



UOHSX003IUE1

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R166/2010/VZ-5666/2011/310/EKu

V Brně dne: 14. dubna 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 11. 2010 podaném zadavatelem –

- **Česká průmyslová zdravotní pojišťovna**, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava, za niž jedná JUDr. Petr Vaněk, Ph.D., ředitel, ve správním řízení zast. společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., IČ 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha, za niž jedná JUDr. Vilém Podešva, LL.M., jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S88/2010-13898/2010/530/RKr ze dne 11. 10. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – České průmyslové zdravotní pojišťovny, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 Ostrava učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka a implementace TIS ČPZP – výdajová část**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 10. 2009 pod evidenčním číslem 60037104, přičemž oznámení o zrušení této veřejné zakázky bylo v témže informačním systému uveřejněno dne 12. 2. 2010, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **WEBCOM AXPRIENCE a. s.**, IČ 25820826, se sídlem Vratimovská 624/11, 718 00 Ostrava, za niž jedná Ing. Pavel Markalous, předseda představenstva, ve správním řízení zast. společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S88/2010-13898/2010/530/RKr ze dne 11. 10. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Česká průmyslová zdravotní pojišťovna, IČ 47672234, se sídlem Jeremenkova 11, 703 00 (dále též jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 10. 2009 pod evidenčním číslem 60037104 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Dodávka a implementace TIS ČPZP – výdajová část“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel návrh společnosti WEBCOM EXPERIENCE a. s., IČ 25820826, se sídlem Vratimovská 624/11, 718 00 Ostrava (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení, neboť zadavatel dle jeho názoru zrušil zadávací řízení v rozporu se zákonem (o zrušení zadávacího řízení rozhodl zadavatel dne 2. 2. 2010 a oznámení o zrušení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 12. 2. 2010). Ke dni 18. 3. 2010 tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.
3. Jak vyplynulo z předložené dokumentace a z vyjádření zadavatele, v souvislosti s fúzí právních předchůdců zadavatele (tj. České národní zdravotní pojišťovny a Hutnické zaměstnanecké pojišťovny) vyvstala řada závažných problémů bránících realizaci výše uvedené veřejné zakázky. S ohledem na složitost procesu fúze obou pojišťoven, spočívající zejména v jejich odlišné působnosti, začaly tyto problémy vycházet najevo až následně po formálním završení procesu fúze při reálném fungování jejich právního nástupce, přičemž tyto důvody nebyly a nemohly být s ohledem na krátké období mezi oficiálním zahájením činnosti zadavatele a dnem, kdy byla veřejná zakázka odeslána do informačního systému,

známé a zadavatel s nimi nemohl při zadávání veřejné zakázky s vynaložením veškeré odborné péče počítat. Česká národní zdravotní pojišťovna byla před fúzí celorepublikovou zdravotní pojišťovnou s úzkou klientelou, a proto byla výdajová část jejího informačního systému zaměřena na maximální komfort pro zdravotnická zařízení s minimálními požadavky na kontrolu před provedením úhrad za zdravotní péči. Kontrolní mechanismy byly převážně zpětné. HZP byla naopak silnou regionální zdravotní pojišťovnou, proto její výdajová část IS byla zaměřena hlavně na kontroly před provedením úhrad zdravotnickým zařízením. Navíc každá z fúzujících pojišťoven vedla svůj vlastní registr zdravotnických zařízení. Fúzí dvou zdravotních pojišťoven dochází k velmi složitým a předem nepředvídatelným procesům, kde primárním cílem je sjednocení registrů zdravotnických zařízení, smluvních zařízení, smluvních parametrů a minimalizace rozdílů, které vznikají při zpracování dokladů zdravotní péče. Tyto procesy s ohledem na dlouholetý oddělený vývoj, rozdílné platformy informačních technologií a využití rozdílných systémů dvou zdravotních pojišťoven vedou k velkému vytížení zaměstnanců. V průběhu několika posledních měsíců byly zjištěny předem neočekávané zvýšené potřeby lidských zdrojů Zdravotního úseku ČPZP pro konsolidace datové základny, což znemožnilo jejich alokaci do projektu výdajové části a bránilo dokončení plánovaného projektu, neboť přesunutím zaměstnanců na činnosti spojené s projektem výdajové části by byla zcela ochromena činnost ČPZP a zmařen nebo minimálně značně zkomplikován primární účel jejího fungování, a to zajištění zdravotní péče pojištěncům a s tím spojené věcné plnění zdravotnickým zařízením. Z těchto důvodů zadavatel oznámil v informačním systému o veřejných zakázkách zrušení zadávacího řízení, přičemž v bodu 6.5 oznámení jako důvod zrušení uvedl: „V průběhu zadávacího řízení se vyskytly závažné důvody hodné zvláštního zřetele související s fúzí dvou zdravotních pojišťoven. V souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.“.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 11. 10. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S88/2010-13898/2010/530/RKr (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona tím, že neoprávněně zrušil zadávací řízení výše popsané veřejné zakázky. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 2. 2. 2010 o zrušení zadávacího řízení a současně zadavateli ve smyslu § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“) uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
5. Orgán dohledu poté, co odkázal na ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, uvedl, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zadavatele zrušit zadávací řízení a oprávněním zadavatele zrušit zadávací řízení v případech taxativně stanovených zákonem. Zadavatel využil oprávnění podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, kdy zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. V souladu se základní zásadou nediskriminace a transparentnosti je zadavatel

povinen svoje rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení řádně odůvodnit a ke zrušení zadávacího řízení ho musí vést objektivní důvody, přičemž nelze dodatečně uvádět důvody nové. V této souvislosti Úřad doplnil, že zadavatel nese odpovědnost za úplné a správné vymezení zadávací dokumentace. Dle § 44 zákona je zadávací dokumentace souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

6. K namítané odlišné působnosti pojišťoven a náročnosti procesů a vedení registrů Úřad uvedl, že odlišná působnost pojišťoven byla zadavateli známa již před zahájením zadávání veřejné zakázky a že zadavatel neprokázal, že by uvedená skutečnost vyplynula až v průběhu zadávacího řízení. Stejně tak skutečnost, že proces zpracování zdravotní péče vycházel u jedné zdravotní pojišťovny z průběžného vypořádání v měsíčním intervalu a u druhé ze zálohového placení vykázané péče, musely být zadavateli známy již před započítáním fúze a před vyhlášením zadávacího řízení. Uvedené obdobně platí i pro registry zdravotnických zařízení, které ze své podstaty musely být vedeny odděleně, když se před sloučením jednalo o samostatné zdravotnické pojišťovny a zadavatel si uvedených skutečností musel být vědom v době zveřejnění zadávacího řízení. Taktéž bylo možné očekávat zvýšenou potřebu lidských zdrojů, neboť proces fúze je administrativně náročný i po stránce pracovního nasazení zaměstnanců. Z dikce § 84 odst. 2 písm. e) zákona vyplývá, že zrušit zadání veřejné zakázky lze, avšak pouze pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, což zadavatel neprokázal. Z rozhodnutí zadavatele nevyplývají žádné konkrétní důvody, proč by veřejná zakázka neměla být realizovatelná. Pokud jde o tvrzené nedostatky informačního systému, zadavatel předně tento důvod v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení neuvedl a jak již bylo uvedeno výše, zadavatel nemůže důvody zrušení později rozšiřovat, neboť Úřad přezkoumává ten konkrétní úkon zadavatele (v tomto případě zrušení zadávacího řízení), vůči němuž byly podány námitky a potom návrh. Pokud by zadavatel mohl kdykoliv dodatečně rozšiřovat své důvody pro zrušení zadávacího řízení, znamenalo by to, že stěžovatel nemůže proti těmto dodatečným důvodům podat námitky. Navíc zadavatel přesně nepopsal, o jaké konkrétní nedostatky se jedná, přičemž současně bylo jeho povinností zjistit skutkový stav před zahájením zadávacího řízení, neboť dle § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Zadavatel rovněž uvedl, že provedl zrušení veřejné zakázky s ohledem na kogentní ustanovení zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách. Ani tento důvod však zadavatel neuvedl v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
7. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti dospěl Úřad k závěru, že v šetřeném případě nebyly naplněny podmínky pro použití § 84 odst. 2 písm. e) zákona pro zrušení zadávacího řízení, neboť důvody, které zadavatel uvádí jako důvody hodné zvláštního zřetele, objektivně nenastaly v průběhu samotného zadávacího řízení, ale již v době před uveřejněním dané veřejné zakázky v informačním systému. Pokud měl zadavatel pochybnosti o předmětu plnění veřejné zakázky a o celém zadávacím řízení, neměl přistupovat na zveřejnění veřejné zakázky v informačním systému, a prakticky dokončit celé zadávací řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel neprokázal objektivní existenci důvodů zvláštního zřetele hodných, Úřad považoval jeho postup při zrušení zadávacího řízení za učiněný v rozporu se zákonem. Podle

§ 118 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo jen jednotlivý úkon zadavatele. V šetřeném případě, jelikož je možné provést nápravu chybného postupu zadavatele, Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 2. 2. 2010.

III. Námitky rozkladu

8. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad zadavatele. Zadavatel s napadeným rozhodnutím nesouhlasí a trvá na splnění podmínek pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Úřad před vydáním rozhodnutí nereflektoval, že zadavatel není podle zákona oprávněn pokračovat v zadávacím řízení a uzavřít v něm smlouvu. Argumentace Úřadu tak je neúplná a formalistická. Zadavatel uvádí, že zadávací řízení zrušil z několika důvodů hodných zvláštního zřetele. Těmito důvody jsou odlišná působnost pojišťoven a odlišnost výdajových částí jejich informačního systému, náročnost procesů, které z historicky odlišného vývoje a odlišných platforem informačních technologií plynou, neefektivní realizace zakázky z finančního hlediska, neschopnost zadavatele poskytnout součinnost při plnění veřejné zakázky s ohledem na alokaci lidských zdrojů do zdravotního úseku a konečně nemožnost pokračovat v zadávacím řízení a uzavřít smlouvu na základě usnesení správní rady zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Navíc sousloví „nelze požadovat“ má podle názoru zadavatele objektivní rozměr; v tomto případě jde o situaci, kdy zadavatel podle zákona č. 280/1992 Sb., o rezortních, oborových, podnikových a dalších zdravotních pojišťovnách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zaměstnaneckých pojišťovnách“), není oprávněn v zadávacím řízení pokračovat. Co se týče názoru Úřadu, že zadavatel musel o důvodech hodných zvláštního zřetele (zejména o odlišné působnosti pojišťoven a o rozdílnosti způsobů zpracování zdravotní péče a vedení registrů) vědět už před zahájením zadávacího řízení, pak zadavatel uvádí, že důvodem zrušení zadávacího řízení nebyla fúze jako taková, ale až její důsledky, které vyšly najevo až po její realizaci. Důvodem zrušení dále nebyla samotná odlišnost působnosti pojišťoven, způsobů zpracování zdravotní péče a vedení registrů; tato odlišnost však měla za následek kritickou nekompatibilitu systémů a nutnost změn, aktualizaci a automatizaci jednotlivých procesů výdajových částí, kterou nebylo možné dopředu předvídat. Názor Úřadu, že o těchto skutečnostech měl zadavatel vědět již před zahájením zadávacího řízení, není v napadeném rozhodnutí nijak rozvedena a není opřena o žádné podklady a argumenty, a proto je v tomto ohledu napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Ani podle zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách není vyžadována před sloučením zdravotních pojišťoven kompatibilita systémů a není dokonce ani podmínkou pro udělení povolení či součástí pojistných plánů. Taktéž závěr, že zadavateli muselo být dopředu známo, že proces fúze je náročný administrativně i po stránce pracovního nasazení zaměstnanců, je důsledkem nepochopení vyjádření zadavatele. Ten v podaném rozkladu znovu opakuje, že důvodem pro zrušení zadávacího řízení nebyla proběhlá fúze, ale až potřeba alokace lidských zdrojů do zdravotního úseku zadavatele a odboru informatiky při konsolidaci datové základny, která byla až důsledkem fúze. Zjednodušeně řečeno tedy Úřad presumuje, že relevantním okamžikem pro zhodnocení, zda zadavatel věděl o důvodech zvláštního zřetele před nebo až po zahájení zadávacího řízení, je okamžik právních účinků fúze, resp. že již před zahájením zadávacího řízení musel vědět o nesourodosti systémů

fúzujících pojišťoven a o následcích této nesourodosti. Samotná skutečnost, že byla uskutečněna fúze, však nemá z hlediska práva veřejných zakázek význam. Relevantním okamžikem je okamžik, kdy zadavatel zjistí, že okolnosti hodné zvláštního zřetele nastaly. V tomto případě se tedy mohl zadavatel o existenci okolností hodných zvláštního zřetele dozvědět a také dozvěděl až po právních účincích fúze. Bezodkladně poté, co byly a mohly být uvedené důvody a okolnosti identifikovány, zadavatel zákonem předvídaným způsobem zadávací řízení zrušil.

9. V další části rozkladu se zadavatel věnuje popisu právní úpravy zákonem o zaměstnaneckých pojišťovnách. Podle § 10 odst. 2 zákona o zaměstnaneckých pojišťovnách je podmínkou uzavření smlouvy o koupi hmotného a nehmotného majetku v pořizovací ceně nad 1 mil. Kč souhlasné rozhodnutí statutárního orgánu zadavatele (zde správní rady pojišťovny). Opačný postup by odporoval nejen naposledy citovanému zákonu, ale i obecnému předpisu, jímž je zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Obdobná úprava je obsažena i v jiných zákonech, na které zadavatel v podrobnostech odkazuje.
10. V závěrečné části podaného rozkladu se zadavatel zaměřuje na další (zejména procesní) pochybení, jichž se Úřad při vydání napadeného rozhodnutí dopustil. Na prvním místě Úřadu vytýká, že nepostupoval v souladu s § 50 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) v návaznosti na § 3 téhož zákona, neboť nepřihlédl ke všem důkazům nezbytným pro vydání rozhodnutí, nezohlednil všechny tvrzení a důvody a zvolil ryze formalistický postup, když některé argumenty a důvody zadavatele odmítl s tvrzením, že nebyly uvedeny v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Zákon přitom výslovně nezakazuje, aby byly posléze doplněny či rozvedeny další důvody pro zrušení zadávacího řízení. Tím, že Úřad odmítl provést potřebné důkazy ve smyslu § 50 odst. 2 správního řádu v návaznosti na § 3 správního řádu, nesprávně a neúplně zjistil skutkový stav, což má za následek nezákonné rozhodnutí ve věci. Taktéž odkazy na dřívější rozhodovací praxi považuje zadavatel za nadbytečné a nepřesvědčivé. Co se týče odkazu na rozsudek Evropského soudního dvora ve věci C-92/00 Hospital Ingenieureu, závěrem tohoto rozsudku sice byla konstatace povinnosti zadavatele odůvodnit zrušení zadávacího řízení, nicméně o povinnosti zadavatele veřejnou zakázku dokončit se v něm nehovoří, a proto je odkaz na tento rozsudek nepřiléhavý a nesprávný. Není ostatně ani zřejmé, co se dokončením veřejné zakázky myslí; ve světle rozsudku Vrchního soudu ze dne 17. 6. 1999, sp. zn. 2 A 1/99, se přezkumná činnost Úřad omezuje na kontrolu, zda byly dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Úřad není oprávněn zadavateli určovat, zda nebo dokonce s kým má smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky uzavřít. Zadavatel konečně uvádí, že navrhovatel je ve správním řízení zastoupen v rozporu se zákonem č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o advokacii“). Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení v prvním stupni a současně vyslovil závazný právní názor, jímž bude Úřad při novém rozhodování vázán.

IV. Řízení o rozkladu

11. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S88/2010-16947/2010/530/RKr ze dne 11. 11. 2010 účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům. K podanému rozkladu se vyjádřil navrhovatel, jenž rozkladovou argumentaci zadavatele označuje za účelovou, povrchní a zavádějící. Podle jeho názoru se zadavatel, vědom si neudržitelnosti situace, pokouší za každou cenu dezinterpretovat skutečnost tak, aby dodal rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zdání legitimacy. Navrhovatel rozkladovou argumentaci stručně shrnuje a ve svém vyjádření se omezuje na ta tvrzení, která jsou dle jeho názoru nejvíce zavádějící. V první řadě časová souvislost průběhu zadávacího řízení a priori vylučuje existenci důvodů hodných zvláštního zřetele. Zadavatel rozhodl dne 1. 12. 2009 o výběru nejvhodnější nabídky, lhůta pro podání námitek uplynula dne 18. 12. 2009 a lhůta pro uzavření smlouvy skončila dne 2. 1. 2010. Zákonné důvody pro zrušení zadávacího řízení by musely nastat od 1. 12. 2009 do 2. 1. 2010. Taktéž pravidla pro pořízování majetku musela být zadavateli známa před zahájením zadávacího řízení. Nesouhlas správní rady kromě toho nemá vliv na zákonnou kontraktační povinnost zadavatele při uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky a nemůže představovat důvod hodný zvláštního zřetele. U navrhovatele je navíc předvídatelné, že bude své právo na realizaci veřejné zakázky hájit, a proto není ani na místě hovořit o účelovosti jeho procesních kroků. Navrhovatel konečně zdůrazňuje, že je zastoupen v souladu s § 33 správního řádu, resp. § 151 zákona společností poskytující odborné poradenství a specializované služby. Zastoupení navrhovatele ve správním řízení není vyhrazeno advokátovi, a tedy se nemůže jednat o činnost podléhající zákonu o advokacii, jak se zadavatel domnívá.
12. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
13. 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 podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S88/2010-13898/2010/530/RKr ze dne 11. 10. 2010 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona tím, že neoprávněně zrušil zadávací řízení výše popsané veřejné zakázky, na základě čehož Úřad jako opatření k nápravě zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 2. 2. 2010 o zrušení zadávacího řízení a současně zadavateli ve smyslu § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, nerozhodl správně a v souladu se zákonem, a proto jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání. V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladu

15. Podstata sporu mezi zadavatelem a navrhovatelem tkví v právním posouzení toho, zda zrušení zadávacího řízení, které zadavatel provedl svým rozhodnutím ze dne 2. 2. 2010, mělo oporu v § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Podle tohoto ustanovení zadavatel zruší bez zbytečného odkladu zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. V řízení o rozkladu není pochyb o splnění podmínky, aby zadávací řízení bylo zrušeno „bez zbytečného odkladu“, neboť žádný z účastníků splnění této podmínky nijak nenapadal a nenapadá a ani v řízení v prvním stupni, ani nyní v řízení o rozkladu, nebyly zjištěny okolnosti, které by nasvědčovaly opaku. Zbývá tak pouze vyložit, co zákon míní, hovoří-li o „důvodech hodných zvláštního zřetele, pro něž nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“.

16. Jak již dříve konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, sp. zn. 2 Afs 64/2009, důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. V situaci, kdy v zákoně není neurčitý právní pojem definován, je třeba jeho výklad hledat v účelu zákona, tj. v daném případě musí interpretace být ku prospěchu efektivní hospodářské soutěži. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se dále správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit. Účelem zákona o veřejných zakázkách je vytvořit prostředí, v němž si zadavatel (definovaný v § 2 zákona o veřejných zakázkách) bude moci vybrat na základě transparentního postupu a předem definovaných kritérií nejvýhodnější nabídku a vytvořit mezi relevantními soutěžiteli nediskriminační konkurenční prostředí. Zásady postupu zadavatele jsou výslovně obsaženy v § 6 zákona o veřejných zakázkách, v němž je uvedeno, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zadávací řízení tak musí být zcela pregnantně vymezeno a podmínky nesmí být měněny v jeho průběhu a vybraný uchazeč nesmí být ex post vyloučen pro subjektivní pocit zadavatele. Pokud budou zadávací podmínky nejasné nebo následně umožní více výkladů pro výběr nejvýhodnější nabídky (kdy fakticky bude jen na zadavateli, aby libovolně prohlásil, který výklad je správný a kdo bude tedy vybrán), pak je postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky reálně nekontrolovatelným. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona. Jako příklad důvodu hodného zvláštního zřetele uvedl Nejvyšší správní soud (s odkazem na odbornou literaturu) např. situaci, kdy zadavatel neobdrží příslibenou veřejnou podporu nebo kdy zjistí porušení postupu předepsaného zákonem, který již není možné napravit a v důsledku kterého by zadavateli hrozilo uložení nápravného opatření nebo sankce. Jde tedy o důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku

pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo ve srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení rušeno.

17. Ve světle citovaného rozsudku tedy nezbývá než posoudit, zda důvody, které zadavatele vedly ke zrušení zadávacího řízení, spadají pod výše uvedenou definici, tj. především zda mají objektivní povahu, zda stojí vně zadavatele a zda se dotýkají se samotného smyslu dokončení zadávacího řízení. V porovnání s případem, který byl přezkoumáván výše citovaným rozsudkem, se v nyní přezkoumávaném případě zcela zjevně nejedná o ryze subjektivní důvod (podmínku, aby proti zadavateli žádný z uchazečů nevedl soudní nebo arbitrážní řízení), a tedy konečné rozhodnutí, zda (stručně shrnuto) problémy s konsolidací datové základny po fúzi právních předchůdců zadavatele spadají pod „důvody zvláštního zřetele hodné“, v určitých ohledech přesahuje rámec výše citovaného rozsudku.
18. Vycházím-li z definice „důvodů zvláštního zřetele hodných“ tak, jak ji předestřel Nejvyšší správní soud (resp. Krajský soud v Brně) a jak byla zopakována na samém závěru odstavce č. 16 tohoto rozhodnutí, pak je třeba zkoumat naplnění jednotlivých bodů této definice; na prvním místě tedy splnění předpokladu, aby důvod zrušení zadávacího řízení stál vně zadavatele. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele, původní záměr spojit, sjednotit a optimalizovat jednotlivé procesy zpracování výdajové části informačního systému se ukázal jako nerealizovatelný, a to z důvodu zjištěného odlišného a nekompatibilního fungování původních systémů obou sloučených zdravotních pojišťoven. Vyjádření zadavatele lze tedy rozumět tak, že předmět veřejné zakázky (resp. způsob, jakým byla formulována zadávací dokumentace), se ukázal minimálně jako neodpovídající skutečným potřebám zadavatele, neřkuli přímo nerealizovatelný za situace, která po sloučení obou zdravotních pojišťoven nastala. S ohledem na krátký časový odstup mezi zahájením činnosti zadavatele (1. 10. 2009) a zveřejněním oznámení o zadání veřejné zakázky (9. 10. 2009) je zřejmé, že zadávací dokumentace byla zpracována ještě před oficiálním zahájením činnosti zadavatele, kdy zadavatel sice již nepochybně mohl některé problémy předvídat, nicméně nelze mu klást za vinu, nepředvídal-li všechny potenciální komplikace, případně je nebyl schopen reflektovat v jejich vzájemné souvislosti.
19. Co se týče další podmínky, aby důvody, pro které se zadavatel rozhodne zadávací řízení zrušit, atakovaly samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, v nejobecnější rovině konstatuji, že i přes nespornou ochranu uchazečů zadávacího řízení před svévolným ukončením zadávacího řízení zadavatelem, která je ustanovením § 84 odst. 2 písm. e) zákona sledována, nelze současně tuto ochranu aplikovat za cenu absurdních výsledků. Výklad ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona by tedy neměl vést k tomu, aby byl zadavatel nucen za každou cenu pokračovat v zadávacím řízení, které je pro něj výrazně nevýhodné a které nereflektuje jeho aktuální potřeby, a to tím spíše, pokud je zřejmé, že by v blízké době bylo nutné vypsát další zadávací řízení, které bude řešit nedostatky předchozího, protože předmět veřejné zakázky není možné využít v té podobě, v jaké byl původně poptán. S tím souvisí i další důležitá zásada zadávacího řízení, tj. zásada hospodárnosti, která sleduje efektivní vynakládání veřejných finančních prostředků a jejíž smysl nemůže být popřen. Smysl a účel zadávacího řízení může být také dotčen tehdy, pokud zadavatel ví, že není

schopen poskytnout vybranému uchazeči potřebnou součinnost k realizaci veřejné zakázky, a že by tedy hrozilo zmaření výsledku zadávacího řízení.

20. Přestože všechny tyto důvody byly orgánem dohledu a priori odmítnuty jakožto důvody nespádající pod pojem „důvody zvláštního zřetele hodné“, postrádá odůvodnění napadeného rozhodnutí jejich podrobný skutkový rozbor. Jinými slovy, orgán dohledu se již nezaměřoval na zjištění, zda výše uvedené důvody zadavatel pouze netvrdí a zda skutečně mají oporu v reálné situaci, pouze stručně konstatoval, že zadavatel některé z tvrzených důvodů vůbec neprokázal, resp. že některé důvody uplatnil opožděně. Této otázce je tedy nutné věnovat před vydáním nového rozhodnutí patřičnou pozornost tak, aby do budoucna již nevznikaly pochybnosti o pečlivosti přístupu Úřadu k vyjádření zadavatele.
21. Co se týče dílčí námitky, že navrhovatel není zastoupen v souladu se zákonem o advokacii, uvádím, že ustanovení § 33 správního řádu umožňuje, aby si účastník řízení zvolil zmocněnce. Na rozdíl od jiných procesních předpisů není účastník řízení ve výběru zmocněnce omezen, tedy nemusí se jednat o zmocněnce z řad advokátů, jak se zadavatel mylně domnívá. Pro úplnost však upozorňuji, že ustanovení § 151 zákona, které umožňuje zastoupení jinou osobou splňující předpoklady podle § 74 odst. 7 zákona, na něž navrhovatel ve vyjádření k podanému rozkladu odkazuje, dopadá pouze na osobu zadavatele, nikoli na jednotlivé uchazeče.
22. Ze všech výše uvedených důvodů jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí nebylo věcně správné. Jelikož mi platná právní úprava obsažená ve správním řádu nedovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně nevyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas (což se však v daném případě nestalo), a dále i proto, že jsem odůvodnění napadeného rozhodnutí neshledal jako dostatečně přesvědčivé a zohledňující všechny aspekty zadavatelovy situace a že jsem tím pádem nabyl pochybnosti o tom, zda by v případném soudním přezkumu obstálo v testu přezkoumatelnosti, přistoupil jsem k jeho zrušení a k vrácení věci orgánu dohledu k novému projednání. Při tomto novém projednání se Úřadu otevírá prostor nejen pro vypracování podrobnějšího odůvodnění, ale i k vypořádání všech námitek, které byly uplatněny až v podaném rozkladu a které Úřadu při vydání napadeného rozhodnutí nebyly známy.

VI. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho správnost, zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu.
24. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha

Vypraveno dne:

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