



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Radovana Havelce a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobkyně **O2 Czech Republic a.s.**, (dříve Telefónica Czech Republic, a.s.), se sídlem Praha 4, Za Brumlovkou 2/266, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti **Koordinačního střediska pro resortní zdravotnické informační systémy**, se sídlem Praha 4, Vídeňská 1958/9, zastoupeného JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, o přezkoumání rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 3. 2014, č. j. 62 Af 109/2012 - 95,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

Včas podanou žalobou u Krajského soudu v Brně se žalobkyně domáhala zrušení rozhodnutí ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs (dále jen „napadené rozhodnutí“), jímž předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zamítl její rozklad a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOne. Tímto rozhodnutím byl zamítnut návrh žalobkyně o přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Vytvoření a implementace základu jednotné technologické platformy včetně identity managementu, platformy pro vytěžování dat a napojení na základní registry veřejné správy“ v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“)

zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného a věc mu vrátil k dalšímu řízení rozsudkem ze dne 20. 3. 2014, č. j. 62 Af 109/2012 - 95.

V tomto rozsudku (dále jen „napadený rozsudek“) krajský soud vypořádal námitky uplatněné žalobkyní ve všech žalobních bodech. Opodstatněnými shledal ty, které dovozovaly nedostatečné vypořádání námitek vztahujících se k požadavku zadávací dokumentace veřejné zakázky (dále jen „zadávací dokumentace“) na prokázání vzdělání vybraných osob (zaměstnanců) dodavatele (bod IV. 2. napadeného rozsudku) a dále k požadavku na prokázání referenčních plnění dodavatele a na reference týkající se konkrétních osob na straně dodavatele (bod IV. 4. napadeného rozsudku). V těchto částech krajský soud shledal, že je napadené rozhodnutí, pokud jde o vypořádání námitek žalobkyně k uvedeným technickým kvalifikačním požadavkům zadávací dokumentace, nepřezkoumatelné pro nedostatek skutkových důvodů, které tudíž nemohly být ani řádně právně hodnoceny.

K požadavku zadávací dokumentace na prokázání vzdělání vybraných osob (zaměstnanců) dodavatele dospěl krajský soud v bodě IV. 2. napadeného rozsudku k závěru, že předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí, ani před ním správní orgán I. stupně, se dostatečně konkrétně nevypořádali s tvrzením žalobkyně, že zadávací dokumentace je v této části nejasná a nesrozumitelná. Výtky žalobkyně směřovaly k technickým kvalifikačním požadavkům, jež se týkaly odborného vzdělání osob, které měly být odpovědné za poskytování příslušných služeb. U nich osoba zúčastněná na řízení (dále jen „zadavatel“) podle zadávací dokumentace vyžadovala ukončené vysokoškolské či středoškolské vzdělání technického směru, což na základě žádosti žalobkyně v dodatečné informaci upřesnila tak, že vzděláním technického směru se rozumí vzdělání, které není přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného podobného směru. Podle krajského soudu však námitka žalobkyně, která byla uplatněna kvůli nejasnosti a nesrozumitelnosti tohoto požadavku zadávací dokumentace, nebyla v napadeném rozhodnutí argumentačně vypořádána, přitom ani po upřesnění tohoto technického kvalifikačního požadavku ze strany zadavatele veřejné zakázky nebylo lze usoudit na to, zda takový kvalifikační požadavek budou splňovat příkladmo i absolventi ekonomických či přírodovědných fakult. Zde krajský soud vytkl žalovanému, že jeho rozhodnutí vydané v I. stupni k této otázce nezaujalo žádný postoj, nýbrž poukázalo na stanovisko zadavatele a že obdobně k věci přistoupil i předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí.

Námitkami žalobkyně, které se vztahovaly k nedostatečnému vypořádání jejích výhrad k požadavku zadávací dokumentace na prokázání referenčních plnění dodavatele a na reference týkající se konkrétních osob na straně dodavatele se krajský soud, jak již shora uvedeno, zabýval v bodě IV. 4. napadeného rozsudku. Zde krajský soud uzavřel, že v napadeném rozhodnutí, ale ani v prvostupňovém rozhodnutí žalovaného, nebyla vypořádána argumentace žalobkyně k přiměřenosti požadavků na kvalifikaci, jak byly formulovány zadavatelem v zadávací dokumentaci v bodě 3.5. Podle krajského soudu se správní orgány obou stupňů ve svých rozhodnutích konkrétně nevypořádaly s jednotlivě žalobkyní formulovanými výhradami a argumenty. V nich žalobkyně jednak dovozovala možnost uzavření trhu s obdobnými dodávkami služeb do zdravotnictví, pokud mají být reference týkající se plnění dodavatele i konkrétních osob na straně dodavatele požadovány pouze z oblasti zdravotnictví, dále argumentovala nepřiměřeností zvolených kvalifikačních požadavků vzhledem k tomu, že předmětem plnění má být výlučně vytvoření funkční databáze (registru), nikoliv její provoz a konečně namítala, že i kvalifikační požadavky uplatněné v zadávací dokumentaci ve vztahu k jednotlivým osobám – zaměstnancům dodavatele jsou shodně vyžadovány z oblasti zdravotnictví, a proto mají diskriminační charakter.

Podle krajského soudu se napadené rozhodnutí v argumentaci k uvedeným námitkám omezilo toliko na obecný závěr, že přiměřenost v zadávací dokumentaci uplatněného požadavku

pokračování

(na reference z oblasti zdravotnictví) je dána tím, že v oblasti zdravotnictví se nakládá s citlivými daty, a tím, že je třeba, aby osoby realizující plnění měly potřebné zkušenosti a vzdělání, aniž současně obsahovalo i konkrétní závěr k posouzení přiměřenosti takto nastavených kvalifikačních požadavků vzhledem k povaze předmětu plnění (vytvoření funkční databáze) a aniž také vzalo v úvahu, zda nastavení kvalifikačních požadavků nevykazuje skrytou formu nepřijatelné diskriminace, což by bylo v rozporu se zásadami plynoucími z § 6 ZVZ. Z uvedených důvodů krajský soud napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a vrátil předsedovi žalovaného k dalšímu řízení.

Rozsudek krajského soudu napadl žalovaný (dále jen „stěžovatel“) včas podanou kasační stížností, v níž tvrdí kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) z. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), tedy nezákonnost napadeného rozsudku spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Podstatou námitek stěžovatele v kasační stížnosti je jeho nesouhlas se závěry, které přijal krajský soud v bodech IV. 2. a IV. 4. napadeného rozsudku ohledně nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí předsedy stěžovatele. Stěžovatel k závěrům obsaženým v bodě IV. 2. napadeného rozsudku poukazuje na obsah odůvodnění žalovaného v bodech 100. a 102., kde se tento věcně vypořádal s námitkami žalobkyně týkajícími se požadavku v zadávací dokumentaci na „*vzdělání technického směru*“ a nesouhlasí se závěrem krajského soudu, který v napadeném rozsudku uvedl, že žalovaný pouze převzal odpověď zadavatele obsaženou v žádosti o dodatečnou informaci žalobkyně dle § 49 ZVZ. Poukázal také na to, že předseda stěžovatele tuto argumentaci žalovaného rozvedl tak, že „...je třeba se zabývat otázkou, kdy mohl dodavatel seznat, co zadavatel myslí pojmem *vzdělání technického směru*, neboť otázku toho, co zadavatel považuje, nebo spíše nepovažuje za *vzdělání technického směru*, již rozebral jak Úřad v napadeném rozhodnutí, tak sám zadavatel...“, což je podle stěžovatele dostatečně konkrétní a srozumitelný argument k výhradám žalobkyně v tomto bodě. Také se závěry krajského soudu v bodě IV. 4. napadeného rozsudku stěžovatel polemizuje a uvádí, že veškeré výtky uplatněné žalobkyní vypořádal konkrétní argumentací. V argumentaci k otázce možného uzavření trhu „navždy“ poukazuje zejména na bod 45. napadeného rozhodnutí. Stěžovatel má za to, že vypořádal i námitky k technickým kvalifikačním požadavkům na reference z oblasti zdravotnictví, když vyložil rozdíl mezi dodavatelem a zaměstnancem, který vytvořil, implementoval nebo provozoval informační systém v oblasti zdravotnictví pro subjekty nakládající s veřejnými prostředky, které mají veřejnoprávní charakter a těmi, kteří takový software vytvořili pro subjekt, který nenakládá s veřejnými prostředky a který nemá veřejnoprávní charakter a dovedl jednoznačně přiměřenost požadavku uplatněného zadavatelem v zadávací dokumentaci podle § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ [ve znění účinném od 1. 4. 2012; před tímto datem byla stejná úprava obsažena v § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ] vzhledem k druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Stěžovatel v kasační stížnosti také namítá, že v napadeném rozhodnutí byla vypořádána i argumentace žalobkyně na přiměřenost technických kvalifikačních předpokladů zadávací dokumentace vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky - tedy vytvoření funkční databáze, aniž je významné, zda je plnění placeno z veřejných prostředků a zda je určeno pro subjekt, který je založen a regulován předpisy veřejného práva. Proto stěžovatel nepovažuje napadené rozhodnutí v těchto otázkách za nepřezkoumatelné.

Žalobkyně, ani osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti nevyjádřily.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Přihlédl také k tomu, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by Nejvyšší správní soud musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4, věta za středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících

z ustanovení § 109 odst. 2, věty první s. ř. s. a po posouzení věci dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Jak bylo již shora uvedeno, stěžovatel namítá kasační důvod spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. V projednávané věci stěžovatel tvrdí, že krajský soud neprávě vyložil na případ dopadající ustavení § 6, § 44 a § 56 ZVZ, a to pokud jde o určitost a jasnost formulace požadavku zadávací dokumentace na „vzdělání technického směru“ vybraných osob dodavatele z pohledu transparentnosti zadávacího řízení a dále pokud jde o přiměřenost požadavků technických kvalifikačních předpokladů spočívajících v referenčních plněních dodavatele a konkrétních osob na jeho straně z pohledu respektování zásady zákazu diskriminace.

Oba okruhy sporných otázek se týkají technických kvalifikačních předpokladů vymezených zadavatelem v zadávací dokumentaci veřejné zakázky v bodě 3.5.

V prvním sporném okruhu otázek jde o vyhodnocení požadavku, který v této části zadávací dokumentace klade na osoby, které mají být odpovědné za poskytování služeb (expertní členy realizačního týmu), mezi nimiž mají být: hlavní konzultant IS, konzultant IS, architekt IS, architekt pro databázové systémy, vývojář SW, expert pro databázové systémy, expert pro statistické modely vytěžování dat, technologický expert pro bezpečnost informací a ochranu osobních údajů, expert pro oblast zdravotnictví, expert pro migrační a validační služby. U všech těchto osob je vyžadováno ukončené vysokoškolské nebo středoškolské vzdělání technického směru. Jak již výše uvedeno, v dodatečných informacích k zadávací dokumentaci č. 5 zadavatel dne 6. 1. 2012 upřesnil, že tímto vzděláním se rozumí vzdělání, které není přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného obdobného směru.

Podstatou věci tedy bylo posouzení, zda uvedený požadavek na vzdělání konkrétních 10 expertních členů realizačního týmu byl formulován dostatečně jasně a určitě z pohledu požadavků § 44 odst. 1, věta první ZVZ, podle něhož *zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky*. Uvedené zákonné ustanovení upřesňuje v § 6 ZVZ formulovanou obecnou zásadu transparentnosti veřejné zakázky, kterou je třeba respektovat vždy. Právě z této zásady také vyvěrá požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace.

Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem má za to, že ohledně uvedeného požadavku zadávací dokumentace v části 3.5 na vzdělání konkrétních osob – expertních členů realizačního týmu stěžovatel, ani předseda stěžovatele ve svých rozhodnutích dostatečně přesvědčivě a konkrétně nerozvedli, proč považují v této části zadávací dokumentaci za jasnou a určitou, tedy respektující zmíněnou zásadu transparentnosti dle § 6 ZVZ. Jak správně poukázal krajský soud, stěžovatel ve svém rozhodnutí zaměřil pozornost na problematiku § 49 ZVZ ohledně smyslu a účelu dodatečné informace, když právě v ní zadavatel „upřesnil“ tento technický kvalifikační požadavek bodu 3.5 zadávací dokumentace. Stěžovatel se však vůbec věcně nevyjádřil k tomu, zda po upřesnění, k němuž došlo ze strany zadavatele v dodatečné informaci č. 5 ze dne 6. 1. 2012 tak, že vzděláním technického směru „*je rozuměno vzdělání, které není přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného obdobného směru*“, již uvedený kvalifikační požadavek zásadu transparentnosti naplňuje, protože po jeho upřesnění je možno zadávací dokumentaci v uvedeném bodě považovat za dostatečně jasnou a konkrétní a z jakých konkrétních důvodů. Ani předseda stěžovatele, jak opět správně krajský soud zdůraznil, přes výhrady, které k této části zadávací dokumentace (opakovaně) žalobkyně uplatňovala, nezaujal konkrétní stanovisko obsahující důvody, které jej vedou k závěru, že tuto část zadávací dokumentace považuje za transparentní, neboť je jasná a určitá, a omezil svoje závěry

pokračování

na polemiku o tom, kdy mohla žalobkyně rozpoznat, *co zadavatel myslí pojmem „vzdělání technického směru“*; s nepřímo „mezi řádky“ vyjádřeným závěrem, že pokud se tak stalo ve lhůtě pro podání nabídek (což splněno bylo), pak upřesnění uvedeného kvalifikačního předpokladu na vzdělání 10 expertních členů realizačního týmu učiněné zadavatelem výše popsaným, vylučovacím způsobem již definovalo tyto kvalifikační požadavky určitě a jasně. Taková, navíc nepřímo vyjádřená, úvaha předsedy stěžovatele však postrádá *ratio*, jelikož pokud by uvedený kvalifikační požadavek na vzdělání konkrétních osob byl žalobkyni zřejmý a srozumitelný již ve lhůtě pro podání nabídek, pak by ani nečinila dotaz na jeho upřesnění a ani by v dalším průběhu proti nejasnosti tohoto požadavku nevystupovala (podáním námitek, návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele a rozkladem) a pokud by jí seznatelná v době rozhodné (tedy v průběhu běžící lhůty k podání nabídek) nebyla, pak by zřejmě nabídku vůbec nepodala. Pozdější zjištění obsahu uvedeného kvalifikačního požadavku pro ni totiž bylo irelevantní. Pokud by se i přes nejasnost o obsahu tohoto kvalifikačního požadavku na vzdělání konkrétních osob přesto veřejné zakázky zúčastnila, pak s nejistotou, zda z její strany byl uvedený kvalifikační požadavek dostatečně naplněn, a poznatek o tom, zda si jej vyložila správně, by získala až v okamžiku, kdy by již nemohla na věci ničeho změnit (v době posuzování kvalifikace). Pokud by se v takovém případě její premisa o této otázce ukázala být nesprávnou, pak by ani postupem dle § 59 odst. 4 ZVZ nebyla schopná dosáhnout změny a byla by pro nesplnění kvalifikačního požadavku konkrétních osob na jejich vzdělání z účasti na zadávacím řízení dle § 60 odst. 1 ZVZ vyloučena. Proto akademická otázka předsedy stěžovatele s výslovně neformulovanou odpovědí ohledně toho, kdy mohla žalobkyně obsah pojmu „vzdělání technického směru“ vyložit, a to navíc shodně s výkladem, který měl na mysli i zadavatel, se jeví jako zcela nevýznamná a nelze ji proto považovat za věcný, konkrétní a obsahově srozumitelný argument na výtky žalobkyně k této části zadávací dokumentace veřejné zakázky.

Je zřejmé, že v zadávací dokumentaci použitý pojem „vzdělání technického směru“ připouští různé výklady. Pokud předseda stěžovatele k této otázce v odůvodnění napadeného rozhodnutí v bodě 48 uvedl, že je třeba tento požadavek „*vykládat ve spojení s předmětem veřejné zakázky a je třeba přiblížnout k obsahu studovaného oboru*“ a také, že „*Nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby vypsál všechny studijní obory, které je ochoten přijmout při prokázání technického kvalifikačního předpokladů*“, je třeba na druhou stranu argumentovat tím, že v žádném případě nelze na dodavateli spravedlivě požadovat, aby se dohadoval, co v zadávací dokumentaci neurčitě formulovaným kvalifikačním požadavkem zadavatel mínil. Není totiž povinností budoucího uchazeče o veřejnou zakázku, aby domýšlel význam a obsah jednotlivých kvalifikačních předpokladů obsažených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, nejsou-li formulovány jednoznačně, jak tomu bylo v daném případě. Uvedeným závěrem současně předseda stěžovatele zčásti popřel i obsah dodatečné informace č. 5 poskytnuté zadavatelem. V ní totiž zadavatel výslovně vyloučil přírodovědný směr vzdělání (tedy i žalobkyní dotazované obory, které jsou aplikovaná matematika, aplikovaná informatika či biomedicínská informatika). Naopak řada oborů z povahy věci „technického“ směru, jak je obsah tohoto pojmu vnímán v běžném slova smyslu, jako například strojírenské či stavební obory, by z hlediska předmětu plnění veřejné zakázky nebyla vhodných, avšak striktně vzato by naplňovaly onen kvalifikační předpoklad na „vzdělání technického směru“.

Z uvedeného je zjevné, že vzhledem k absentující jednoznačné, konkrétní a srozumitelné argumentaci předsedy stěžovatele i stěžovatele samotného k vytýkané části technických kvalifikačních požadavků zadávací dokumentace ohledně požadavků na vzdělání 10 expertních členů realizačního týmu dodavatele, nelze než souhlasit se závěrem krajského soudu o tom, že rozhodnutí předsedy stěžovatele o této otázce je nepřezkoumatelné. Požadavek na transparentnost veřejné zakázky formulovaný v § 6 ZVZ, promítající se v dostatečně konkrétní a určitě formulované zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných

pro zpracování nabídky (§ 44 odst. 1 ZVZ), je s ohledem na shora uvedené zcela zásadní a je třeba jej vždy plně respektovat.

Nejvyšší správní soud posuzoval také druhý okruh sporných otázek, který se týkal části technických kvalifikačních předpokladů na referenční plnění dodavatele a také na reference vážící se ke konkrétním osobám na straně dodavatele. Také v tomto bodě krajský soud považoval napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Nejvyšší správní soud i zde závěrům krajského soudu v napadeném rozsudku (až na dále uvedenou výjimku) přisvědčil a má ve shodě s ním za to, že konkrétní argumentace žalobkyně, kterou tato setrvala již v námitkách proti zadávací dokumentaci a následně i v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele a poté i v rozkladu uplatňovala, nebyla ze strany stěžovatele a zejména předsedy stěžovatele v napadeném rozhodnutí dostatečně konkrétně vypořádána. To však bylo nezbytným tím spíše, že v napadeném rozhodnutí byla věcná argumentace žalobkyně shledána neopodstatněnou. Zejména proto bylo třeba zcela konkrétně a jednoznačně vypořádat vše, co bylo žalobkyní vytkáno k této části zadávací dokumentace veřejné zakázky, aby byla přesvědčivě rozptýlena představa žalobkyně o netransparentnosti veřejné zakázky či o možné diskriminaci některých dodavatelů potenciálně se o účast v zadávacím řízení ucházejících. I když předseda stěžovatele v napadeném rozhodnutí k námitkám žalobkyně k této části zadávací dokumentace jistou úvahu předstřel, zůstala v rovině úvah obecných.

K tomu je však také třeba uvést, že Nejvyšší správní soud nesdílí názor vyslovený krajským soudem na straně 16 ve druhém odstavci napadeného rozsudku ke kvalifikačním požadavkům zadávací dokumentace dle § 56 odst. 2 písm. b) ZVZ, kde soud uzavřel, že „*[ž]alovaný se žádnou konkrétní úvahou nevyjadřuje ani k podstatné skutečnosti, že v rámci uplatnění požadavku na technickou kvalifikaci může zadavatel podle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ požadovat reference samotného dodavatele, nikoli jeho zaměstnanců (či fyzických osob v jiném vztahu s dodavatelem), přitom ve vztahu ke konkrétním osobám může požadovat toliko seznam těch, jež se budou na plnění veřejné zakázky podílet (§ 56 odst. 2 písm. b) ZVZ), a osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci (§ 56 odst. 2 písm. e) ZVZ), nejvýše spolu s přehledem průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru (§ 56 odst. 2 písm. g) ZVZ).*“

Žalobkyně totiž v žalobě nenamítala, že by požadavek na reference vážící se ke konkrétním osobám dodavatele byl v zadávací dokumentaci uplatněn v širším rozsahu, než připouští § 56 odst. 2 písm. b) ZVZ, podle něhož *může veřejný zadavatel požadovat seznam techniků či technických útvarů, jež se budou na plnění veřejné zakázky podílet*. Krajský soud přesto v napadeném rozsudku na straně 16, ve druhém odstavci vytkl napadenému rozhodnutí, že v tomto směru neobsahuje jakoukoliv konkrétní úvahu. Nejvyšší správní soud však poukazuje na související § 56 odst. 7 ZVZ (ve znění účinném do 31. 3. 2012, který se váže k projednávanému případu), podle něhož je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení: *a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky*. To také ohledně jednotlivých expertních členů realizačního týmu zadavatel učinil, když kromě uvedení katalogu osob, které tzv. expertní realizační tým tvoří, uvedl i další požadavky [plně v souladu s § 56 odst. 7 písm. a), b) a c) ZVZ], které u nich vyžaduje splnit. Pokud žalobkyně tyto kvalifikační předpoklady u jednotlivých konkrétních osob zmiňovala, pak výtky směřovaly nikoliv k tomu, že by u nich vůbec reference neměly být vyžadovány, protože to nepožaduje zákon, nýbrž z hlediska případné diskriminace, jelikož zadavatel požadoval u těchto osob 2 reference, z nichž 1 reference se měla týkat dodávky, implementace či provozu informačních systémů pro subjekt veřejného práva v oblasti zdravotnictví s finančním rozsahem alespoň 20.000.000 Kč bez DPH (v posledních 3 letech). Právě takto nastavené referenční požadavky u jednotlivých osob na straně dodavatele považovala žalobkyně za diskriminační vzhledem k předmětu veřejné

pokračování

zakázky. Podle Nejvyššího správního soudu tedy samotný požadavek na předložení referencí u těchto osob není v rozporu s § 56 odst. 7 ZVZ, naopak je projevem transparentnosti veřejné zakázky.

Závěry krajského soudu v tomto bodě tedy jsou nadbytečné, neboť se zabývají „námitkami“, které žalobkyně v žalobě neuplatňovala. To však samo o sobě nečiní rozsudek krajského soudu nezákonným, neboť tyto jeho „nad rámec žalobních bodů“ uvedené závěry na straně 16 ve druhém odstavci napadeného rozsudku jsou bez vlivu na výsledek řízení, tedy je mohl korigovat ve svém rozhodnutí Nejvyšší správní soud (srovnej usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, publikované pod č. 1865/2009 Sb. NSS).

Podle § 50 odst. 3 ZVZ *veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky*. Podle § 56 odst. 2 písm. a) téhož zákona může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Konečně podle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ [ve znění účinném do 31. 3. 2012; nyní je stejná úprava obsažena v § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ] je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Ve světle uvedeného je zjevné, že přiměřenost technických kvalifikačních požadavků je třeba vždy posuzovat v souvislosti s konkrétním případem a přitom též vždy respektovat zásady vymezené v § 6 odst. 1 ZVZ, který každému zadavateli ukládá povinnost při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Nejvyšší správní soud se k otázce zákazu diskriminace i k otázce přiměřenosti kvalifikačních předpokladů podrobně vyjádřil v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 (publikovaném pod č. 1771/2009 Sb. NSS), na nějž přílehlavě odkazuje v napadeném rozsudku i krajský soud. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že *„zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnou účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“*. Zdejší soud v stejném rozsudku také dovodil, že není *„možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.“*

Každý zadavatel má v zadávací dokumentaci, např. formou definování technických podmínek či kvalifikačních požadavků možnost stanovit konkrétní parametry, bez jejichž splnění se dodavatel o veřejnou zakázku úspěšně ucházet nemůže. Uvedeným způsobem současně zadavatel ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Proto je třeba při nastavení těchto parametrů, požadavků či podmínek (v zadávací dokumentaci) dbát shora zmíněných zásad vymezených v § 6

ZVZ, jejichž respektování ostatně prolíná celým řízením o veřejných zakázkách. Jak již také Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 2. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55 vyjádřil, „*čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.*“

Právě otázka porušení zákazu (skryté) diskriminace při stanovení technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v prokázání referenčních plnění dodavatele a ruku v ruce s tím i referencí jednotlivých expertních členů realizačního týmu dodavatele byla předmětem námitek žalobkyně, které podle krajského soudu v napadeném rozhodnutí nebyly dostatečně konkrétně vypořádány. Nejvyšší správní soud neshledal, že by krajský soud posoudil otázku zákazu (skryté) diskriminace v rozporu s právní úpravou i jejím ustáleným výkladem (viz například citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152), jelikož úvahy o nastavení kritérií technických kvalifikačních požadavků v zadávací dokumentaci s ohledem na zákonný požadavek proporcionality jejich minimální úrovně s druhem, rozsahem i složitostí předmětu plnění veřejné zakázky byly předsedou stěžovatele i stěžovatelem samotným v jejich rozhodnutích vyloženy nedostatečně určitě.

Posouzení námitek žalobkyně k vytykané části zadávací dokumentace bylo ze strany správních orgánů obou stupňů učiněno toliko obecnými úvahami o nutnosti ochrany dat, která je ve zdravotnictví vyšší, než v jiných oblastech proto, že zneužitím či manipulací s citlivými daty může dojít k ohrožení zdraví a života osob (jak dovodil žalovaný), a u jednotlivých osob na straně dodavatele s ohledem na potřebu jejich zkušeností, bez reflexe na zákonný požadavek přiměřenosti technických kvalifikačních předpokladů k předmětu plnění veřejné zakázky. V napadeném rozhodnutí nebylo blíže rozvedeno, z jakých konkrétních důvodů je shledána technická zadávací dokumentace vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky přiměřenou, zejména proč (kromě obecně formulovaného závěru, že z důvodu vyšší míry citlivosti údajů, s nimiž je ve zdravotnictví nakládáno) je nezbytné, aby 3 reference dodavatele zahrnovaly „*dodávku, implementaci či provoz registrů, přičemž alespoň v jednom případě předmět těchto služeb zahrnoval dodávku, implementaci či provoz registrů legislativně regulovaných pro veřejnou správu*“ a aby se dvě další reference na straně dodavatele týkaly „*dodávky, implementace či provozu informačních systémů v oblasti zdravotnictví*“, a současně, aby „*tyto služby byly poskytovány subjektům v oblasti zdravotnictví, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva (dále jen „subjekt veřejného práva v oblasti zdravotnictví“)*“. Předmětem veřejné zakázky však byl nikoliv provoz, nýbrž vytvoření jednotné platformy pro provoz dosud ne zcela sourodých systémů různých registrů ve zdravotnictví za účelem zefektivnění sběru dat a vzájemné bezproblémové funkčnosti jednotlivých dosud vytvořených registrů. To plyne z účelu veřejné zakázky formulovaného v bodě 2.1 zadávací dokumentace.

Ani předseda stěžovatele, ani stěžovatel konkrétně nevyložili, jaký je rozdíl mezi registry legislativně regulovanými pro veřejnou správu a registry jinými, kromě již zmíněné argumentace potřebou zvýšené ochrany citlivých dat, které mají registry obsahovat, která je podle nich vyšší v sektoru veřejném, než u sektoru soukromého, a zájmem na stabilitě a bezchybném fungování. Je však zřejmé, že má-li obecně jakýkoliv registr (který zadavatel v zadávacích podmínkách definoval jako „*elektronický systém zaměřený na sběr, shromažďování a analýzu informací o předmětu zájmu registru*“) obsahující relevantní data splňovat účel, k němuž je vytvořen a následně užíván, je požadavek na ochranu v něm obsažených dat i zájem na bezchybnosti a stabilitě jeho fungování zcela prvořadým.

Obdobně absentuje v napadeném rozhodnutí úvaha o úměrnosti požadavku na reference, které se mají týkat služeb poskytovaných subjektům v oblasti zdravotnictví, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, který byl v zadávací dokumentaci vztažen nejen k subjektu dodavatele, ale i k expertním členům realizačního týmu. Zájmem každého ekonomického subjektu, nejen toho, který nakládá

pokračování

s veřejnými prostředky a je založen a regulován přepisy veřejného práva, je efektivní využití těchto vynakládaných prostředků a zde proto neplnou bez dalšího pro uvedenou veřejnou zakázku žádná specifika. I v tomto bodě byla argumentace v napadeném rozhodnutí i v rozhodnutí stěžovatele obecná, aniž byla rozvedena ve vztahu k předmětu plnění dané veřejné zakázky z pohledu požadavků § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ a § 6 ZVZ.

Konečně pokud předseda žalovaného k námitce žalobkyně týkající se požadavku na reference expertních členů realizačního týmu v napadeném rozhodnutí uzavřel, že „*důležité je, zda pro něj (zadavatele - poznámka Nejvyššího správního soudu) budou pracovat odborníci, kteří s takovými projekty mají zkušenosti, neboť jsou to oni, kdo disponují potřebnými znalostmi a zkušenostmi, nikoliv společnost sama*“, vyvstává otázka, která však nebyla ve správním řízení zodpovězena, zda bylo přiměřené s přihlédnutím k předmětu plnění veřejné zakázky, pokud nositeli zkušeností a znalostí byly osoby na straně dodavatele, vyžadovat i shodné reference z oblasti zdravotnictví u dodavatele samotného.

Také odůvodnění přiměřenosti nastavených technických kvalifikačních předpokladů tím, že ve veřejné zakázce učinily nabídky 3 subjekty, což svědčí o jejich správném nastavení (viz bod 42 napadeného rozhodnutí), je závěr jednak nepřipadný (neboť se hodnotí kvalita kvalifikačních předpokladů následkem, který z těchto předpokladů vychází), ale také nedostatečný z pohledu hodnocení vytykané části zadávací dokumentace prizmatem zákazu (skryté) diskriminace. Nízký počet nabídek právě naopak může zakládat (nepřímý) zásah a narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Přitom zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli je cílem zákona o veřejných zakázkách, jak zdejší soud dovodil ve výše citovaném rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152.

Krajský soud tedy správně v napadeném rozsudku uzavřel, že „*bylo tedy třeba nejprve si ujasnit, co bylo předmětem zadavatelem poptávaného plnění, a ve vztahu k tomu pak srozumitelně a konkrétně vyložit, jací dodavatelé byli schopni veřejnou zakázku realizovat za použití zadavatelem uplatněných požadavků na kvalifikaci a jací dodavatelé by ji byli schopni realizovat bez jejich použití, a ve vztahu k těmto zjištěním navázat řešením otázky ohledně proporcionality uplatněného požadavku a jeho rozumné funkce, což odpoví na otázku, zda je tímto požadavkem případně bráněno dostatečně konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli oprávněně*.“ Uvedený závěr je zcela přiléhavý a Nejvyšší správní soud k němu nemá žádných doplňení, naopak se s ním plně ztotožňuje. Pouze postup nastíněný krajským soudem totiž umožní v tomto konkrétním případě, nikoliv pouze v obecné rovině (jak k věci přistoupily správní orgány obou stupňů), zcela individualizovaně posoudit obsah vytykaného technického kvalifikačního předpokladu vymezeného v bodě 3.5 zadávací dokumentace vzhledem k požadavku § 6 ZVZ zakazujícímu diskriminaci ve veřejných zakázkách. Následně bude možno dále rozvinout i konkrétní úvahu o (ne)možnosti uzavření trhu s obdobnými zakázkami navždy nad rámec obecného závěru, že „*vstup na trh pro nové dodavatele se otvírá v podobě získávání zkušeností na pozici subdodavatele podobných zakázek, stejně jako v realizaci méně náročných zakázek v sektoru veřejného zdravotnictví*“, jak uvedl předseda stěžovatele v bodě 45 napadeného rozhodnutí.

Nejvyšší správní soud proto neshledal napadený rozsudek krajského soudu nezákonným. Ani výše uvedený nesouhlas Nejvyššího správního soudu s dílčím závěrem obsaženým v napadeném rozsudku ohledně požadavku na předložení referencí u jednotlivých osob na straně dodavatele vzhledem k dikci § 56 odst. 2 písm. b) ZVZ, který Nejvyšší správní soud sám korigoval, neovlivňuje zákonnost ostatních správních závěrů krajského soudu, a proto kasační stížnost není důvodná. Nejvyšší správní soud ji tedy podle ustanovení § 110 odst. 1, *in fine* s. ř. s. zamítl. V dalším řízení je předseda žalovaného vázán právními závěry vyslovenými krajským soudem, korigovanými v dílčí části Nejvyšším správním soudem v tomto rozsudku.

Výrok o nákladech řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s., podle nichž právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti má účastník, který měl ve věci plný úspěch. Tímto v řízení o kasační stížnosti úspěšným účastníkem byla žalobkyně, které však nad rámec její běžné administrativní činnosti žádné náklady řízení nevznikly, a proto bylo o nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodnuto tak, že se žádnému z účastníků řízení náhrada nákladů řízení nepřiznává.

O nákladech řízení osoby zúčastněné na řízení bylo rozhodnuto dle § 60 odst. 5 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Jelikož osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil, přičemž v tomto řízení jí žádná taková povinnost uložena nebyla, o nákladech řízení osoby zúčastněné na řízení bylo rozhodnuto tak, že právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nemá.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 30. září 2014

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu