



UOHSX00FYRHR

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0031/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-11480/2022/162

Brno 2. 5. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 25. 2. 2022, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **FLAME System s.r.o.**, IČO 26846888, se sídlem Dr. Maye 468/3, Mariánské Hory, 709 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 5. 8. 2021 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0332/2021/VZ, č. j. ÚOHS-05055/2022/500 ze dne 9. 2. 2022, vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Základní škola Chabařovice, příspěvková organizace**, IČO 70944105, se sídlem Masarykova 559, 403 17 Chabařovice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění konektivity školy dle standardu konektivity IROP, ZŠ Chabařovice (opakované řízení)**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky na profilu zadavatele dne 30. 6. 2021 pod ev. č. 235459,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) a § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0332/2021/VZ, č. j. ÚOHS-05055/2022/500 ze dne 9. 2. 2022

r u š í m

a věc vracím Úřadu k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Základní škola Chabařovice, příspěvková organizace, IČO 70944105, se sídlem Masarykova 559, 403 17 Chabařovice (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil dne 30. 6. 2021 uveřejněním výzvy k podání nabídek pod ev. č. 235459 na profilu zadavatele zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku „Zajištění konektivity školy dle standardu konektivity IROP, ZŠ Chabařovice (opakované řízení)“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle výzvy k podání nabídky a zadávací dokumentace ze dne 30. 6. 2021 uveřejněné na profilu zadavatele je předmětem veřejné zakázky komplexní zajištění konektivity budovy školy. Z klasifikace předmětu plnění dle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 a nařízení Komise č. 213/2008 uvedeného v bodě 2.3 zadávací dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že se jedná o dodávku produktů k provozu internetové a počítačové sítě, společně s provedením elektroinstalačních prací a montáže počítačové kabeláže.
3. Navrhovatel – FLAME System s.r.o., IČO 26846888, Dr. Maye 468/3, Mariánské Hory, 709 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupen společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) - podal proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky námitky ze dne 26. 7. 2021 (dále jen „**námítky**“), které byly zadavateli doručeny téhož dne.
4. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 30. 7. 2021 podané námitky odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“). Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval postup zadavatele za zákonný, podal dne 9. 8. 2021 návrh z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
5. Návrh navrhovatele směřoval proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, které navrhovatel shledává rozpornými se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**zákon**“)¹ a se zásadami uvedenými v § 6 tohoto zákona, jelikož stanoveným požadavkům, resp. kombinaci technických požadavků v technické specifikaci může vyhovět pouze jeden produkt (resp. produkty jediného výrobce). Zadavatel tak podle navrhovatele nepřímou odkázal na konkrétní produkt a současně neodůvodnil, zda požaduje tento konkrétní výrobek z důvodu předmětu veřejné zakázky (§ 89 odst. 5 zákona), nebo na něj odkazuje proto, že jinak by stanovení technických podmínek nebylo dostatečně srozumitelné nebo přesné (§ 89 odst. 6

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu, v daném případě ve smyslu § 53 odst. 1 zákona.

zákona). Navrhovatel uvádí, že i když zadávací podmínky neobsahují výslovný odkaz na konkrétní výrobek, je z kombinace požadavků patrné, že stanoveným požadavkům vyhoví pouze produkt značky Cisco Meraki².

6. K rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatel uvádí, že zadavatel rozporuplně argumentuje, že stanovil technické požadavky s ohledem na kompatibilitu s dříve pořízeným a provozovaným řešením, a na druhou stranu tvrdí, že v zadávací dokumentaci a jejím vysvětlení připustil rovnocenné řešení. V zadávací dokumentaci však žádný požadavek na kompatibilitu není stanoven. Z postupu zadavatele není podle navrhovatele zřejmé, které ze zákonných výjimek hodlá využít a zda jsou vůbec naplněny důvody pro jejich využití. Podle navrhovatele je rozhodnutí o námitkách rozporuplné a místy nepřezkoumatelné.
7. Navrhovatel přiložil k návrhu tabulku, v níž zaznamenal devět parametrů a u osmi produktů vyznačil ano/ne, zda tyto produkty daný parametr splňují či nesplňují. Podle této tabulky splňuje všechny parametry pouze výrobek Cisco Meraki a všechny ostatní výrobky některé z parametrů nesplňují, např. Fortinet³ podle tabulky nesplňuje 3 parametry, Aruba nesplňuje 5 parametrů apod. Navrhovatel se proto domáhá, aby Úřad v souladu s § 263 odst. 3 zákona uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 9. 2. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0332/2021/VZ, č. j. ÚOHS-05055/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele dle § 265 písm. a) zákona.
9. Úřad v napadeném rozhodnutí nejprve shrnul obsah jednotlivých (opakovaných) vyjádření zadavatele a navrhovatele, kteří vzájemně protichůdně tvrdili, že zadávací podmínky je, resp. není schopen naplnit jiný výrobek než značky Cisco Meraki. Zadavatel poukazoval zejména na nesprávnost tvrzení o nesplnění parametrů produkty značky Fortinet, dále pak na možnost kombinace produktů různých značek, a to např. také Aruba, Sophos nebo D-link. Dalším bodem sporu v rámci těchto vyjádření byla rovněž požadovaná kompatibilita se stávajícím vybavením zadavatele, kterou je podle navrhovatele možno použít jako odůvodnění požadavku na konkrétní produkt jen při dodržení pravidel stanovených v § 89 odst. 5 a 6, což se v tomto případě nestalo.
10. Úřad provedl za účelem zjištění relevantních informací rozsáhlé dotazování, v jehož rámci oslovil nejprve tři dodavatele, kteří podali nabídky, následně devět partnerů/distributorů společnosti Fortinet a Aruba v České republice, dále lokální zástupce výrobce těchto značek, výrobce produktů D-Link a partnery spol. Sophos, v poslední řadě pak autora projektové dokumentace TETA s.r.o, jenž byl jedním z dodavatelů, kteří podali nabídky. Podrobně jsou informace získané prostřednictvím tohoto dotazování popsány v bodech 59 – 76 napadeného rozhodnutí.
11. Na základě všech získaných odpovědí dospěl Úřad ke třem dílčím závěrům, uvedeným v bodě 101 napadeného rozhodnutí:

² Jedná se o produkty společnosti Cisco Systems, Inc., 170 West Tasman Dr., San Jose, CA 95134 USA.

³ Jedná se o produkty společnosti Fortinet, Inc., 899 Kifer Road, Sunnyvale, CA 94086 USA.

- a. dva dodavatelé potvrdili, že technické parametry zakázky naplní kromě zařízení zn. Cisco Meraki i produkty zn. Fortinet;
 - b. technické parametry zakázky budou splněny i při kombinaci technologií různých výrobců; a
 - c. zadavatelem požadované technické parametry vycházejí z již používané technologie a jsou stanoveny rovněž z důvodu kompatibility poptávaného plnění s již užívaným.
12. Úřad tudíž na základě provedeného dotazování dospěl k závěru, že zadavatel nepoptává konkrétní zařízení od jednoho výrobce, ale poptává jakékoli řešení, které je schopné naplnit jím stanovené technické parametry. Současně Úřad nepovažuje zadavatelem stanovené požadavky na předmět plnění za nikterak excesivní, přičemž se neprokázalo tvrzení navrhovatele, že zadavatel vyloučil všechna ostatní řešení existující na trhu. Řešením může být jak dodávka produktů pouze zn. Cisco, tak dodávka produktů pouze zn. Fortinet, ale může to být i kombinace produktů jiných značek. Pokud zadavatel stanovil technické parametry zajišťující kompatibilitu nového řešení s dosavadním řešením, lze považovat takto nastavené technické parametry jako důvodné, jestliže zadavatel umožnil použití i jiných technických řešení, což však v šetřeném případě zadavatel učinil.

III. Rozklad navrhovatele

13. Dne 25. 2. 2022 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 10. 2. 2022. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

14. Navrhovatel v podaném rozkladu brojí proti napadenému rozhodnutí v celém jeho rozsahu, neboť vychází z nedostatečně zjištěného skutkového stavu, a je tedy v rozporu se zásadou materiální pravdy, zároveň mělo dojít k nesprávnému posouzení odborných otázek a napadené rozhodnutí podle navrhovatele odporuje zákonu č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zákonu, rozhodovací praxi Úřadu i soudní judikatuře.
15. Zadavatel podle navrhovatele nepřímou odkázal na konkrétní produkt, odkaz však neodůvodnil s ohledem na § 89 odst. 5 a 6 zákona. Následnou nekonzistentnost jeho vyjádření měl přitom Úřad přičíst k tíži zadavatele a nesnažit se za něj odůvodnění doplnit. Z podaných odpovědí dle navrhovatele jednoznačně vyplývá, že žádný produkt není samostatně schopen naplnit požadavky zadavatele.
16. Úřad podle navrhovatele v rozporu se zásadou materiální pravdy a při nedůvodném upřednostnění rychlého a hospodárného vyřešení věci sám posoudil odbornou otázku týkající se naplnění parametrů jinými produkty než značky Cisco Meraki, přičemž tedy nezajistil odpověď přímo společnosti Fortinet nebo jejího zástupce, zároveň nenařídil ani znalecký posudek.
17. Navrhovatel dále především odmítá druhý dílčí závěr Úřadu, a sice že je možná kombinace různých technologií se zajištěním jednotné správy vlastní aplikací. Navrhovatel upozorňuje, že tuto možnost potvrdily pouze dvě společnosti (z nichž jedna je autorem projektové

dokumentace), přičemž další dodavatelé naopak poukazovali na problém s případným řízením z jedné centrální správy, která je rovněž požadavkem zadavatele. Úřad tak podle navrhovatele i stran tohoto dílčího závěru učinil závěry mimo svou odbornost, nepověřil zodpovězením otázky znalce a vyšel z nedostatečně zjištěného skutkového stavu, neboť odpovědi dotázaných společností byly rozporuplné, přičemž se ani nezabýval otázkou, které konkrétní produkty jakých značek by bylo potenciálně možno v kombinaci dodat, aby naplnily požadavky zadavatele.

18. V poslední řadě navrhovatel nesouhlasí ani s třetím dílčím závěrem týkajícím se odůvodnění požadavků na předmět plnění kompatibilitou s již provozovaným zařízením, neboť Úřad v této části dle názoru uvedeného v rozkladu zcela bagatelizuje povinnost odůvodnění postupu dle § 89 odst. 5 a 6. Čím striktnější a přísnější jsou zadávací podmínky, tím detailněji je musí být zadavatel schopen odůvodnit, přičemž navrhovatel uvádí, že obecnou proklamací ohledně možnosti dodání rovnocenného řešení lze považovat za pouhé „záchranné“ ustanovení, které je však v rozporu s požadavky zákona.

Závěr rozkladu

19. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, a to se závazným právním názorem, přičemž opětovně odkazuje na svůj návrh, vyjádření k podkladům a petit v těchto podáních přednesený.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-07321/2022/512 ze dne 28. 2. 2022 stanovil zadavateli lhůtu 7 dnů k podání vyjádření k rozkladu.
21. Zadavatel doručil dne 7. 3. 2022 Úřadu své vyjádření k rozkladu z téhož dne. V něm zadavatel uvedl, že pro účely posouzení užití nepřímého odkazu v zadávací dokumentaci nebylo povinností Úřadu zjišťovat každý produkt každého výrobce, nýbrž stačilo zjištění, že na trhu vedle produktů Cisco Meraki jsou i takové produkty, které zadávací podmínky naplní. Skutkový stav byl podle zadavatele Úřadem zjištěn dostatečně, přičemž výrobky Fortinet dle provedených zjištění splňují všechny požadované parametry, dále lze nabídnout řešení skládající se z produktů různých výrobců, neboť diskutovaná jednotící cloudová nadstavba je možným a s ohledem na trh se software běžným řešením, které potvrdilo několik subjektů, v poslední řadě pak nebylo potřeba blíže odůvodňovat kompatibilitu se stávajícími zařízeními, neboť bylo dotazováním relevantních subjektů náležitě zjištěno, že zde není pouze jeden výrobek splňující požadavky zadávací dokumentace.
22. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání

předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

25. Úřad provedl v přezkoumávaném správním řízení rozsáhlé dokazování, jehož cílem bylo náležitě zjištění skutkového stavu ohledně na trhu existujících výrobků, které by splňovaly parametry zadavatelem požadované v Technické dokumentaci, která představuje přílohu zadávací dokumentace. Za tímto účelem oslovil Úřad více než desítku dodavatelů, přičemž se snažil v první řadě zjistit, zda kromě produktů značky Cisco Meraki existují i produkty jiné značky, které by samy o sobě byly schopny naplnit předmětné požadavky. Navrhovatel totiž ve správním řízení tvrdil, že zadavatel ve skutečnosti stanovil podmínky tak, že jimi *de facto* uvedl nepřímý odkaz na jediný konkrétní výrobek, což však dostatečně neodůvodnil, jak vyžaduje § 89 odst. 6 zákona. Základní premisou přitom je, že za zadávací podmínky odpovídá zadavatel, který musí dodržet všechny požadavky zákona.
26. Úřad na základě provedeného dokazování dospěl v bodě 101 napadeného rozhodnutí k závěru (jak vyplývá ze shrnutí uvedeného v bodech 65 – 67 napadeného rozhodnutí), že toliko dva dodavatelé potvrdili naplnění všech technických parametrů výhradně výrobky značky Fortinet. Těmito dodavateli jsou společnost ALEF NULA, a.s. (účastník zadávacího řízení) a distributor výrobků Fortinet společnost DNS a.s. O naplnění všech parametrů produkty Fortinet je přesvědčen rovněž autor projektové dokumentace a současně účastník zadávacího řízení – společnost TETA s.r.o. – a zadavatel.
27. Naopak distributoři výrobků Aruba i Fortinet – společnost NTT Czech Republic s.r.o. a CompuNet s.r.o. – uvedli, že některé parametry výrobky Fortinet nespĺňují. Tento názor pochopitelně sdílí i navrhovatel, který danou otázku do správního řízení vnesl. Společnost CompuNet s.r.o. současně sdělila, že jediným subjektem, který by dokázal posoudit a garantovat vlastnosti konkrétních výrobků, je sama společnost Fortinet jakožto výrobce (viz bod 67 napadeného rozhodnutí). Její vyjádření se však Úřadu obstarat nepodařilo, a to navzdory tomu, že podnikl veškeré kroky, které bylo možno po něm v dané situaci požadovat (viz bod 69 napadeného rozhodnutí).
28. Na místě je tedy souhlasit s Úřadem v tom, že někteří dodavatelé potvrdili naplnění všech parametrů produkty značky Fortinet, nikoliv už pak s tím, že je tím naplnění parametrů těmito produkty bez dalšího potvrzeno. Z podaných odpovědí by totiž mohly být stejným způsobem učiněny oba závěry o ne/naplnění předmětných požadavků zadávací dokumentace, jelikož v nich nelze nalézt jednoznačně převládající tvrzení. Zároveň nebylo možno zajistit odpověď přímo samotného výrobce. Proto neobstojí závěr Úřadu uvedený v bodě 102 napadeného rozhodnutí, že řešením poptávaného plnění může být dodávka výrobků výhradně značky Fortinet, neboť k tomu v současné důkazní situaci kladné odpovědi dvou (respektive tří) dodavatelů nedostačují.

29. Současně je nutno doplnit, že dotázaní dodavatelé k výrobkům dalších značek (především Aruba, D-Link a Sophos) shodně uváděli, že tyto nejsou schopny samostatně naplnit požadavky zadavatele. Jelikož řečené závěry týkající se ostatních značek navrhovatel v rozkladu ani nijak nerozporoval, lze toliko poznamenat, že bylo jednoznačně vyloučeno naplnění parametrů samostatně výrobky značek odlišných od Fortinet a Cisco Meraki.
30. Vzhledem k výše uváděným závěrům Úřad dále zkoumal, zda je možné splnit zadávací podmínky kombinací výrobků různých značek. I za tímto účelem provedl rozsáhlé dotazování, přičemž zjistil především to (viz body 67 – 73 napadeného rozhodnutí), že propojení produktů různých značek dodavatelé většinou v zásadě nevyklučovali, upozorňovali však na možný problém týkající se zejména zadavatelem požadované jednotné cloudové nadstavby (centrální řízení správy). Autor projektové dokumentace – společnost TETA s.r.o. – ve svém vyjádření uvedl konkrétní prvky různých značek, které je možné využít pro naplnění požadavků stran HW, přičemž nadnesl i možnost řešení jednotné správy (viz bod 75 napadeného rozhodnutí). Účastník zadávacího řízení Microshop, s.r.o. přitom v obdobném duchu sdělil, že hodlal pro zajištění jednotné cloud platformy využít dvě konkrétní aplikace, přičemž je mu známo pouze jedno další řešení, které by tento požadavek naplňovalo prostřednictvím pouze jedné aplikace (viz bod 76 napadeného rozhodnutí).
31. Na základě těchto informací, které Úřad ještě shrnul v bodě 89 napadeného rozhodnutí, byl učiněn dílčí závěr, že předmět veřejné zakázky je možno splnit za využití produktů různých výrobců, tedy kombinací technologií. Předseda Úřadu však toto prohlášení Úřadu považuje za značně unáhlené, neboť bylo postaveno na základě odpovědí několika subjektů (dvou), přitom nezanedbatelný počet dalších výslovně upozorňoval na hrozící problém týkající se právě cloudové nadstavby, resp. jednotné správy různých produktů, a také na nesplnění různých parametrů různými výrobky. Úřad pouze z toho, že zpracovatel projektové dokumentace uvedl, jaké výrobky by podle jeho názoru zadávací podmínky splňovaly (přičemž sám využil ve své nabídce řešení jiné), a že další účastník zadávacího řízení popsal, jak hodlal konkrétní problém při dodávce plnění reálně řešit, dovodil závěr, že kombinace výrobků různých značek je bez dalšího způsobilá naplnit stanovené parametry.
32. Přestože navrhovatel konkrétně sdělil, které výrobky jaké značky nespĺňují jednotlivé požadavky zadavatele, Úřad vůbec nezvážil, zda jsou výše zmíněnými dodavateli uváděné produkty ve své kombinaci schopné tyto parametry naplnit. Velmi podstatné přitom je, že navrhovatel ve svých podáních (konkrétně v uváděné tabulce) tvrdil, že některé parametry nespĺňuje skutečně žádný výrobek, kromě značky Cisco Meraki. Úřad tak přijal tvrzení některých dodavatelů, že určité výrobky by bylo možno pomocí speciální aplikace sjednotit do požadované správy, tím však nejen zcela vytěsnil, že mnozí další tvrdili, že právě tento bod bude při kombinaci výrobků více značek problémový, nýbrž především vůbec neposoudil, zda jsou těmito odpověďmi vyvracena tvrzení navrhovatele stran nedostatků jednotlivých produktů.
33. Předseda Úřadu tak má za to, že Úřad v případě druhé dílčí otázky bez bližšího prozkoumání a nekriticky přijal tvrzení dvou dodavatelů ohledně výrobků, které údajně mohou splnit požadavky zadavatele, současně ale nijak nevypořádal pochybnosti minimálně čtyř dalších dodavatelů, že tím nebude naplněn požadavek jednotné cloudové správy. Společnost D-Link s.r.o. přitom ve svém vyjádření přímo upozornila Úřad, že při potenciální kombinaci prvků

různých výrobců je nutné zvolit vhodné prvky a design. Nadnesená konkrétní řešení tedy Úřad nepodrobil žádnému přezkumu.

34. Úkolem Úřadu nebylo a ani nemohlo být provést kompletní průzkum trhu a zjistit všechny existující výrobky, které by pro plnění veřejné zakázky teoreticky mohly být použity. Úřad však přezkoumával tvrzení navrhovatele, že existuje toliko jediná možnost (jediná značka výrobků), kterými je možné požadavky zadavatele splnit, a pokud tedy chtěl uzavřít, že zadavatel nepoužil nepřímý odkaz dle § 89 odst. 5 zákona, musel na základě tvrzení zadavatele v rámci průzkumu trhu vypátrat alespoň jedno další konkrétní řešení, o kterém by měl hodnověrně prokázáno, že je způsobilé naplnit v zadávacích podmínkách stanovené parametry. Tento závěr Úřad sice učinil, ovšem na základě skutkového stavu, který nebyl zjištěn bez dalších pochybností. Informace poskytnuté dotázanými subjekty jsou totiž buďto ve vzájemném rozporu, nebo se navzájem relativizují a Úřad přitom neprovedl konkrétní posouzení, zda by některými dodavateli navrhované řešení skutečně přezkoumávané parametry naplnilo.
35. Zároveň je nutno shledat, že přezkum věci Úřadem zde naráží na hranice možností, které jsou mu ve správním řízení dány. V rámci dotazování byl osloven s ohledem na povahu konkrétního trhu skutečně nezanedbatelný počet dodavatelů, ovšem značná část z nich Úřadu na jeho dotazy neodpověděla. Zákon však neposkytuje správnímu orgánu další možnosti, jak přinutit tyto subjekty k zodpovězení jeho dotazů, a to ani v okamžiku, kdy jsou pro posouzení věci klíčové (jak je tomu zřejmě u neobdrženého vyjádření výrobce produktů Fortinet).
36. Obvyklým argumentem je zde požadavek navrhovatele na zajištění znaleckého posudku v odborných otázkách, které se v přezkoumávané věci bezesporu vyskytují. Je však diskutabilní, nakořli jsou vyvstálé odborné otázky vůbec způsobilé ke znaleckému posouzení a zda by se nejednalo pouze o nevhodné vynaložení finančních prostředků. Především v případě možné kombinace produktů různých značek je zřejmé, že odpověď na otázku, zda lze konkrétní výrobky různých výrobců reálně kombinovat a současně naplnit požadavky zadavatele (zejména na jednotnou cloudovou nadstavbu) závisí z velké části na subjektivní zkušenosti daného odborníka, tedy zda se vůbec o naplnění daných parametrů nebo kombinaci jmenovaných produktů případně tázaný subjekt již v minulosti pokoušel. Předseda Úřadu se důvodně obává, že v takovém případě opět velmi záleží na volbě konkrétního znalce, přičemž jeden může uvádět nemožnost spojení výrobků jednotnou aplikací při uvedených požadavcích zadávacích podmínek, druhý se však teoreticky s obdobným způsobem řešení již setkal a na základě svých zkušeností uvede, že by to možné být mělo.
37. Předseda Úřadu zde přitom opakuje, že pokud Úřad zvolil cestu, na které se zaměřil na zjištění, zda existují výrobky jiné značky než značky Cisco Meraki, které jsou samostatně nebo v kombinaci schopny naplnit stanovené parametry a důsledně nepřezkoumával odůvodnění požadavků zadavatele s ohledem na tvrzenou potřebu kompatibility se stávajícími zařízeními, kterou využil pouze jako doplňující argument, bylo nutno nalézt a označit takové konkrétní řešení, které bez větších pochybností stanovené požadavky naplní.
38. Úřad ve svém třetím dílčím závěru (bod 101 napadeného rozhodnutí) uvedl, že požadované technické parametry vycházejí z již používané technologie a jsou stanoveny rovněž z důvodu kompatibility poptávaného plnění s řešením již užívaným. Toto zdůvodnění zadavatel bezpochyby v rozhodnutí o námitkách přednesl, přičemž je na místě souhlasit s Úřadem v tom,

že nebylo třeba toto uvádět již v samotných zadávacích podmínkách (viz bod 93 napadeného rozhodnutí). Zároveň je potřeba uvést, že Úřad předmětné odůvodnění s odkazem na kompatibilitu rozebral, správně určil, že ve své podstatě vychází ze správného předpokladu o oprávnění zadavatele požadovat plnění s ohledem na stávající zařízení, již se však nijak nezabýval faktickou kvalitou tohoto odůvodnění poskytnutého zadavatelem. Z toho současně vyplývá celkový charakter odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém je požadavek kompatibility jen určitým doplňujícím prvkem, principiálně správným, leč v konkrétní situaci zcela nedostatečně zjištěným.

39. V dané věci nelze pominout, že dosud nebylo dostatečně zjištěno a prokázáno, zda existuje jiná možnost, jak splnit zadávací podmínky veřejné zakázky, než výlučně produkty značky Cisco Meraki. Skutková situace je tedy nyní taková, že nebylo vyvráceno tvrzení navrhovatele, že zadavatel uvedl nepřímý odkaz na konkrétní výrobek, který je potřeba důsledně odůvodnit s ohledem na § 89 odst. 5 a 6 zákona. Tvrzení zadavatele a související zjištění Úřadu stran kompatibility se stávajícími zařízeními přitom v žádném případě nenaplnují míru, kterou je třeba zajistit v rámci odůvodnění odkazu na jediný výrobek (viz například rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0039/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14603/2020/323/MBr, zejména jeho body 49 – 60⁴). Je totiž v zásadě možné, že pro splnění zadávacích podmínek bude přicházet v úvahu pouze jedna varianta, to však neznamená, že by tento výrobek snad nebyl zadavatel za žádných okolností oprávněn požadovat. Namísto je toliko důkladně odůvodnit, proč pouze dané řešení splní jeho potřebu a Úřad pak striktní optikou posuzuje, zda jsou tyto požadavky skutečně důvodné.⁵
40. Napadené rozhodnutí se tedy nezakládá na dostatečně zjištěném skutkovém stavu, neboť Úřad nezajistil naplnění zásady materiální pravdy v takové míře, aby mohl učinit závěry uvedené v napadeném rozhodnutí. Naplnění požadovaných parametrů samostatně produkty jiné značky, než Cisco Meraki nebylo hodnověrně zjištěno, neboť odpovědi dotázaných dodavatelů byly vzájemně protichůdné. Současně Úřad vůbec nevážil, zda jsou produkty uváděné dodavateli, kteří označovali kombinaci za možnou, při vzájemném propojení schopné naplnit navrhovatelem napadené parametry. Úřad se navíc konkrétně nevypořádal s tvrzeními dalších dodavatelů, kteří výslovně poukazovali na to, že nebude naplněn prvek jednotící cloudové nadstavby. Ohledně odůvodnění požadavků kompatibilitou se stávajícími zařízeními Úřad neprovedl potřebné striktní a dostatečně jednoznačné posouzení, které by bylo na místě v případě nepřímého odkazu na konkrétní výrobek, respektive neprovedl posouzení vůbec žádné, neboť pouze bez dalšího přijal prosté tvrzení zadavatele.

Závazný právní názor předsedy Úřadu

41. Úřad posuzoval v předmětném případě otázku velmi komplikovanou, pro kterou bylo nutno si vyžádat odpovědi od značného množství dodavatelů podnikajících na konkrétním trhu. Navzdory nezpochybnitelné snaze, kterou podtrhuje rovněž to, že Úřad pro účely zjišťování správních řízení na určitý čas i přerušil, nebyl však skutkový stav zjištěn dostatečně. Otázka

⁴ V odkazované věci Úřad nejprve přezkoumával, zda požadavky zadavatele může splnit více produktů různých výrobců, bez ohledu na závěry k této otázce však v rámci opětovného projednání věci předseda Úřadu posoudil důkladně a s dostatečnou přísností požadavky zadavatele a jejich odůvodnění, přičemž shledal, že i kdyby na trhu existoval toliko jediný výrobek splňující stanovené parametry, měl zadavatel právo jej požadovat.

⁵ Závěry rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0039/2020/VZ byly rovněž potvrzeny rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 44/2020 ze dne 3. 11. 2021.

naplnění parametrů konkrétními výrobky, stejně jako případná možnost kombinace produktů více výrobců, nebyla dostatečně vyjasněna navzdory tomu, že Úřad oslovil dostatečný počet subjektů, neboť se očividně jedná o otázku komplikovanou a odpovědi na ni závisejí na subjektivních zkušenostech.

42. Pro vyřešení otázky, zda byly zadávací podmínky stanoveny zadavatelem v souladu se zákonem, se zde právě vzhledem ke komplikovanému zajišťování jednoznačných odpovědí na trhu jeví jako vhodné obrátit postup přezkumu a připustit tvrzení navrhovatele, že zadavatel skutečně požadavky na funkce jednotlivých produktů uvedl nepřímý odkaz. Úřad i zadavatel totiž opakovaně pracují s myšlenkou, že je poptávané plnění odůvodněno kompatibilitou s plněním stávajícím. Pokud by Úřad na základě důsledně definovaných potřeb zadavatele zjistil, že jmenované požadavky jsou s ohledem na stávající zařízení odůvodněné, již by nebylo potřeba (složitě, jak se zde ukázalo) zjišťovat, zda parametry splňují jiné produkty než produkty značky Cisco Meraki. Pokud by totiž byla kvalita odůvodnění požadavků s ohledem na produkty zadavatele již provozované dostatečná, byl by zadavatel oprávněn stanovit i nepřímý odkaz na výrobky a Úřad by již nemusel provádět další zjišťování. (Obdobný postup předseda Úřadu aplikoval ve výše odkazované věci sp. zn. ÚOHS-R0039/2020/VZ, viz především jeho bod 54 a 58.)
43. Pokud však zadavatel odůvodnit své potřeby s ohledem na kompatibilitu schopen nebude, musí Úřad náležitě zjistit skutkový stav týkající se možností dalších produktů (i v kombinaci) naplnit stanovené parametry. Pokud přitom Úřad shledá, že mu již nezůstávají možnosti, jak zodpovědět sporné skutkové otázky, měl by přistoupit k zajištění znaleckého posudku, kterého se ostatně navrhovatel opakovaně domáhá. V první řadě by se přitom měl Úřad dotazem na znalce pokusit zjistit, zda a jak bude tento schopen posoudit, jestli produkty značky Fortinet (případně výrobky jiné značky, byť odborně znalí dodavatelé se v odpovědích shodli na tom, že Aruba, D-Link ani Sophos nepřicházejí v úvahu) samy o sobě budou schopny naplnit parametry stanovené v zadávacích podmínkách. Pokud bude stanovený znalec schopen hodnověrné závěry učinit a ty budou znít tak, že výrobky Fortinet (či výrobky jiné značky samostatně) požadavky naplní, nebude již možno po Úřadu požadovat více než konstatování, že zadávací podmínky neobsahují nepřímý odkaz na konkrétní výrobek.
44. Složitější situace nastane v případě, kdy znalec takového posouzení buďto schopen nebude, anebo budou jeho odpovědi záporné (tedy že výrobky odlišné od značky Cisco Meraki nesplňují všechny parametry). V takovém případě bude potřeba položit znalci otázku stran kombinace výrobků různých značek, především zda konkrétní řešení zmiňovaná autorem projektové dokumentace – TETA s.r.o. – či účastníkem zadávacího řízení Microshop, s.r.o., a to přímo ve spojení s jimi tvrzeným respektováním požadavku jednotné cloudové nadstavby, jsou na trhu dostupná, jejich propojení je možné a zda naplňují všechny parametry stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách.

VI. Závěr

45. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a se správním řádem, neboť nezjistil skutkový stav věci dostatečně a bez pochybností, bylo na místě zrušit napadené rozhodnutí a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

46. Úřad by měl v rámci nového projednání předně oslovit zadavatele s tím, aby mu podal detailní zdůvodnění stanovených požadavků s ohledem na vyslovenou kompatibilitu se stávajícími zařízeními. Pokud budou tato odůvodnění dostatečná s ohledem na institut odkazu na konkrétní výrobek, bude na místě návrh navrhovatele zamítnout. V opačném případě je Úřad povinen zajistit doplnění skutkového stavu, resp. vypořádání námitek navrhovatele tak, aby mohl na základě konkrétních podkladů jednoznačně učinit závěr o tom, jestli mohou zadavatelem stanovené parametry naplnit i jiné výrobky než výrobky značky Cisco Meraki, a to případně i v kombinaci, jejíž fungování bude rovněž zjištěno. Není vyloučeno, že za tímto účelem, s ohledem na odbornost posuzovaných otázek, bude potřeba zajistit znalecký posudek.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Základní škola Chabařovice, příspěvková organizace, Masarykova 559, 403 17 Chabařovice
2. MT Legal s.r.o., Jana Babáka 2733/11, Královo Pole, 612 00 Brno

Vypraveno dne

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