40100320 zpracovaného Ing. Michaelem Trezzim, CSc. (dále jen „Znalecký posudek“), vyplývá, že požadované funkční vlastnosti předmětů obou veřejných zakázek vykazují 94 % shodu. Dodavatel nového ISMS by tak hypoteticky mohl z 94 % počtu funkčních požadavků využít zdroje (především softwarovou aplikaci) již vytvořené pro plnění zakázky provizorního ISMS. Vzhledem k zadávacím podmínkám veřejné zakázky provizorního ISMS však fakticky této výhody bude moci využít pouze dodavatel provizorního ISMS, neboť jako jediný bude mít k dispozici příslušná oprávnění k provizornímu ISMS. Uvedené tak bude dle žalobce mít jednoznačně též dopad do nabídkových cen předmětné veřejné zakázky, neboť společnost TESCO SW by byla v případě, že by se stala rovněž vybraným dodavatelem nyní přezkoumávané veřejné zakázky, schopna s ohledem na skutečnost, že z 94 % může při vývoji nového ISMS použít provizorní ISMS, velkou měrou zvýhodněna oproti ostatním účastníkům v zadávacím řízení ohledně předmětné veřejné zakázky. Díky tomu měla společnost TESCO SW možnost při přípravě své nabídky nabídnout podstatně nižší ceny než ostatní dodavatelé, čímž se jí dostalo ze strany zadavatele jasné konkurenční výhody.
9. Dané skutečnosti žalobce namítal a sdělil jak zadavateli, tak žalovanému a předsedovi Úřadu. Žalobce brojil primárně proti tomu, že zadavatel nepřípustně zvýhodnil společnost TESCO SW, a to s odkazem na to, že provizorní ISMS je z hlediska požadovaných funkcionalit systému majetku státu téměř totožný s novým ISMS. Veřejná zakázka na nový ISMS se až na drobné výjimky liší pouze nově požadovanou integrační platformou a nadstavbovými funkcionalitami, které však nemusí být zadavatelem dokonce ani objednány – z hlediska vymezení předmětu plnění jsou nezávazné. Předměty obou veřejných zakázek jsou tedy v rozsahu samotného informačního systému ISMS fakticky totožné. Na základě dříve zahájené veřejné zakázky na provizorní ISMS bude tedy společností TESCO SW, kterou žalobce označuje jako „vybraného dodavatele“, vyvíjen (a zadavatelem používán) informační systém, který zadavatel znovu koupí na základě následně zadávané veřejné zakázky na nový ISMS, tedy na základě předmětné veřejné zakázky. Žalobce také dodává, že právě uvedené umožní to, že veřejná zakázka na provizorní ISMS je zadavatelem zadávána jako veřejná zakázka na služby, zatímco předmětná veřejná zakázka, jejímž předmětem je nový ISMS, je veřejnou zakázkou na dodávky.
10. Mimo stěžejní námitku, že vytvoření provizorního ISMS nelze s ohledem na časové aspekty a zadávací podmínky veřejné zakázky na provizorní ISMS v zadávací dokumentaci předmětné veřejné zakázky zcela abstrahovat, neboť dochází ke zvýhodnění společnosti TESCO SW, která nejen, že s vývojem požadovaného informačního systému může začít o několik měsíců dříve, ale do nabídkové ceny na předmětnou veřejnou zakázku nemusí objektivně kalkulovat veškeré náklady spojené s vývojem a implementací požadovaného systému jako ostatní účastníci zadávacího řízení, žalobce namítal i to, že zadavatel zcela opomněl definovat rozsah tzv. primární migrace a dále požaduje celou řadu kvalifikačních předpokladů, které jsou potřebné výlučně k tzv. disponibilní části plnění; zároveň požadavky na prokázání technické kvalifikace ve svém souhrnu a kombinaci působí diskriminačně a bezdůvodně zužují hospodářskou soutěž. Na svých námitkách přitom žalobce v plném rozsahu trvá a má za to, že žalovanému se nepodařilo předložit správnou, odůvodněnou a logickou argumentaci, která by vyvrátila žalobcova tvrzení.
11. V dalších částech žaloby žalobce podrobně rozvedl jednotlivé hlavní žalobní body, jak byly rámcově zmíněny výše. Jde tedy především o: a) tvrzené zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS (společnosti TESCO SW) diskriminačním vymezením předmětu veřejné zakázky na nový

ISMS; b) nedostatečné vymezení tzv. primární migrace dat; c) nesprávné nastavení kvalifikačních požadavků; d) pochybení žalovaného při zvažování otázky koncentrace řízení, a to ve vztahu k neprovedení žalobcem navrženého a předloženého Znaleckého posudku.

12. Žalovaný ve vyjádření k žalobě, podobně jako to učinil žalobce, ve zkratce rekapituloval skutkové okolnosti dané věci „a její širší souvislost“.
13. V tomto smyslu žalovaný uvedl, že zadavatel v době zadávání předmětné veřejné zakázky (i nyní) využívá při své činnosti stávající ISMS, jehož konečným dodavatelem (jako subdodavatel Státní pokladny Centrum sdílených služeb, s. p.) je společnost IBM (dále také „stávající dodavatel“). Žalobce je pak subdodavatelem tohoto stávajícího dodavatele. Poskytování stávajícího ISMS zadavateli bylo se společností IBM sjednáno do konce roku 2019 a v návaznosti na to se zadavatel pokusil vysoutěžít nový informační systém, který by nahradil stávající ISMS. Tedy bylo zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Neboť zadavatel neočekával, že by se podařilo nový systém zcela dokončit před koncem smlouvy se stávajícím dodavatelem, začal ještě před zadáním zakázky na nový ISMS zadávat také zakázku na provizorní ISMS. Jejím účelem bylo zajistit, jak plyne už z jejího názvu, provizorní informační systém pro zajištění fungování agendy vykonávané zadavatelem do doby než bude implementován nový ISMS na základě předmětné veřejné zakázky. Veřejná zakázka na pořízení provizorního ISMS pak byla předmětem přezkumu vedeného žalovaným v řízení sp. zn. ÚOHS-S0373/2019/VZ, jehož zahájení svým návrhem inicioval stávající dodavatel ISMS. V tomto řízení nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření, rozhodnutí žalovaného v této věci bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu a je pravomocné. V době podání nynější žaloby bylo předmětem soudního řízení vedeného Krajským soudem v Brně pod sp. zn. 62 Af 59/2020.
14. Ke dni podání vyjádření k žalobě nebyla uzavřena smlouva ani na zhotovení nového ISMS, ani provizorního ISMS, který měl být nasazen od počátku roku 2020 a zadavatel byl nucen uzavřít se stávajícím dodavatelem ISMS, společností IBM, smlouvu na prodloužení poskytování ISMS, a to v jednacím řízení bez uveřejnění.
15. Žalovaný dodal, že zadavatel v minulosti sekvencí mnoha smluv uzavíraných v jednacím řízení bez uveřejnění se stávajícím dodavatelem rozvíjel stávající ISMS. Toto zadavatelovo jednání bylo přezkoumáváno žalovaným a tento přezkum dospěl do fáze řízení před soudy, kde Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74, konstatoval existenci tzv. *vendor lock-inu* zadavatele ve vztahu ke stávajícímu dodavateli ISMS. Současná situace je pak taková, že zadávací řízení na nový ISMS ani provizorní ISMS dosud nebyla ukončena, natož aby byly tyto systémy zhotoveny a zadavatel je mohl využívat.
16. V reakci na konkrétní žalobní námitky se žalovaný blíže vyjádřil k jednotlivým shora zmíněným žalobním bodům. Přitom odkázal na své rozhodnutí i na rozhodnutí předsedy Úřadu, které je napadeno žalobou. Jelikož tato rozhodnutí, stejně jako řízení, která předcházela jejich vydání, shledává žalovaným správnými a zákonnými, navrhl, aby soud žalobu zamítl.
17. Osoba zúčastněná na řízení, zejména v reakci na usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 6. 11. 2020, č. j. 29 Af 63/2020-164, jímž zdejší soud k návrhu žalobce ve věci vydal předběžné opatření (jím uložil osobě zúčastněné na řízení povinnost zdržet se uzavření smlouvy na nový ISMS, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci samé), navrhla ve vyjádření ze dne 9. 11. 2020, aby soud o věci rozhodl přednostně ve smyslu § 56 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). K tomu dodala některé skutkové okolnosti, na které poukazovala již ve svých dřívějších vyjádřeních k návrhu žalobce na vydání předběžného opatření.
18. Osoba zúčastněná na řízení tak uvedla, že Krajskému soudu v Brně je z jeho úřední činnosti a též z obsahu nynějšího spisového materiálu známo, že předmětem řízení je přezkum zákonnosti průběhu veřejné zakázky, jejímž prostřednictvím osoba zúčastněná na řízení vybírala dodavatele

na dodávku nového ISMS, který nezbytně potřebuje k výkonu své úřední činnosti, když smlouva na dodávku stávajícího ISMS zanikla uplynutím času ke dni 31. 12. 2019. Osoba zúčastněná na řízení rovněž zadala veřejnou zakázku na dodávku provizorního ISMS, a to pro období po skončení dodávky stávajícího ISMS do okamžiku, než bude na základě veřejné zakázky podrobené přezkumu v tomto řízení uzavřena smlouva, resp. poskytnuto plnění (přitom zadávací řízení na provizorní ISMS je rovněž podrobeno soudnímu přezkumu u Krajského soudu v Brně ve věci vedené pod sp. zn. 62 Af 59/2020). Dodávka stávajícího ISMS byla časově omezena do 31. 12. 2019, proto měla osoba zúčastněná na řízení enormní zájem na urychleném provedení výběru dodavatele jak provizorního ISMS, tak zejména nového informačního systému, aby tak byla zajištěna kontinuální stabilita výkonu její úřední činnosti a nebyl výkon úřední činnosti vážně ohrožen. Žalobce, jakožto jeden ze subjektů účastnících se veřejné zakázky v pozici subdodavatele subjektu čínícího nabídku, nedůvodně napadl předmětnou veřejnou zakázku u žalovaného, přičemž z pohledu osoby zúčastněné na řízení jde o ryze účelový krok, jehož jediným cílem bylo navodit stav, který fakticky donutí osobu zúčastněnou na řízení odebírat od společnosti IBM provizorní funkcionality informačního systému i po skončení stávající smlouvy, na jejímž základě byl žalobce poddodavatelem. Jediným důvodem pro jednotlivé úkony žalobce nejprve v řízení před žalovaným, poté i pro podání žaloby spojené s návrhem na vydání předběžného opatření, je ekonomický zisk žalobce na úkor osoby zúčastněné na řízení a umělé protrahování tohoto stavu po co nejdélní dobu. Vedle předmětné žaloby totiž společnost IBM, s níž má žalobce prokazatelně úzkou vazbu, napadl i zadávací řízení osoby zúčastněné na řízení na dodávku provizorního ISMS, čímž fakticky přinutil osobu zúčastněnou na řízení po dobu do finálního skončení projednání věci odebírat od společnosti IBM za značně vysokou částku provizorní řešení informačního systému, z čehož má díky svému zapojení zisk i žalobce. Osoba zúčastněná na řízení si nemůže dovolit stav, kdy nebude mít zajištěn funkční informační systém, neboť by tím došlo k vážnému ohrožení majetkových zájmů České republiky s vysokým rizikem vzniku značných škod. Osoba zúčastněná na řízení je tak v důsledku kooperovaného chování společnosti IBM a žalobce fakticky paralyzována. Osoba zúčastněná na řízení také zdůraznila, že již v minulosti byla kritizována za to, že v důsledku uzavřené smlouvy se společností IBM a v ní nastavených smluvních podmínek, které vycházely z dílny samotné společnosti IBM, je u ní možné shledat *vendor lock-in*, k jehož rozbití byla osoba zúčastněná na řízení fakticky povinována.

19. V návaznosti na takto obecně vylíčenou skutkovou situaci, kterou přiblížila rovněž v předchozích vyjádřeních k návrhu na vydání předběžného opatření (včetně nákladů na prodloužení využití stávajícího ISMS od společnosti IBM), osoba zúčastněná na řízení v podání ze dne 15. 11. 2020 reagovala na jednotlivé žalobní námítky a body. V tomto směru konstatovala jejich nedůvodnost a vyjádřila názor, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu (i prvostupňové rozhodnutí) je zákonné a žaloba by tak měla být zamítnuta. Rovněž svůj vlastní postup, předcházející vydání rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu, považuje osoba zúčastněná na řízení za plně zákonný.

### III. Ústní jednání

20. Při ústním jednání konaném dne 13. 4. 2021 žalobce sdělil, že dle jeho názoru žalovaný problematiku dezinterpretuje, neboť není pravdou, že by se žalobce v žalobě nevěnoval předmětné veřejné zakázce, nýbrž širším souvislostem daného zadávacího řízení, tedy včetně zadávacího řízení na provizorní ISMS. Obě tato zadávací řízení jsou ale prakticky stejná, přičemž již bylo rozhodnuto o výběru dodavatele provizorního ISMS, z čehož plyne zvýhodnění právě tohoto dodavatele i ve vztahu k novému ISMS. Tato skutečnost se projevuje především v aspektu primární migrace dat. Důsledkem této skutečnosti mohou být vzájemně neporovnatelné nabídky. Zadavatel měl počítat s tím, že v obou zadávacích řízeních by mohl být vybrán stejný dodavatel a měl tuto možnost zohlednit, tedy zejména zvýhodnění vyplývající z primární migrace dat eliminovat. Zmíněné zvýhodnění přitom není přirozené a vyplývající z vlastností trhu, nýbrž jde o umělé zvýhodnění způsobené pochybením zadavatele. Snaha o zabránění *vendor lock-in* je pochopitelná a správná, ale neměla by být činěna na úkor smyslu regulace zadávání veřejných

zakázek, jímž je hospodárné nakládání s prostředky. I zbavení se stavu *vendor lock-in* musí být provedeno *lege artis* a nikoli na úkor hospodářské soutěže.

21. Žalovaný uvedl, že setrvává na svých dosavadních závěrech. Lze přitom konstatovat, že i nyní se žalobce vyjadřuje k širším souvislostem předmětného zadávacího řízení, včetně zadávacího řízení týkajícího se provizorního ISMS. S tím se však žalovaný vypořádal. Pokud žalobce vznáší námitky k otázce primární migrace dat, je třeba poznamenat, že v rozhodnou dobu nebylo možné říci a vědět, mezi jakými informačními systémy budou data migrovat, z čehož plyne i podoba zadávací dokumentace. V případě Znaleckého posudku je nutno uvést, že důležitá není jen faktická podobnost srovnávaných informačních systémů, nýbrž také jejich právní vlastnosti. Zároveň je daný posudek i metodologicky chybný – pokud má ten který informační systém zpracovávat stejnou agendu, pak je logické, že funkce všech srovnávaných informačních systémů budou stejné.
22. Rovněž osoba zúčastněná na řízení odkázala na závěry žalovaného. Uvedla též, že s ohledem na nevědomost o tom, z jakého systému bude docházet k migraci dat, nemohlo dojít k diskriminaci žádného subjektu. Osoba zúčastněná na řízení se s žalovaným shodla také v otázce Znaleckého posudku.
23. Soud v rámci ústního jednání provedl k důkazu rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74 (viz níže bod 40. nynějšího rozsudku), rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 2. 2014, ÚOHS-S341/2013/VZ-3643/2014/513/JNe, a ze dne 25. 9. 2019, č. j. ÚOHS-S0315/2019/VZ-26344/2019/531/VNe (viz bod 59. tohoto rozsudku), a také Znalecký posudek (viz bod 33. a násl. tohoto rozsudku).

#### IV. Posouzení věci soudem

24. Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**.

##### IV.a) Vymezení předmětu sporu

25. Základní otázky nynějšího sporu vymezil žalobce již ve svém návrhu proti stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky dle § 250 ZZVZ, resp. v námitkách, které podal dne 13. 12. 2019 dle § 241 odst. 2 písm. a) ZZVZ proti stanovení zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky.
26. Žalobce tak vyslovil, že zadávací dokumentace, resp. v ní vyjádřené požadavky zadavatele, jsou nezákonné, neboť zadavatel vypsál v době bezprostředně předcházející předmětné veřejné zakázce veřejnou zakázku na dodávku provizorního ISMS formou služby a takto vytvořený systém zcela abstrahuje v předmětné veřejné zakázce, čímž jednak nevhodně vynaložil prostředky státu, a zároveň umožnil jednomu konkrétnímu dodavateli dodat systém ISMS (dodávaný zadavateli a zaplacený zadavatelem jako služba, tedy bez toho, aby zadavatel k danému systému získal jakákoliv práva) a ten samý systém pak prodat zadavateli na základě předmětné veřejné zakázky, čímž pro tohoto dodavatele (společnost TESCO SW) zadavatel vytvořil, ať již úmyslně, nebo svou hrubou nedbalostí, značnou konkurenční výhodu. Zadavatel takto dle žalobce zjevně porušil zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace
27. Další žalobcem nastolenou otázku představuje to, že zadavatel zcela opomněl definovat rozsah tzv. primární migrace dat, a toto své opomenutí odmítl zhojit na základě položených dodatečných dotazů. Bez definování objemu a požadavků zadavatele na rozsah a provedení primární migrace, jenž je součástí díla dle předmětné veřejné zakázky, přitom není možné určit cenu díla, resp. tuto cenu může určit pouze dodavatel provizorního ISMS (TESCO SW), neboť pouze on má znalosti ohledně obsahu provizorního ISMS a nezbytných činností a nákladů na provedení migrace mezi

provizorním a novým ISMS, čímž zadavatel zjevně porušil zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace, když zvýhodnil pouze jediného dodavatele.

28. Dále žalobce tvrdil a tvrdí, že zadavatel požaduje celou řadu kvalifikačních předpokladů, které jsou však potřebné výlučně k tzv. disponibilní části plnění, tedy k té části plnění, o které není zřejmé, zda bude v rámci plnění předmětné veřejné zakázky vůbec požadována a dodávána. Tyto kvalifikační předpoklady nejsou dle žalobce nijak spojeny s definovaným objemem plnění předmětné veřejné zakázky a slouží k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť na relevantním trhu existuje velmi malý okruh potenciálních dodavatelů, kteří disponují požadovanými kvalifikačními předpoklady a jejich požadovanou kombinací. Tím dle žalobce zadavatel zjevně porušil zásadu přiměřenosti; zároveň veškeré požadavky na prokázání technické kvalifikace zadavatele ve svém souhrnu a kombinaci působí diskriminačně a bezdůvodně zužují hospodářskou soutěž.
29. K tomu dle žalobce přistupují následná pochybení žalovaného a předsedy Úřadu, kteří nedostatečně a nesprávně zjistili skutkový stav, tento nesprávně vyhodnotili a dopustili se též procesních pochybení.
30. K takto definovaným okruhům otázek, které představují jádro nynějšího sporu, soud po skutkové stránce poznamenává, že výchozí popis skutkového stavu, jak byl žalobcem a žalovaným podán a jak je reprodukován výše, je mezi stranami v zásadě nesporný. Jde tedy zejména o časovou souslednost veřejných zakázek na provizorní ISMS a nový ISMS a osobu vybraného dodavatele provizorního ISMS. Strany se pak liší především v názoru na jednotlivé podrobnější skutkové okolnosti a právní důsledky daných faktů. Tyto otázky, v návaznosti na shora vymezené žalobní body, jsou předmětem hodnocení tohoto rozsudku.

*IV. b) Problematika tvrzeného zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS diskriminačním vymezením předmětu veřejné zakázky na nový ISMS*

31. Pakliže žalobce namítá diskriminační jednání zadavatele, pak lze konstatovat, že tento žalobní bod se opírá zejména o již shora vymezenou časovou souslednost veřejné zakázky na provizorní ISMS a předmětné veřejné zakázky. V tomto směru hraje podstatnou roli žalobcem tvrzený takřka shodný předmět obou veřejných zakázek, tedy podobnost provizorního ISMS, u něhož je již vybraným dodavatelem společnost TESCO SW, a nového ISMS. Dle žalobce je tak v soutěži o veřejnou zakázku značně a diskriminačně zvýhodněn právě vybraný dodavatel provizorního ISMS. Na základě takto vymezeného „půdorysu“ je zapotřebí v rámci tohoto žalobního bodu vymezit rozhodnou právní úpravu a zvážit zákonnost rozhodnutí a procesního postupu žalovaného a předsedy Úřadu a prostřednictvím toho i zadavatele.
32. Pokud jde o relevantní právní úpravu, je třeba na prvním místě zmínit § 6 odst. 1 ZZVZ, dle kterého „[z]adavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti“. Dle § 6 odst. 2 ZZVZ platí, že „[v]e vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace“. Podle § 28 odst. 1 písm. a) bod 2. ZZVZ se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení. Ustanovení § 36 odst. 1 ZZVZ pak normuje, že „[z]adávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže“. Konečně dle § 51 odst. 4 ZZVZ „[p]řed ukončením zadávacího řízení zadavatel může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze tehdy, pokud a) to vyžadují provozní potřeby zadavatele a b) veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu“.
33. V tomto kontextu žalobce v úvodu podrobného rozvedení tohoto žalobního bodu poukázal na to, že podobnost či shodnost provizorního a nového ISMS vyplývá rovněž z jím předloženého Znaleckého posudku. Zmínil, že ve vztahu k tomuto posudku postupoval žalovaný nesprávně,

když chybným způsobem pojal zásadu koncentrace řízení a daný posudek neprovedl jako důkaz; to samo o sobě by dle žalobce nyní mohlo dostačovat k vyhovění žalobě.

34. S ohledem na argumentaci přiblíženou v předchozím odstavci soud konstatuje, že z důvodu nesprávného postupu žalovaného týkajícího se neprovedení důkazu Znaleckým posudkem, s odkazem na koncentraci řízení (viz bod 114. prvostupňového rozhodnutí), považoval za potřebné dokazování tímto Znaleckým posudkem doplnit v rámci ústního jednání (srov. § 77 odst. 2 s. ř. s.), a to i při vědomí, že Znalecký posudek je součástí správního spisu, přičemž v rámci správního soudnictví se dokazování správním spisem zpravidla neprovádí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2009, č. j. 9 Afs 8/2008-117, publikovaný pod č. 2383/2011 Sb. NSS; není-li uvedeno jinak, jsou všechna níže uvedená rozhodnutí správních soudů dostupná na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)); ostatně sám žalobce Znalecký posudek jako důkaz navrhl i nyní.
35. Pokud jde o zmíněný nesprávný postup žalovaného, který odmítl dokazování provést s poukazem na koncentraci řízení ve smyslu § 251 odst. 1 a 4 ZZVZ, uvádí soud, že tímto pochybením se zabýval předseda Úřadu v bodech 53. až 59. žalobou napadeného rozhodnutí. Jelikož předseda Úřadu žalobcově argumentaci v tomto bodě přisvědčil, odkazuje soud v podrobnostech právě na zmíněné pasáže rozhodnutí předsedy Úřadu (v tomto rozsahu není o věci sporu). Zároveň je třeba zmínit, že ačkoli se žalovaný v bodě 114. svého rozhodnutí nesprávně vypořádal s otázkou koncentrace řízení, zároveň se však vypořádal se samotným obsahem Znaleckého posudku a jeho významem pro věc (viz např. bod 59. rozhodnutí předsedy Úřadu). Jde-li tedy o procesní pochybení, spočívalo to ve skutečnosti, že Znaleckým posudkem neproběhlo po formální stránce dokazování, ačkoli se žalovaný i předseda Úřadu jeho obsahem zabývali. Proto je další otázkou, kterou je třeba vyhodnotit, zda ve světle soudem doplněného dokazování závěry žalovaného a předsedy Úřadu ob stojí po věcné stránce.
36. Dokazování Znaleckým posudkem mělo význam již proto, že srovnání obou ISMS, provizorního a nového, se může *prima facie* jevit relevantním např. z pohledu shora citovaného § 51 odst. 4 ZZVZ.
37. Na základě provedení dokazování tak lze přisvědčit žalobci, že provizorní a nový ISMS vykazují značné podobnosti. Znalec vycházel z toho, že: „*tabulka žádavající požadované funkční vlastnosti jak provizorního tak nového ISMS vykazuje 94% shodu v počtu funkčních požadavků*“; „*dodavatel nového ISMS může z 94 % počtu funkčních požadavků využít zdroje (především softwarovou aplikaci) již vytvořené pro plnění zakázky provizorního ISMS*“; „*[t]yp kontraktu neovlivňuje vlastní podobu aplikačního softwaru. Myšleno informační systém Provizorního ISMS, poskytovaný zákazníkovi formou služby, ve srovnání s jeho dodávkou nainstalovanou na zařízeních zadavatele v případě Nového ISMS*“.
38. Podobnost obou systémů je tedy dána. Je však stále otevřenou otázkou, zda to znamená nějaké diskriminační zvýhodnění některého z uchazečů o veřejnou zakázku, či jiné právě relevantní pochybení. Za tím účelem je třeba zvážit další okolnosti věci. Sama o sobě, tedy izolovaně pojata, tato podobnost není rozhodující, a v tomto smyslu se soud předběžně přiklání k tomu korespondujícímu dílčímu závěru žalovaného, popř. předsedy Úřadu, byť s jistou korekcí (srov. bod 108. prvostupňového rozhodnutí a bod 35. rozhodnutí předsedy Úřadu).
39. Zároveň je vhodné mezitímně poznamenat, že po prostudování věci je zřejmé, že na daný případ není § 51 odst. 4 ZZVZ zcela příslušným ustanovením. Jak poznamenala ve svém vyjádření ze dne 15. 11. 2020 osoba zúčastněná na řízení, zmíněné ustanovení dopadá na situace, kdy zadavatel nemá skončeno „první“ zadávací řízení pročež je oprávněn tentýž či obdobný předmět prozatímně zadat v jiném zadávacím řízení (srov. *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 319-320*). V nynější věci však „dočasná“ veřejná zakázka na provizorní ISMS předchází „trvalejší“ zakázce na nový ISMS; jde tedy v podstatě o opačnou situaci, než jakou předvídá § 51 odst. 4 ZZVZ.



40. Stejně tak je soudu z jeho úřední činnosti známé (a poukazoval na to jak žalovaný, tak osoba zúčastněná na řízení, přičemž ani žalobce tuto skutečnost nezpochybňoval), že zadavatel veřejné zakázky na provizorní a na nový ISMS se ve vztahu ke stávajícímu dodavateli stávajícího ISMS (jehož je žalobce poddodavatel) nachází v situaci tzv. *vendor lock-in* (blíže viz dosud na internetových stránkách [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz) nezveřejněný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74, kterým se soud zabýval v rámci ústního jednání; zdejší soud poznamenává, že tím nyní nehodnotí, do jaké míry je tato situace důsledkem předchozího vědomého postupu osoby zúčastněné na řízení, kdy tuto otázku dosud Krajský soud v Brně autoritativně neřešil ani ve zmíněném rozsudku ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74).
41. Lze tedy obecně říci, že veřejnými zakázkami na provizorní a na nový ISMS se zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) pokoušel ze situace *vendor lock-in* vymanit (na okraj zdejší soud zmiňuje, že přinejmenším v konkrétně řešených aspektech neshledal pochybení zadavatele ohledně veřejné zakázky na provizorní ISMS, a to v rámci rozsudku ze dne 14. 1. 2021, č. j. 62 Af 59/2020-129, jímž zamítl žalobu společnosti IBM). Jak již přitom bylo řečeno, bez dalšího není rozhodné, nakolik se stávající, provizorní a nový ISMS navzájem podobaly, a to rovněž s přihlédnutím k tomu (jak poznamenal žalovaný ve vyjádření k žalobě), že jednotlivé ISMS se z hlediska jejich podoby z podstaty věci zřejmě nemohou zcela zásadně lišit, neboť slouží k zajišťování činnosti agendy osoby zúčastněné na řízení, jejíž úkoly jsou relativně ustáleným způsobem definovány v zákoně; nabízí se, že jednotlivé ISMS se mohou lišit zejména „vnějškově“ (uživatelské rozhraní apod.), jejich vnitřní funkcionality však budou obdobné, „předdefinované“ zákonem – i v tomto aspektu je pak třeba znalcem konstatovanou obdobnost provizorního a nového ISMS pojímat s patřičnou rezervou.
42. Zadavatelova potřeba kontinuálního fungování určitého informačního systému, bez něhož je v současné době jeho činnost prakticky nemyslitelná, nebyla v žádné fázi řízení před žalovaným zpochybněna a vlastně ani zpochybňována. Zároveň dle názoru Krajského soudu v Brně nelze upírat jednotlivým zadavatelům, aby s ohledem na své aktuální potřeby poptávali více či méně obdobná plnění podle toho, jak trvají právě tyto jejich potřeby (v podrobnostech srov. body 36. a 37. rozhodnutí předsedy Úřadu, na které v této souvislosti soud odkazuje). Urgentnost zadavatelova požadavku na provizorní ISMS ostatně ani žalobce dosud nezpochybnil, kdy je možné vzít v potaz také to, že tento ISMS je rozsahem „menší“ než nový ISMS, byť soud zohledňuje, že optikou Znaleckého posudku není tento rozdíl zcela zásadní. Jistý rozdíl pak spočívá i v tom, že zatímco provizorní ISMS měl být poskytován jako služba, u nového ISMS se již počítalo rovněž s poskytnutím veškerých licenčních oprávnění. V této souvislosti lze poznamenat, že i v tomto aspektu Znalecký posudek konstatuje technickou podobnost obou informačních systémů (resp. irelevantnost právních souvislostí ve vztahu k technickým vlastnostem); soud však odkazuje na předchozí odstavec a důvody tam vyjádřené, pro které se domnívá, že podobnost obou systémů je očekávatelná a logická a sama o sobě nevede k závěru o nezákonnosti jednání zadavatele či rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu.
43. Soud se tak v návaznosti na shora uvedené ztotožňuje se závěry žalovaného a předsedy Úřadu, že rozdělovacím a určujícím kritériem pro pořizovaná plnění (provizorní ISMS a nový ISMS) je časové hledisko (např. na body 35. a 36. rozhodnutí předsedy Úřadu zde soud v podrobnostech odkazuje, podobně jako to činí i na jiných místech tohoto rozsudku s přihlédnutím k dalším žalobním námitkám, při zohlednění toho, že obdobné námitky žalobce uplatil již vůči zadavateli a v obou stupních správního řízení, přičemž se s takto nastolenými otázkami příslušná rozhodnutí již vypořádávala). Jednotlivé ISMS byly pořizovány na různá časová období a v tomto kontextu je pro posouzení důvodnosti žaloby určující v podstatě jediná otázka, a to sice, zda i za takové situace, jejíž „vstupní“ prvky jsou legitimní (možnost poptávání obdobných plnění na různá časová období), nepůsobí podmínky zadávacího řízení ve svém výsledku diskriminačně.
44. V naznačeném světle považuje soud, vezme-li v potaz konkrétní okolnosti časové souslednosti obou zadávacích řízení, žalobcova tvrzení za toliko spekulativní. Z obecného hlediska se sice

myšlenka, že by vybraný dodavatel provizorního ISMS mohl být v rámci následného zadávacího řízení na nový ISMS „neférově“ zvýhodněn, jelikož vynaloží „základní“ částku na vývoj a dodávku provizorního ISMS, kteroužto si zohlední při vývoji a dodávce nového ISMS, nabízí, nicméně pro reálné zvýhodnění by bylo třeba, aby byly splněny další konkrétní předklady; přitom i za této situace zůstává otevřená otázka, zda se jedná o situaci diskriminačního charakteru, či zda docházelo k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže.

45. Předně je třeba konstatovat, že společnost TESCO SW se sice stala vybraným dodavatelem na provizorní ISMS na základě rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 8. 2019, nicméně mezi účastníky řízení je nyní nesporné, že smlouva na plnění provizorního ISMS nebyla ke dni oznámení a uveřejnění předmětné veřejné zakázky ve Věstníku veřejných zakázek (4. 11. a 7. 11. 2019) uzavřena a nebylo tomu tak ani ke dni skončení lhůty pro podání nabídek týkajících se předmětné veřejné zakázky (3. 1. 2020), a nakonec ani ke dni podání nynější žaloby. Společnost TESCO SW, chtěla-li by si zakalkulovat do nabídkové ceny na nový ISMS náklady, které již vynaložila na provizorní ISMS, činila by tak o své případné budoucí újmě, neboť nemohla bez dalšího předpokládat, že s ní smlouva na provizorní ISMS bude nakonec skutečně uzavřena (jak uvedli účastníci řízení a osoba zúčastněná na řízení při ústním jednání soudu, smlouva na provizorní ISMS byla nakonec se společností TESCO SW uzavřena v únoru roku 2021); to by se přitom týkalo každého potenciálně vybraného dodavatele provizorního ISMS, přičemž každý takový subjekt by se musel spoléhat na to, že nakonec bude probíhat zadávací řízení na nový ISMS. Podobně mohla uvažovat například i společnost IBM, pakliže by byla přesvědčena, že se jí podaří zvrátit dosavadní výsledky zadávacího řízení na provizorní ISMS, a že se právě ona nakonec stane vybraným dodavatelem na provizorní ISMS. Tento názor soud zastává, byť je třeba uznat, že společnost TESCO SW v tomto směru přece jen mohla na základě již provedených kroků uvažovat s vyšší mírou jistoty a s tím korespondující nižší mírou rizika. Zde žalobce uvedl také to, že kdyby k podpisu smlouvy na provizorní ISMS nakonec nedošlo, nemohl by takto vybraný dodavatel těžit ze svého zvýhodnění, v důsledku čehož by pak zadavateli neposkytl součinnost při podpisu smlouvy na nový ISMS, kdy jedinou možnou sankcí by bylo vyloučení ze zadávacího řízení ve smyslu § 124 odst. 2 ZZVZ. I tuto úvahu považuje soud za spekulativní, a to také s ohledem na to, že společnost TESCO SW nemohla předvídat, kolik uchazečů a za jakých podmínek se přihlásí do zadávacího řízení ohledně nového ISMS, a že by v případě takto žalobcem nastíněného jednání o předmětnou veřejnou zakázku nepřišla ve prospěch jiného zájemce.
46. Krajský soud pak také souhlasí s žalovaným a předsedou Úřadu, že i v situaci, kdy by společnost TESCO SW (či obecně každý eventuálně vybraný dodavatel provizorního ISMS) mohla do jisté míry kalkulovat s tím, že se stane vybraným dodavatelem nového ISMS, nebylo by možné jednoduše říci, že jde o zvýhodnění v rozporu se ZZVZ. Jak totiž uvedl předseda Úřadu např. v bodě 37. svého rozhodnutí, je začasté nevyhnutelné, že stávající dodavatel plnění bude zvýhodněn oproti novému dodavateli, a to např. s ohledem na lepší znalost zadavatele, jeho potřeb, dosavadního materiálového a jiného vybavení, či na to, že již má vybudovanou příslušnou infrastrukturu pro uspokojení potřeb zadavatele apod. V podrobnostech soud odkazuje na již zde zmíněný bod rozhodnutí předsedy Úřadu, přičemž se hlásí k úvaze, že takovouto „přirozenou“ výhodu stávajícího dodavatele by zadavatel musel kompenzovat diskriminací takového dodavatele, aby snížil „přirozenou“ konkurenční nevýhodu nového uchazeče („vyzývatele“). Takováto eliminace imanentních vlastností trhu by ale těžko v konečném důsledku mohla vést k možnosti získat plnění za nejlepší cenu a tím k hospodárnému nakládání s prostředky.
47. V souvislostech nynějšího sporu považuje soud za hodnou pozornosti formulaci, kterou žalobce uplatnil ve spojení s rozhodováním o jeho návrhu na vydání předběžného opatření ve vyjádření ze dne 27. 10. 2020. Žalobce zde uvedl doslova: „*K tvrzením o zvýhodnění stávajícího dodavatele IBM a rovněž žalobce jako poddodavatele IBM tím, že mohou těžit ze znalosti prostředí a systému zadavatele, žalobce uvádí, že namítané zvýhodnění je přirozeným zvýhodněním, kterým disponuje každý dosavadní poskytovatel*

*služeb, které nelze klást žalobci v žádném případě k tíži.*“ Ačkoli si soud uvědomuje, že citovanou větu žalobce pronesl pouze k části žalobních námitek a zároveň uvedl, že „[j]e na zadavateli, aby zejména prostřednictvím zadávací dokumentace případná zvýhodnění maximálně eliminovat“, přesto nijak nevysvětlil, proč je výhoda, kterou ohledně možné dodávky provizorního ISMS a nového ISMS disponuje společnost IBM jako stávající dodavatel stávajícího ISMS (a žalobce jako její poddodavatel) „přirozená“, zatímco tvrzená výhoda společnosti TESCO SW je „nepřirozená“. Žalobcem zmiňovanou indicii spočívající ve výrazně nižší nabídkové ceně společnosti TESCO SW oproti nabídce společnosti IBM ohledně nového ISMS považuje soud ve světle konkrétních okolností věci a tvrzeného diskriminačního zvýhodnění společnosti TESCO SW za poměrně slabou. Stejně tak by totiž bylo možné tvrdit zvýhodnění stávajícího dodavatele stávajícího ISMS (popř. jeho poddodavatele) ve vztahu k provizornímu a novému ISMS (viz výše) oproti jiným (i hypotetickým) uchazečům. Jak již přitom bylo řečeno, pokud by společnost TESCO SW postupovala žalobcem naznačeným způsobem, jednalo by se o poměrně riskantní taktiku, kdy je možné přihlídnout ke skutečnosti, že ani není jisté, zda bude provizorní ISMS nakonec vůbec „implementován“.

48. Soud je si vědom také toho, že není povinností žalobce „radit“ zadavateli, jak postupovat, aby ona „přirozená“ zvýhodnění „*maximálně eliminovat*“, nicméně považuje za poměrně vypovídající, že ani žalobce v žalobě žádné takové postupy nenaznačil, pomine-li se jeho úvaha, že obě zadávací řízení měla být zahájena a vedena současně a souběžně.
49. V daném směru také žalobce uchopitelně neuvádí, jak by měl zadavatel postupovat ohledně předmětné veřejné zakázky, pakliže již dříve vypsál zadávací řízení na provizorní ISMS. Případná pochybení ohledně tohoto zadávacího řízení bylo třeba řešit v samostatném řízení, přičemž ani soudní přezkum zde nedospěl k závěru o pochybení zadavatele (viz shora zmiňovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 1. 2021, č. j. 62 Af 59/2020-129). Jak uvádí i žalovaný ve vyjádření k žalobě, aby bylo možné dosáhnout žalobcem kýženého výsledku, muselo by se předmětem nynějšího řízení stát rovněž zadávací řízení na provizorní ISMS, což není možné. V návaznosti na výše uvedené je sice možné do určité se zabývat tím, zda existence dřívějšího zadávacího řízení na provizorní ISMS nemá jistý „neférový“ vliv na předmětnou veřejnou zakázku, avšak jde-li o jediný konkrétně formulovaný požadavek žalobce na simultánní vedení obou zadávacích řízení, vypořádal se s ním dle názoru soudu předseda Úřadu přesvědčivě v bodech 35. až 38. svého rozhodnutí. K tomu např. viz bod 38. tohoto rozhodnutí: „*Nelze zadavateli vyčítat, že po ukončení smlouvy na provoz stávajícího ISMS zvolil k zajištění svých potřeb cestu výběru nového dodavatele provizorního ISMS v otevřeném řízení. Jak již správně konstatoval Úřad (srov. bod 109 napadeného rozhodnutí), zadavatel má právo rozhodnout o tom, jaké plnění požaduje a Úřadu to zásadně nepřislouží hodnotit – přezkoumávat. Ani navrhovatel netvrdí, že by zadavatel měl do doby zhotovení nového ISMS rezignovat na provoz svého informačního systému. Je tedy nesporné, že zadavatel má právo rozhodnout, že své potřeby zajistí formou zakázky zadávané v otevřeném řízení na pořízení plnění na přechodnou dobu. Z toho bude imanentně plynout výhoda dodavatele provizorního ISMS popsaná v předchozím odstavci.*“ Není tak zřejmé ani to, že ono simultánní vedení obou zadávacích řízení by zajistilo potřeby zadavatele a také vedlo k naplnění požadavků ZZVZ. Přitom ačkoli by se snad nabízela úvaha, že zadavatelem zvolené řešení není ideální či „šikovné“, ještě to neznamená, že je nezákonné.
50. Za příležitostí pak soud nepovažuje ani argumentaci o rozdělování veřejných zakázek. V nejtriviálnější rovině soud uvádí, že nyní nedošlo k tomu, že by zde vznikla zjednodušená podlimitní zadávací řízení. Obě zadávací řízení proběhla v otevřeném řízení a zněla na poměrně vysoké částky. V tomto směru zadavatel zákonem požadovaný režim dodržel. Ani v jiném směru dle názoru soudu nedošlo ke zjevně účelovému dělení jednotného plnění. Zde se soud ztotožňuje se závěry, které vyslovil ve vyjádření k žalobě žalovaný: „*U jednotnosti plnění je pak třeba říci, že se jedná o tutéž potřebu zadavatele, uskutečňovanou stejnými prostředky, ve stejném čase a se stejným výsledkem (kupříkladu případy rozdělování lesních prací či oprav silnic podle hranic okresů, katastrálních území, apod.) O takový případ se však v této věci nejedná. Podstatou veřejné zakázky na provizorní ISMS je zajištění funkcí*

*odpovídajících stávajícímu ISMS vlastním softwarem dodavatele po přechodnou dobu, než bude zhotoven nový ISMS, který bude majetkem zadavatele a tento s ním bude moci (na rozdíl od provizorního ISMS a stávajícího ISMS) volně nakládat. Zadavatel svůj postup pak interpretuje tak, že účelem veřejné zakázky na provizorní ISMS bylo vyhnout se nutnosti prodlužovat smluvní vztah s dodavatelem stávajícího ISMS a zajistit fungování informačního systému zadavatele, účelem veřejné zakázky na nový ISMS pak mělo být pořízení informačního systému, s nímž bude moci zadavatel zcela volně nakládat. Účelem tohoto postupu bylo vymanit se z vendor lock-in stávajícího dodavatele ISMS a předejít vzniku takové závislosti v budoucnu. Postup zadavatel v této věci tedy zcela jednoznačně hospodářské soutěži prospívá, ne naopak, jak tvrdí žalobce.“*

51. Pokud žalobce označuje úvahy žalovaného či předsedy Úřadu k nyní rozebíranému žalobnímu bodu (zvýhodnění vybraného dodavatele provizorního ISMS) za „obecné“, pak se soud po zvážení žalobcovy argumentace nedomnívá, že by k takto tvrzené obecnosti přistoupila i nepřítapnost nebo irelevantnost.
52. K této části žaloby soud dodává, že žalobce tvrdil rovněž porušení správní praxe a svého legitimního očekávání (viz zejména bod 32. žaloby, dle kterého žalobce „s ohledem na ustálenou rozhodovací praxi důvodně očekával, že Žalovaný se bude vztahem zadávacích podmínek, zejména pak vymezením předmětů plnění, obou veřejných zakázek zabývat a vyjádří se ke klíčové otázce jejich shodnosti zcela jinak než tak, že pro posouzení merita věci není podstatné, zda je Provizorní ISMS a Nový ISMS podobný či nikoliv, jak Žalovaný uvedl v prvoinstančním rozhodnutí 17 a potvrdil jako správný závěr v rámci Žalovaného rozhodnutí“), nicméně tato jeho argumentace zůstala v žalobě v naprosto obecné rovině. Je to přitom právě žalobce, kdo ve správním soudnictví vymezuje rozsah soudního přezkumu a je také jeho úlohou označit důkazy podporující jeho skutková tvrzení (právě otázka správní praxe je skutkovou otázkou). Žalobce v žalobě žádnou jednoznačně určitelnou správní praxi nekonkretizoval a na podporu svých tvrzení neoznačil žádné důkazy (příslušná rozhodnutí žalovaného či předsedy Úřadu). Není úlohou soudu, aby aktivně dohledával důkazy pro žalobcovu tvrzení, neboť by vystoupil ze své úlohy nestranného arbitra. Proto i soud toliko v obecné rovině konstatuje, že odůvodnění předsedy Úřadu v tomto směru považuje za dostačující (např. bod 40.) a porušení správní praxe neshledává.
53. Soud tak shrnuje, že v daném rozsahu neseznal porušení principu transparentnosti a přiměřenosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ, zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 ZZVZ, jakož ani porušení § 36 odst. 1 ZZVZ týkajícího se stanovení zadávacích podmínek.

#### *IV.c) Otázka dostatečnosti vymezení tzv. primární migrace dat*

54. Krajský soud v Brně tento žalobní bod rámcově vymezil v bodě 27. tohoto rozsudku. V souvislosti s ním lze opět připomenout relevantní ustanovení § 6 odst. 1 a 2 a § 36 odst. 1 ZZVZ, která již byla citována shora. Na věc dopadá i § 36 odst. 3 ZZVZ, dle kterého „[z]adávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.“ Věcně pak k danému žalobnímu bodu uvádí soud následující:
55. Lze přisvědčit žalobci, že přinejmenším na první pohled se otázka primární migrace dat (dle čl. 3.5.8. přílohy č. 5 zadávací dokumentace „návrh řešení a provedení převodu dat, a to i opakovaných v případě potřeby, mezi stávajícími informačními systémy Objednatele a novým ISMS“) mohla jevit jako poněkud obecně charakterizovaná. To platí i přes upřesnění pojmu, které se nachází v čl. 1.1.2.27 přílohy č. 1 smlouvy o vytvoření, podpoře a rozvoji nového Informačního systému majetku státu (ISMS), Technická a funkční specifikace. Zároveň je však třeba vzít v potaz další konkretizace či východiska pro zadavatelovy požadavky, které bylo možné nalézt v příloze č. 2 zde zmíněné smlouvy, v níž byla podrobněji rozvedena problematika popisu současného stavu ISMS a architektury stávajícího ISMS, která představovala podklady pro zvážení rozsahu a podoby migrace dat, tedy jakýsi výchozí bod pro tento proces. Primární migrace dat se dotkl v některých částech také dokument „Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace VII“.

56. S ohledem na danou skutečnost, u níž i žalovaný mohl mít deficit odborných znalostí k vymezení předmětného pojmu a jeho konkrétního obsahu (ve spojení s možnými náklady na proces primární migrace dat), bylo třeba možnou míru nejistoty objektivizovat. Žalovaný za tím účelem zvolil postup, v jehož rámci oslovil společnosti IBM a TESCO SW, aby se k věci vyjádřily. Žalovaný rovněž oslovil potenciální dodavatele IT systémů s dotazem, zda by byli schopni stanovit cenu za primární migraci dat, aniž by byli dodavateli stávajícího informačního systému, a to za předpokladu, že jsou dány legislativní funkční požadavky objednatele, avšak není zřejmé, zda bude datová migrace probíhat ze stávajícího ISMS, nebo provizorního ISMS. Žalovaný tak získal odpovědi od společností MARBES CONSULTING s.r.o., PHYSTER TECHNOLOGY, a.s., OKsystem a.s., AssecoSolutions, a.s., MAGION system, a.s., AUTOCONT a.s., ICZ a.s. a GORDIC spol. s r.o. ze dne 11. 3. 2020.
57. Popsaný postup žalovaného považuje soud za principiálně správný. Stanoviska relevantních subjektů mohla vnést světlo do otázky, zda jsou podmínky zadávacího řízení dostatečně srozumitelné pro typ subjektů, které obecně přicházejí v úvahu jako „adresáti“ příslušné veřejné zakázky, resp. jako možní zájemci a dodavatelé (k požadavku na srozumitelnost zadávací dokumentace, a to i s ohledem na zásadu transparentnosti viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222, a ze dne 26. 3. 2009, č. j. 2 Afs 87/2008-234). Přitom určitá nejasnost zadávacích podmínek bude z podstaty věci dána vždy, nelze ji ovšem zaměňovat s prostým nepochopením či nedostatečnými znalostmi a schopnostmi jednotlivého dodavatele (srov. bod 138. prvostupňového rozhodnutí). Zároveň je možné vycházet z toho, že od dodavatelů lze očekávat odborný přístup jak k zadávacímu řízení celkově, tak konkrétně k zadávacím podmínkám (což se projeví v tom, jak dodavatel zadávací podmínky chápe a jak tedy přesně či srozumitelně a dostatečně musí být vymezeny). Jak vyplývá z odborné literatury, „[u]vedené ovšem neznamená, že by zadavatel musel detailně popsat veškeré jednotlivé aspekty zadávacího řízení (například definovat obecně známé výrazy či odborné termíny) a procedury výběru dodavatele, pokud zadávací podmínky (jejich výklad) jsou odborně zdatnému dodavateli zřejmé (to platí zejména pro podnikatele podle § 420 odst. 1 ObčZ)“ (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 214). Je-li zjišťována nějaká úroveň odborné znalosti (péče) či zvyklosti (praxe) jedná se o otázku skutkovou, ohledně níž se vede dokazování (což žalovaný učinil).
58. Pokud jde o odpovědi oslovených subjektů, ztotožňuje se soud se závěry vyslovenými žalovaným v bodě 135. prvostupňového rozhodnutí: „*V průběhu šetření bylo pouze společností GORDIC spol. s r.o. jednoznačně sděleno, že by nebyla schopna nacenit primární migraci dat. Společnost ICZ a.s. uvedla, že by nacenění primární migrace bylo problematické. AUTOCONT a.s. Úřadu sdělila, že s ohledem na zatížení firmy koronavirem a probíhající jarní prázdniny není schopna poskytnout požadovanou součinnost. Společnost AssecoSolutions, a.s. ve své odpovědi uvedla, že by ke nacenění potřebovala znát typ zdrojového a cílového úložíště. Z odpovědí zbývajících čtyř dodavatelů vyplývá, že by byli schopni nacenit primární migraci dat. Společnost MAGION system, a.s. považuje nacenění za možné a uvádí, že cena migrace bude stejná, pokud je zajištěno rozhraní (tedy není rozhodné, zda je migrováno z Provizorní ISMS nebo Stávajícího ISMS). Stejně tak společnost OKsystem a.s. potvrdila schopnost nacenit primární migraci a doplnila, že pro zkušeného dodavatele se nejedná o nic neobvyklého, neboť nejpřesnější představu dodavatel získá až na základě přístupu k reálným datům, to ale zpravidla nenastává ve fázi sestavení nabídky, ale až v rámci realizačního projektu. Také z odpovědi společnosti MARBES CONSULTING s.r.o. je zřejmé, že by byla nacenění primární migrace schopná, přestože uvádí, že uchazeč, který není dodavatelem stávajícího informačního systému, bude vždy znenýhodněn, obtížněji se mu stanovují náklady i cena migrace dat. A doplňuje, že čím méně informací je k dispozici, tím je nutná větší rezerva na cenu, nebo větší podnikatelské riziko. Společnost PHYSTER TECHNOLOGY, a.s. uvedla, že lze cenu za primární migraci stanovit jako součást informačního systému, ale nemusí to být pro zákazníka výhodné (obdobně se vyjádřila k fixní ceně).*“
59. V daném případě tak některé dotázané subjekty konstatovaly nemožnost ocenění primární migrace dat, zatímco jiné konstatovaly možnost ocenění provést (např. MAGION system a

OKsystem). Zároveň mají v daném směru význam konstatování společností MARBES CONSULTING s.r.o., OKSystem a.s., a PHYSTER TECHNOLOGY, a.s., z nichž vyplývá, že ocenění primární migrace dat je vždy spojeno s jistou mírou nejistoty a podnikatelského rizika, se kterou zkušený dodavatel počítá (k možnosti určitého přenosu podnikatelského rizika na dodavatele viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 3. 2018, č. j. 1 As 403/2017-50, zejména bod [44]). Právě v uvedeném kontextu, tedy skutkových zjištění ke srozumitelnosti zadávací dokumentace, je pak třeba vykládat obecná konstatování k požadavkům na konkretizaci a srozumitelnost, jak je žalobce zmiňuje na základě citací z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010-182, a z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 4. 11. 2010, č. j. 62 Ca 77/2008-45; zdejší soud ovšem s odkazem na shora uvedené porušení principů vyplývajících z daných rozsudků neshledal (totéž pak soud uvádí k rozhodnutím žalovaného ze dne 18. 2. 2014, ÚOHS-S341/2013/VZ-3643/2014/513/JNe, a ze dne 25. 9. 2019, č. j. ÚOHS-S0315/2019/VZ-26344/2019/531/VNe; k prvnímu rozhodnutí soud navíc dodává, že to se týkalo situace, kdy zadavatel neurčil prakticky ani základní objem prací, a to s přihlédnutím k povětrnostním vlivům, přičemž v nynějším případě bylo určení „prací“ a jejich seznatelnost ze strany relevantních subjektů vyšší, v případě druhého rozhodnutí šlo o odkaz zadavatele na technické specifikace produktu určitého dodavatele, což není nynější situace).

60. Soud také akceptuje úvahu žalovaného, vyslovenou ve vyjádření k žalobě a navazující na rozhodnutí předsedy Úřadu (bod 42.), že zadavatel, veden legitimní snahou zavázat jakéhokoliv dodavatele nového ISMS k provedení primární migrace dat do tohoto systému v situaci, kdy nebylo ani zřejmé, ze kterého systému a jaký rozsah dat bude migrován, vymezil provedení migrace relativně obecně a přenesl tak riziko za provedení migrace dat na dodavatele, což je postup hospodárný, racionální a obvyklý. Ze skutkových okolností a podstaty primární migrace dat je zřejmé, že se zpravidla bude jednat o do určité míry nejisté plnění, i takové plnění však zadavatel může požadovat a je na dodavatel, aby posoudil, zda je schopen nejisté plnění odhadnout a ocenit.
61. K předchozímu odstavci soud dodává, že opětovně tvrzené zvýhodnění společnosti TESCO SW je rovněž ve zde zvažovaných souvislostech poměrně spekulativní a náchylné ke zpochybnitelnosti. Ani společnost TESCO SW totiž nemohla mít jistotu, ze kterého informačního systému bude docházet k migraci dat, zda to bude stávající nebo provizorní ISMS (takovou jistotu ostatně nemohla mít ani společnost IBM, ani nikdo jiný). Soud znovu připomíná, že smlouva na provizorní ISMS nebyla ani k datu podání nabídek na nový ISMS podepsána, společnost TESCO SW dosud nezapočala s plněním [ohledně těchto otázek soud přiměřeně odkazuje na část IV.b) tohoto rozsudku], když celý proces případného zavádění i provizorního ISMS byl problematizován postupy společnosti IBM (blíže rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74).
62. Kromě společností TESCO SW a IBM, které podaly nabídku, vyjádřily schopnost v daném smyslu nabídku rovněž podat i další subjekty. Soud tedy i na základě toho nepovažuje žalobcovu argumentaci za důvodnou a neshledává porušení ustanovení ZZVZ zmíněných v bodě 54. tohoto rozsudku.

#### *IV.d) Nastavení kvalifikačních požadavků*

63. Další žalobní bod soud stručně přiblížil v bodě 28. tohoto rozsudku. I zde jsou relevantní ustanovení § 6 odst. 1 a 2, § 28 odst. 1 písm. a) bod 2 a § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ, jak je soud citoval v bodech 32. a 54. tohoto rozsudku. K tomu pak přistupuje § 28 odst. 1 písm. c) ZZVZ, dle kterého se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku, či § 37 odst. 1 písm. a) ZZVZ, dle kterého podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako podmínky kvalifikace.

64. S výše uvedeným souvisí také další ustanovení ZZVZ. Jedná se tak o § 73 odst. 6 ZZVZ, dle něhož „*[p]okud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.*“
65. Dále podle § 79 odst. 1 ZZVZ „*[k]ritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.*“ Dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat „*seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.*“ Podle § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat „*seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.*“ Konečně dle § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat „*osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným dodávkám, službám nebo stavebním pracem, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou dodávky, služby nebo stavební práce poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům.*“
66. Rovněž v tomto případě se žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí věnoval jednotlivým částem zadávací dokumentace, které se týkaly sporných otázek, mj. předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky. Přitom konstatoval, že předpokládaná hodnota „dodávky a implementace ISMS a jeho provozu a podpory“ činila 458 137 000 Kč bez DPH, a tzv. „rámcové plnění“ (fakultativní část předmětné veřejné zakázky) 52 100 000 Kč bez DPH. Ve vztahu k těmto jednotlivým částem se věnoval těm článkům zadávací dokumentace, které se vztahovaly k obsahu rámcového plnění a s ním souvisejícím kvalifikačním požadavkům (viz body 159. až 171. prvostupňového rozhodnutí). I zde pak žalovaný oslovil potenciální dodavatele na IT trhu, a to za účelem sdělení, zda by byli splnit požadované kritérium kvalifikace dle čl. 4.5.1. bodu 3 zadávací dokumentace (seznam významných dodávek). Jednalo se konkrétně o společnosti MARBES CONSULTING s.r.o., AUTOCONT a.s., OKsystem a.s., S&T CZ s.r.o., PHYSTER TECHNOLOGY, a.s., NESS Czech s.r.o., MAGION system, a.s., GORDIC spol. s r.o., ICZ a.s., SAP ČR, AssecoSolutions, a.s., a S&T CEE Holding s.r.o. Daný článek týkající se kvalifikace přitom stanovil, že „*[d]odávka zahrnující implementaci technické platformy pro integraci informačních systémů na bázi architektury typu ESB a její následná údržba, včetně implementace integračních rozhraní, workflow a procesů nad integrační platformou. Dodávka musí zahrnovat celou komplexní dodávku integrační platformy, tj. předimplementační analýzu, návrh, implementaci, testování a provoz integrační platformy. Finanční objem každé z významných dodávek dle tohoto bodu č. 3 za posledních 5 let musí činit minimálně 10.000.000 Kč bez DPH.*“ Byly požadovány „*[m]inimálně 2 významné dodávky v oblasti dodávky, provozu a rozvoje produktu integrační platformy.*“
67. Obdobně jako v bodě 56. tohoto rozsudku považuje soud daný postup žalovaného za účelem posouzení přiměřenosti kvalifikačních požadavků za vhodný a relevantní. Na jeho základě pak vyplynulo, že z oslovených subjektů společnosti PHYSTER TECHNOLOGY, a.s., a OKsystem a.s., žalovanému sdělily, že jsou schopny splnit kritérium technické kvalifikace dle čl. 4.5.1 bod 3 zadávací dokumentace. Společnost S&T CEE Holding s.r.o. uvedla, že s ohledem na působení v rámci holdingu není schopna poskytnout odpověď a společnost SAP ČR sdělila, že nevystupuje v pozici dodavatele. Ostatní subjekty specifikované v předchozím odstavci uvedly, že nespĺňují zadavatelem stanovená kritéria technické kvalifikace (viz také bod 174. prvostupňového rozhodnutí).

68. V tomto směru soud konstatuje, obdobně jako tomu činil žalovaný ve vyjádření k žalobě, že žalobcovo zdůrazňování schopnosti (toliko) dvou subjektů z dvanácti splnit kvalifikační předpoklady, nemůže vést k závěru, že pro zákonnost zadávací dokumentace je třeba, aby kvalifikační předpoklady splnil každý dotázaný subjekt, když navíc kvalifikační předpoklady splnily i společnosti IBM a TESCO SW, celkem tedy minimálně čtyři subjekty, přičemž s ohledem na tuto skutečnost nelze vyloučit ani existenci dalších takových subjektů. Dále za situace, kdy žalobce úvahu žalovaného, že jsou dány důvody pro kvalifikační požadavek na dvě zakázky na integrační platformu (viz bod 183. prvostupňového rozhodnutí, s nímž se soud v zásadě ztotožňuje, popř. bod 50. rozhodnutí předsedy Úřadu), označuje za „banální“, bylo by možné v obdobném gardu nahlížet i na žalobcovo v podstatě obecné zpochybňování předmětného požadavku. Důležitost předmětné veřejné zakázky a jejího předmětu pro zadavatele pak do jisté míry ospravedlňuje i snahu minimalizovat rizika, mezi něž patří i intenzita a rozsah požadavků na případné dodavatele, když nedostatečné plnění případně vybraného dodavatele by mohlo činnost zadavatele až paralyzovat.
69. Pokud jde o navázání kvalifikačních předpokladů na disponibilní plnění, obecně nelze dle ZZVZ takovou možnost vyloučit, a to např. s přiměřeným přihlédnutím k § 131 ZZVZ. K této otázce se vyjádřil žalovaný v bodě 180. prvostupňového rozhodnutí a zdejší soud s ním v tomto ohledu v zásadě souhlasí. V podrobnostech tak lze uvést, že se žalovaný vyjádřil tak, že za správnost a úplnost zadávacích podmínek je odpovědný zadavatel, což vyplývá z § 36 odst. 3 ZZVZ. Je to také pouze zadavatel, který zná své potřeby, které mají být splněním veřejné zakázky uspokojeny, a jako takový pouze on může vymezit, co má, či nemá být součástí plnění veřejné zakázky. Zadavatel, který je v procesu zadávání současně podnikatelem, je oprávněn stanovit zadávací podmínky tak, aby snížil míru vlastního podnikatelského rizika, proto mu nelze přičítat k tíži, že si vyhradil, že nemusí určitou část plnění odebrat. Je pak na konkrétním dodavateli, aby si vyhodnotil, zda mu takto stanovené podmínky vyhovují, či nikoliv a zda je míra podnikatelského rizika, kterou pro něho může představovat odebrání, nebo neodebrání konkrétního plnění, přijatelná. V případě, že by byla bez dalšího akceptována žalobcova argumentace, pak by prakticky nebylo možné zadat žádnou rámcovou dohodu (dle § 131 a násl. ZZVZ), a současně požadovat technickou kvalifikaci, neboť ani z rámcové dohody rovněž nevzniká závazek plnění odebrat.
70. Soud se tedy ztotožňuje s žalovaným, že ZZVZ obecně připouští, aby se kvalifikační kritéria vztahovala k plnění, které není zadavatel povinen odebrat. Zároveň chystá-li se zadavatel pořídit nějaké plnění (uzavřít smlouvu), avšak vyhradil si možnost určité plnění nepožadovat nebo jej požadovat až bude-li to vhodné, nelze takovému jednání automaticky přisuzovat zlou víru, jak tomu v podstatě činí žalobce, a spatřovat v něm snahu o diskriminaci určitých dodavatelů.
71. Pokud se také zadavatel daným rozsáhlým způsobem věnuje plněním – definuje je –, která by snad ve skutečnosti neměl úmysl odebrat, bylo by možné jeho jednání zpochybnit pouze osvědčením jeho zlé víry, tedy že tak tedy činí např. z důvodů majících narušit hospodářskou soutěž. Dle názoru soudu však takové motivy nelze ve věci seznat. Ostatně skutečnosti, že zadavatel spíše má v úmyslu žalobcem problematizovaná plnění odebrat, nasvědčují i některé části zadávací dokumentace, na které poukazyval žalovaný již v prvostupňovém rozhodnutí. Význam zde má např. čl. 1.2.2.1. „*Požadavky na rozvojové funkcionality nového ISMS*“ Přílohy č. 1 „*Technická a funkční specifikace (vymezení věcné oblasti plnění)*“ k Příloze č. 5 – „*Vzorová smlouva o vytvoření, podpoře a rozvoji nového Informačního systému*“ zadávací dokumentace veřejné zakázky, kde je uvedeno: „*Tato podkapitola obsahuje rámcové požadavky na rozvojové funkcionality, které by měly být výhledově přidány k hlavním funkcionalitám nového ISMS.*“ (pozn.: zvýraznění doplnil KS v Brně) Zadávací dokumentace tedy, jak již bylo řečeno, nasvědčuje tomu, že nadstavbové funkcionality, k nimž se váží i některé kvalifikační předpoklady, má zadavatel skutečně v úmyslu odebrat. Rovněž nelze říci, že by nadstavbové funkcionality byly plněním nijak zřejmě nesouvisejícím s ostatními částmi plnění veřejné zakázky či činností zadavatele. Zmíněný čl. 1.2.2.1. Technické a



funkční specifikace vyjmenovává nadstavbové funkcionality jako „*Správa budov a vybavení; Energetický management; Sledování investičních potřeb a tvorba rozpočtů; Elektronické dražby; Pohled na podlaží budov; Personální pasport pracovních míst*“ a tyto funkcionality jsou pak dále specifikovány. Není tak zřejmé, že by žádaná nadstavbová plnění nesouvisela se správou majetku státu a činností zadavatele. Jak již bylo rovněž zmíněno, z ničeho konkrétního nevyplývá, že by zadavatel požadoval nadstavbová plnění, která nemá v úmyslu odebrat, pouze s úmyslem vázat na ně kvalifikační předpoklady a tím bezdůvodně omezit hospodářskou soutěž. Jeví se, že v případě možnosti nadstavbová plnění neodebrat se jedná o běžnou smluvní opatrnost zadavatele spojenou s péčí řádného hospodáře. Zároveň soud s odkazem na shora vyčíslené hodnoty dodávky a její části (bod 65. rozsudku) nepovažuje objem a finanční hodnotu případných nadstavbových funkcionalit „*za zcela marginální*“, jak uvádí žalobce, a v této souvislosti nepovažuje rozsah technické kvalifikace, která se k nim váže, za neadekvátní.

72. Druhá část žalobcovy argumentace v rámci tohoto žalobního bodu se týkala nutnosti prokázat dispozice členy týmu podílejícími se na disponibilním plnění již v rámci prokazování kvalifikace místo např. v rámci požadavků na referenční zakázky či jako podmínky pro uzavření smlouvy.
73. I zde lze dle názoru soudu podpůrně zmínit důležitost předmětné veřejné zakázky pro zadavatele. Zároveň soud akceptuje, s ohledem na určité opakování námitek uvedených v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, v rozkladu a v žalobě, úvahy obsažené v rozhodnutí předsedy Úřadu, které aprobovaly obdobné závěry žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí (neboť žalobní námitky jsou pokračováním v zásadě totožné návrhové a rozkladové polemiky):
74. Soud tak uvádí, že podobné závěry jako ke kvalifikačnímu požadavku na dvě zakázky v souvislosti s nadstavbovými funkcionalitami lze učinit i ve vztahu k možnosti vázat kvalifikační požadavky zadavatele na členy realizačního týmu dodavatele, kteří se mají podílet právě na realizaci nadstavbových funkcionalit. Je dle soudu možné vycházet z toho, že požadavek na členy týmu je kvalifikačním předpokladem vypovídajícím o schopnosti dodavatele zakázku plnit. Jak vyplývá z výše uvedeného, takové subjekty na trhu existují; dané kvalifikační kritérium pak s ohledem na to, že předchází případnému pozdějšímu zjištění, že vybraný dodavatel nedisponuje příslušnými techniky, není zjevně nepřiměřené předmětu plnění veřejné zakázky. Lze se ztotožnit i s úvahou předsedy Úřadu, že členové týmu podílející se na disponibilním plnění nemusí být uchazečem o veřejnou zakázku fakticky placeni po celou dobu plnění veřejné zakázky – i kdyby to ovšem byla pravda, postihuje tento požadavek všechny dodavatele stejně, když každý dodavatel by musel těmto svým zaměstnancům (či poddodavatelům) platit mzdu (odměnu) a tedy by oproti jiným dodavatelům nebyl zvýhodněn. Ze zadávací dokumentace ale neplyne, že by členové realizačního týmu dodavatele podílející se na nadstavbových funkcionalitách museli být po celou dobu plnění veřejné zakázky jeho zaměstnanci (či být jinak odměňováni). Jak uvedl i předseda Úřadu, v čl. 4.5.2 zadávací dokumentace zadavatel připustil jiné formy zajištění členů realizačního týmu, když stanovil, že „*[z]adavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace [...] požaduje předložení jmenného seznamu alespoň 25 techniků – členů realizačního týmu [...], kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky (bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli)*“. Stanovená kvalifikační kritéria ve vztahu k členům týmu zhotovujících nadstavbové funkcionality tak nejsou diskriminační, když postihují všechny dodavatele stejně a taktéž se nejeví zjevně nepřiměřená plnění veřejné zakázky; jak již bylo řečeno, minimálně čtyři subjekty, které splňují zadavatelovy požadavky, byly dokazováním zjištěny.
75. V návaznosti na závěry uvedené v předchozím bodě lze odkázat i na bod 185. prvostupňového rozhodnutí, v němž žalovaný rozvedl, že nelze po zadavateli požadovat, aby připustil účast dodavatele, jehož zaměstnanci se budou v průběhu plnění veřejné zakázky něco „*doučovat*“. Je naopak pochopitelné, že při zadávání veřejné zakázky pro zadavatele zásadního charakteru tento stanoví přísnější kritéria kvalifikace a bude požadovat doložení dispozice s osobou, která již požadovanými vlastnostmi disponuje.

76. Je také možné dodat, že žalobcův argument, dle kterého měl zadavatel požadavky kvalifikace týkající se „disponibilního plnění“ vyžadovat až jako součinnost před uzavřením smlouvy, není příliš nosný. Není v konečném důsledku rozdílu, pokud je uvedený požadavek stanoven jako podmínka kvalifikace nebo jako podmínka součinnosti před uzavřením smlouvy, neboť v obou případech vede nesplnění této podmínky k vyloučení z účasti v zadávacím řízení, byť s „fázovým posunem“. Zároveň jestliže by takto stanovené podmínky byly skutečně nezákonné, byly by stejně nezákonné i v podobě podmínek součinnosti před uzavřením smlouvy.
77. V úzké vazbě na shora uvedené závěry tak soud nepovažuje za důvodné ani námitky formulované v bodě 48. a 50. žaloby (požadavek na technika na pozici implementátor/administrátor integrační platformy a programátora – integrační platforma, jejichž činnosti se dle žalobce z velké části překrývají, a argumentace vážící se k dopadu předmětné veřejné zakázky zejména na český a slovenský IT trh). Jak v prvostupňovém rozhodnutí uvedl žalovaný, sama žalobcova argumentace připouští, že činnost příslušného technika a programátora se nepřekrývají zcela a z tohoto pohledu, při zohlednění důležitosti zakázky, lze pochopit zadavatelův požadavek na dispozici specializovaným a kvalifikovaným pracovníkem. Existence možných dodavatelů pak byla prokázána v rámci řízení před žalovaným, lze tudíž dovozovat, že hospodářská soutěž nebyla bezdůvodně, neproporcionálně či jinak nezákonně omezena.
78. Soud tak neshledal ani tento žalobní bod důvodným a nedospěl k závěru o porušení příslušných ustanovení ZZVZ. S ohledem na to, že rozhodnutí předsedy Úřadu reaguje na všechny relevantní námitky, nelze seznat ani nepřezkoumatelnost tohoto rozhodnutí (což soud konstatuje i k ostatním žalobním bodům).

#### *IV.e) Postavení společnosti TESCO SW v řízení před soudem*

79. Postavením společnosti TESCO SW v nynějším soudním řízení se zabývá výrok I. tohoto rozsudku. V něm zdejší soud dospěl k závěru, že jmenovaná společnost není osobou zúčastněnou na řízení.
80. K dané problematice soud uvádí, že v dosavadním řízení se společností TESCO SW jednal jako s osobou zúčastněnou na řízení ve smyslu § 34 s. ř. s. Možné „přímé dotčení na právech“ dle § 34 odst. 1 s. ř. s., jakožto materiální podmínka pro postavení osoby zúčastněné na řízení, soud v první fázi řízení nemohl bez dalšího ověřit, a to také s přihlédnutím k tomu, že se daný subjekt jako případná osoba zúčastněná na řízení do řízení aktivně přihlásil podáním ze dne 29. 10. 2020 (tím by byla naplněna formální podmínka pro dané postavení v rámci soudního řízení), resp. již podáním ze dne 15. 10. 2020, v němž tvrdil přímé dotčení na právech a uváděl, že žalobce „svým návrhem brojí proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže [...], kterým předseda ÚOHS potvrdil rozhodnutí o výběru dodavatele, a to společnosti TESCO SW a.s.“.
81. Již v žalobě přitom žalobce společnost TESCO SW označoval jako „vybraného dodavatele“, přičemž nebylo zcela jasné, zda toto označení vztahuje toliko k veřejné zakázce na provizorní ISMS, nebo také k veřejné zakázce na nový ISMS.
82. Také osoba zúčastněná na řízení v podání ze dne 19. 10. 2020 společnost TESCO SW označovala jako „vybraného dodavatele“ a zároveň uvedla, že by Krajský soud v Brně měl zvážit, zda by jmenovaná společnost neměla vystupovat jako osoba zúčastněná na řízení, a to minimálně pro účely rozhodování o návrhu na vydání předběžného opatření, neboť případným předběžným opatřením by mohla být značně dotčena na svém právu na smluvní volnost.
83. S přihlédnutím k potřebě urychleného rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření, v kombinaci s podklady, které zatím měl soud k dispozici, a sdělení žalobce, osoby zúčastněné na řízení a společnosti TESCO SW tak soud prozatím jednal s touto společností jako s osobou zúčastněnou na řízení. Zde uvedené subjekty totiž v podstatě sdělovaly, že se jedná o přímo dotčenou osobu, které je vybraným dodavatelem. Bylo totiž třeba vzít v potaz, že dle § 256 ZZVZ je účastníkem řízení o návrhu dle § 250 a násl. ZZVZ „zadavatel a v řízení zahájeném na návrh

*též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání výběru dodavatele nebo výběru návrhu v soutěži o návrh, je účastníkem řízení též vybraný dodavatel nebo vybraný účastník soutěže o návrh.*“ Jako s osobou zúčastněnou na řízení soudní praxe s vybraným dodavatelem běžně jedná (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 1. 2021, č. j. 62 Af 59/2020).

84. V průběhu řízení však soud ověřil, že společnost TESCO SW není v případě veřejné zakázky na nový ISMS vybraným dodavatelem a nynější řízení se skutečně netýkalo „*přezkoumání výběru dodavatele*“. S ohledem na to soud vyslovil výrokem I. tohoto rozsudku, že společnost TESCO SW není osobou zúčastněnou na řízení, neboť nesplňuje zákonné podmínky (viz § 34 odst. 4 s. ř. s.), zejména u ní není dáno přímé dotčení na právech. V opačném případě by soudy musely za osoby zúčastněné na řízení považovat prakticky všechny subjekty, které podaly nabídku, či které jsou účastníky zadávacího řízení dle § 47 odst. 1 ZZVZ – tomu však judikatura správních soudů neodpovídá a v tomto smyslu nelze z § 34 odst. 1 s. ř. s. dovodit jejich přímé dotčení na právech.

### V. Závěr a náklady řízení

85. Na základě výše uvedeného soud žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.
86. Soud k věci také dodává, že o žalobě rozhodoval přednostně v souladu s § 56 odst. 1 s. ř. s., neboť pro takový postup s ohledem na charakter věci a na to, že v řízení vydal předběžné opatření, shledal dostatečně závažné důvody; možnost takového postupu ostatně avizoval již v příslušném usnesení ze dne 6. 11. 2020, č. j. 29 Af 63/2020-164, přičemž odůvodněnou žádost o přednostní projednání věci formulovala v podání ze dne 9. 11. 2020 rovněž osoba zúčastněná na řízení (srov. také obdobný postup soudu v související věci v rozsudku ze dne 14. 1. 2021, č. j. 62 Af 59/2020-129); viz výše.
87. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta) a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročež mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.
88. Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Soud osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost neuložil, právo na náhradu nákladů tak tato osoba nemá.

### Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 13. dubna 2021

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.  
předsedkyně senátu