



UOHSX004I3OF

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R51/2012/VZ-2969/2012/310/PMo

Brno 15. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 8. 3. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 9. 3. 2012) podaném navrhovatelem –

- společností **Siemens Enterprise Communications, s. r. o.**, IČ 27599523, se sídlem Průmyslová 1306/7, 102 00 Praha 10,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S259/2011/VZ-19283/2011/530/SWa ze dne 23. 2. 2012 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Všeobecné zdravotní pojišťovny České republiky**, IČ 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rámcová smlouva na rozšíření počtu IP telefonů ve VZP ČR**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057587, ve znění opravy uveřejněné dne 22. 4. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 3. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 56-091007, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 27. 4. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 81-132486,

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-S259/2011/VZ-19283/2011/530/SWa ze dne 23. 2. 2012

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 – Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha, IČ 41197518 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 3. 2011 pod evidenčním číslem 60057587, ve znění opravy uveřejněné dne 22. 4. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 3. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 56-091007, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 27. 4. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 81-132486, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Rámcová smlouva na rozšíření počtu IP telefonů ve VZP ČR“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 5 zadávací dokumentace uzavření rámcové smlouvy s jedním uchazečem na dodávky IP telefonů, telefonních bran včetně odpovídajících licencí a dalších součástí za účelem rozšíření počtu telefonních zařízení (sad) ve vlastnictví zadavatele. V bodě 14 zadávací dokumentace je stanoven požadavek na předložení vzorků IP telefonů, jejichž dodávka je předmětem veřejné zakázky s tím, že jako kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v bodě 12 zadávací dokumentace zvolil nejnižší nabídkovou cenu.
2. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 3 nabídky, přičemž všechny vyhověly kontrole úplnosti dle § 71 odst. 8 zákona, což vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 12. 5. 2011. Po posouzení předložených vzorků rozhodl o vyloučení uchazeče Siemens Enterprise Communications, s. r. o., se sídlem Průmyslová 1306/7, 102 00 Praha 10, IČ 27599523 (dále jen „**navrhovatel**“), neboť neprokázal splnění technického

¹ Pozn.: pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona. Proti rozhodnutí zadavatele ze dne 31. 5. 2011 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (které navrhovatel obdržel dne 6. 6. 2011) podal navrhovatel dopisem ze dne 15. 6. 2011 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Dne 22. 6. 2011 vydal zadavatel rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele (které navrhovatel obdržel dne 27. 6. 2011). Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za souladné se zákonem, podal dopisem ze dne 1. 7. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) obdržel návrh dne 1. 7. 2011 a tímto dnem bylo dle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne). Navrhovatel spatřoval porušení zákona v tom, že k jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení došlo na základě netransparentního a chybného posouzení zboží určeného k dodání namísto posouzení skutečné technické kvalifikace uchazeče. Navrhovatel má za to, že byl ze zadávacího řízení vyloučen neoprávněně pro absenci speciálních vlastností řešení (CUCM, TFTP, SCCP), neboť tyto pro svou technickou povahu ve fázi posouzení kvalifikace uchazečů posuzovány být neměly (mohly být příp. hodnoceny v další fázi procesu). Dle něj byly postupem zadavatele porušeny § 6, § 45 odst. 3, § 46 odst. 3 a § 59 odst. 1 zákona. K porušení § 46 odst. 1 zákona pak došlo dle navrhovatele tím, že zadavatel neformuloval technické podmínky veřejné zakázky s odvoláním na obecně platné normy. Ve vztahu k rozhodnutí o nevyhovění námitkám uvedl, že zadavatel námitky nepřezkoumal v plném rozsahu, ačkoliv mu to ukládá § 111 odst. 1 zákona. Námitky směřovaly proti rozhodnutí o vyloučení, zejména proti netransparentnímu posouzení zboží pod záminkou posouzení kvalifikace uchazeče. Zadavatel však námitkám nevyhověl s poukazem na to, že navrhovatel nepodal námitky proti zadávacím podmínkám nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, aniž zkoumal meritorní aspekty vyloučení navrhovatele.
4. Navrhovatel doplnil, že ve fázi před podáním nabídky a následným vyloučením ze zadávacího řízení neměl důvod podat námitky proti zadávacím podmínkám, protože veškeré požadavky byly v této fázi „kompenzovány“ prohlášením zadavatele v zadávací dokumentaci, že umožňuje pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení v souladu s § 46 odst. 3 zákona. Porušení zákona se projevila teprve tehdy, když zadavatel použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení neumožnil a navrhovatele vyloučil. K důvodům uvedeným v rozhodnutí o jeho vyloučení namítl, že zkratky „CUCM“ (Cisco Unified Communications Manager) a „SCCP“ (Skinny Client Control Protocol) jako povinné vlastnosti požadovaných vzorků vymezují vlastnosti relevantních produktů pouze jediného výrobce Cisco s tím, že zkratka „TFTP“ (Trivial File Transfer Protocol) vymezuje v podstatě pouze část funkcí, jež skýtají produkty podporující protokol FTP (File Transfer Protocol). Zadavatel tím zaručuje úzké skupině dodavatelů produktů Cisco konkurenční výhodu a zároveň dodavatelům ostatním vytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Dle navrhovatele je zřejmé, že jeho nabídka neměla být při posouzení kvalifikace vyloučena a měla být postoupena do následného procesu hodnocení nabídek.
5. Dne 25. 7. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu. Dle něj v souladu s § 56 odst. 1 písm. e) zákona požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů

dodavatele předložení vzorků poptávaného plnění a v příloze č. 1 zadávací dokumentace „Specifikace předmětu plnění“ stanovil jasně a určitě minimální úroveň parametrů poptávaného zboží. Zadavatel ve smyslu § 46 odst. 4 zákona v závislosti na předmětu veřejné zakázky, kdy nemusí být vždy vhodné či možné formulovat technické podmínky odkazem na technické normy, specifikoval v zadávacích podmínkách požadované parametry předmětu plnění z hlediska jeho nároků na výkon či funkci poptávaného zboží. Požadavky na parametry zboží jsou přesné a zřejmé do takové míry, aby uchazečům umožnily identifikovat jednoznačně potřeby zadavatele, a aby tak mohli podat vyhovující nabídky. Navrhovatel si nesprávně vysvětlil zadavatelem poptávaný předmět plnění a místo rozšíření stávajícího počtu IP telefonů se domníval, že se jedná o náhradu podle navrhovatele „staršího“ systému IP telefonie za nový, i když za použití některých prvků stávajícího systému, což umožňuje výklad dvou způsobů nasazení systému navrhovatele, a to buď jako integrace se stávající technologií nebo úplná náhrada systému CUCM. Obě tato řešení však nejsou podle zadavatele realizovatelná bez dalších vícenásobků, které však navrhovatel do své nabídky nezahrnul.

6. K odkazu na ustanovení § 45 odst. 3 zákona obsaženému v zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že pokud by nabídka navrhovatele obsahovala vzorky zboží včetně jejich popisu, ze kterých by jednoznačně vyplývalo splnění zadavatelem stanovených požadavků na parametry poptávaného zboží, pak by zadavatel navrhovatele nevyloučil. Podle zadavatele však ze samotné nabídky, jakož i z obsahu námitek proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, explicitně nevyplývá, jakým způsobem navrhovatel splňuje veškeré požadavky zadavatele na technické parametry zboží. Zadavatel je toho názoru, že žádným způsobem neomezil a nevyloučil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, protože navrhovatelem nabízené vzorky zboží nelze považovat za plnění, které vyhovuje požadavkům zadavatele. Vyjádřil nesouhlas s navrhovatelem v tom, že požadavky zadavatele zaručují konkurenční výhodu úzké skupině dodavatelů produktů jediného výrobce Cisco a zároveň vytvářejí neodůvodněné překážky hospodářské soutěže pro ostatní dodavatele, a to z důvodu, že v předmětném zadávacím řízení se nejedná o nahrazení stávajícího systému zadavatele systémem novým, ale o rozšíření již existujícího systému IP telefonie, a tudíž zadavatel řadu těchto technických požadavků nemohl svým jednáním ovlivnit.
7. Úřad oznámil zahájení správního řízení jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S259/2011/VZ-11529/2011/530/SWa ze dne 4. 8. 2011. Dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S259/2011/VZ-11530/2011/530/SWa ze dne 4. 8. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Napadené rozhodnutí

8. Dne 23. 2. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S259/2011/VZ-19283/2011/530/SWa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části I. ve smyslu § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítl návrh navrhovatele v části týkající se stanovení zadávacích podmínek, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele v části týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

9. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl Úřad ve vztahu k výrokové části I. napadeného rozhodnutí následující skutečnosti. Součástí návrhu navrhovatele byla mimo jiné námitka, že zadavatel vymezil zadávací podmínky v rozporu s § 45 odst. 3 zákona, neboť jsou nastaveny tak, že určitým dodavatelům zaručují konkurenční výhodu a vytvářejí neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Dle Úřadu se v případě těchto námitek jedná o námitky, které směřují proti zadávacím podmínkám. Dle § 110 odst. 3 zákona je navrhovatel povinen doručit námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek s tím, že lhůta pro podání nabídek byla v oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejněném v informačním systému o veřejných zakázkách stanovena do 3. 5. 2011 a poté zadavatelem prodloužena do 12. 5. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 17. 5. 2011. Navrhovatel však do tohoto data námitky proti podmínkám zadání zadavateli nepodal a své první námitky doručil zadavateli až dne 15. 6. 2011. Dále Úřad poukázal na tvrzení navrhovatele, že ve fázi před podáním nabídky neměl důvod podat námitky proti zadávacím podmínkám, protože veškeré sporné požadavky zadavatele byly v této fázi „kompenzovány“ prohlášením, že zadavatel umožňuje pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a porušení zákona se projevilo teprve tehdy, když zadavatel použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení neumožnil a navrhovatele vyloučil. K této námitce (dle níž se nezákonnost zadávacích podmínek projevila až při posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů) Úřad poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011 (dále jen „**rozsudek NSS**“).
10. Z rozsudku NSS dle Úřadu vyplývá, že s námitkami proti zadávacím podmínkám nelze vyčkávat až na okamžik, kdy budou aplikovány v další fázi zadávacího řízení, ale musí být uplatněny ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Úřad v této souvislosti uzavřel, že navrhovatel měl nejprve podat námitky proti stanovení technických požadavků zadavatele (ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám) a poté (což v daném případě učinil) podat námitky proti aplikaci zadávacích podmínek, tedy proti posouzení, zda lze nabídku navrhovatele považovat za jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení. Dle Úřadu tedy byly námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám podány opožděně, a proto navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu – tou je dle Úřadu pouze osoba, která podala námitky ve smyslu ustanovení § 110 odst. 7 zákona, tzn. řádně a včas. V tomto kontextu Úřad neakceptoval tvrzení navrhovatele, že zadavatel v rozporu se zákonem nevyřídil námitky navrhovatele v plném rozsahu s odůvodněním, že se týkají především zadávacích podmínek – zadavatel není ve smyslu § 111 odst. 4 zákona povinen rozhodovat o námitkách, které byly podány opožděně. Zadavatel však o námitkách navrhovatele rozhodoval a v odůvodnění rozhodnutí se vyjádřil i k části námitek týkajících se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že se jedná převážně o námitky proti zadávacím podmínkám (které byly podány opožděně) a poučil navrhovatele o možnosti podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Úřad proto v postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele neshledal porušení zákona, neboť podstatná část námitek skutečně směřovala proti zadávacím podmínkám a zadavatel tedy nebyl povinen se s těmito námitkami vypořádat.

11. Ve vztahu k výrokové části II. napadeného rozhodnutí pak Úřad poznamenal následující. V první řadě poukázal na bod 8.2 „*Technické kvalifikační předpoklady*“ kvalifikační dokumentace, v němž stanovil způsob prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona následovně: „*Dodavatel předloží vzorky zboží určeného k dodání. Dodavatel předloží vzorky zboží (1 ks telefonu typu A, 1 ks telefonu typu B a 1 ks telefonu typu C), včetně příslušenství, přesného a úplného popisu zboží (viz bod 10.1 písm. a) zadávací dokumentace) a návodu k obsluze v ochranném obalu společně s nabídkou. Popis a minimální vlastnosti požadovaných vzorků jsou uvedeny v technických podmínkách (bod 6 zadávací dokumentace) a technické specifikaci (příloha č. 1 zadávací dokumentace – specifikace předmětu plnění). Uchazeč dodá požadované vzorky na adresu zadavatele, která je uvedena na formuláři „Oznámení o zakázce“, nejpozději do konce lhůty pro podání nabídek. Zájemce splňuje tento kvalifikační předpoklad, pokud z doložených vzorků (otestování v ostrém provozu zadavatele) a jejich popisu (technická specifikace, technické parametry) bude patrné, že zájemcem nabízené zboží splňuje minimální požadavky zadavatele stanovené v technických podmínkách (bod 6 zadávací dokumentace) a technické kvalifikaci (příloha č. 1 zadávací dokumentace – specifikace předmětu plnění).“ V bodě 6 zadávací dokumentace „Technické podmínky“ dle § 45 zákona, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel uvedl, že součástí zadávacích podmínek je technická specifikace předmětu plnění, která tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace.*
12. V příloze č. 1 zadávací dokumentace „*Specifikace předmětu plnění*“ je stanoveno, že veškeré požadavky zadavatele na parametry zboží představují minimální úroveň, která musí být uchazečem dodržena. Zadavatel požadoval mimo jiné dodávku 3 kategorií IP telefonů (IP telefon typu A pro řadové pracovníky, IP telefon typu B pro vedoucí pracovníky a IP telefon typu C pro pracovníky sekretariátu), u nichž vymezil následující technické podmínky: a) *povinné* – napájení přes Ethernet IEEE 802.3af PoE, nebo přes externí DC zdroj, signalizace: SCCP (Skinny Client Control Protocol), SIP, VLANy dle 802.1q, Tagování dle 802.1p, kodeky G.711a, G.711, G.729a, G.729ab, upgrade před TFTP, VAD (Voice Activity Detection), DHCP, integrovaný 10/100 ethernet switch pro připojení do LAN a pro připojení PC, DLU licence pro CUCM v.6.1 (odběratel předpokládá přechod na verzi CUCM v.7.5/CUCM v.8 během trvání rámcové smlouvy). Počty DLU licencí jsou již zahrnuty v celkovém počtu požadovaných licencí v Příloze č. 3 (Cenové tabulce), nutná kompatibilita pro CUCM v8.0 a vyšší; b) *minimální vybavení* – grafický monochromatický displej min. 396 x 81 pixelů, min. 4 programovatelná funkční tlačítka, řízení hlasitosti vyzvánění, reproduktoru a sluchátka, min. 3 funkční tlačítka, min. 2 (IP telefon typu A) / 4 (IP telefon typu B) / 12 (IP telefon typu C) tlačítek na nezávislé linky či předvolby, s indikací stavu, plně duplexní hlasitý telefon s odstraněním echa a s indikací, možnost připojení náhlavní soupravy“.
13. Následně Úřad podotkl, že k prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona navrhovatel předložil vzorek přístroje OpenStage 40S s rozšiřujícím modulem, který dle navrhovatele splňuje požadované vlastnosti všech 3 typů IP telefonů A, B, C. V bodě 1.3.1.2, „Vzorky přístrojů“ nabídky navrhovatel doporučuje IP telefon testovat se systémem OpenScape Voice, který je navržen jako centrální komunikační prvek celého řešení. Pod bodem 1 „Specifikace předmětu plnění“ nabídky poté uvádí, že jím nabízené plnění představuje jiné, avšak kvalitativně a technicky obdobné řešení. Řešení nabízené

navrhovatelem je postaveno na produktech OpenScape a Openstage. Základem řešení navrhovatele je dodávka implementace centrálního komunikačního systému OpenScape Voice V5, který by měl nahradit stávající systém Cisco CallManager. Pod bodem 1.3.1.3 „Využití přístrojů jiných výrobců v rámci navrženého řešení“ nabídky uvedl, že centrální komunikační systém OpenScape Voice podporuje standardní SIP rozhraní pro připojování koncových přístrojů, proto je možné k systému registrovat i koncové přístroje jiných výrobců, které mají standardní SIP rozhraní. Funkcionalita takto využitých přístrojů je přitom dána funkcemi obsaženými a popsány standardním SIP protokolem. Na základě posouzení kvalifikace uchazečů zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, jelikož předložené vzorky a technická specifikace zboží určeného k dodání nesplňují požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 31. 5. 2011 uvedl, že navrhovatelem nabízené zboží nepodporuje licence stávajícího systému zadavatele (DLU licence pro CUCM v6.1), neboť z nabídky navrhovatele vyplývá, že jím nabízený systém OpenScape Voice V5 disponuje pouze licencemi systému OpenScape Voice. Navrhovatelem nabízené zboží dle zadavatele dále neřeší plnou kompatibilitu pro CUCM v8.0 a vyšší, nesplňuje možnost update přes TFTP a rovněž možnost signalizace SCCP.

14. Poté se Úřad vyjádřil k námitce navrhovatele, dle níž jej zadavatel nesprávně vyloučil na základě posouzení vzorků, ačkoliv tyto ve fázi posouzení kvalifikace posuzovány být neměly. Dle Úřadu je požadavek na předložení vzorků podle § 56 odst. 1 písm. e) zákona jedním z technických kvalifikačních předpokladů, jejichž prokázání může zadavatel požadovat. Účelem tohoto kvalifikačního předpokladu je především prokázat, že zboží určené k dodání odpovídá požadavkům zadavatele stanoveným v zadávacích podmínkách s tím, že tato skutečnost se posuzuje ve fázi posouzení splnění kvalifikačních předpokladů. K tvrzení navrhovatele, že byl neoprávněně vyloučen pro nesplnění netransparentně stanovených technických podmínek (neboť v nich dostatečně určitě nebyly stanoveny požadavky zadavatele na minimální vlastnosti předložených vzorků) Úřad poznamenal, že veškeré technické podmínky zadavatele, jejichž nesplnění je navrhovateli vytýkáno, jednoznačně vyplývají ze zadávací dokumentace a jejich příloh, konkrétně z bodu 1.1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace „Specifikace předmětu plnění“, uvozené nadpisem „Povinné“. Navrhovatel ve své argumentaci v návrhu zaměřuje pojmy „minimální vybavení“ a minimální úroveň parametrů zboží, která musí být uchazečem dodržena. Z nabídky navrhovatele je přitom zřejmé, že si byl vědom všech zadavatelem požadovaných technických parametrů, když jeho nabídka (na stranách 27 až 30) obsahuje tabulku, ve které navrhovatel uvádí způsob splnění všech sporných požadavků zadavatele u zboží nabízeného navrhovatelem.
15. K námitce navrhovatele, dle níž zadavatel v rozporu se zákonem a zadávacími podmínkami nepřipustil i jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení nabízené navrhovatelem, uvedl Úřad tyto skutečnosti. Zdůraznil, že navrhovatel v nabídce uvedl, že nabízené přístroje doporučuje testovat se systémem OpenScape Voice, který je navržen jako centrální komunikační prvek celého řešení. Navrhovatel dále nabízí využití stávajících IP telefonů zadavatele, přičemž uvádí, že jejich funkcionalita by byla definována standardním SIP protokolem. Zadavatel však toto řešení odmítá, neboť funkcionalita přístrojů ve vlastnictví zadavatele omezená SIP protokolem neodpovídá potřebám zadavatele. K zajištění plné

funkcionality systému IP telefonie rozšířeného o přístroje a centrální komunikační systém navrhovatele by tak podle zadavatele bylo nutné vyměnit i stávající IP telefony zadavatele za přístroje nabízené navrhovatelem, což by znamenalo další náklady nezahrnuté do nabídkové ceny navrhovatele. Dle Úřadu bylo záměrem zadavatele a předmětem veřejné zakázky rozšíření a modernizace stávajícího systému IP telefonie zadavatele založeného na řídicí aplikaci Cisco Unified Communications Manager – navrhovatel však v nabídce nenabídl rozšíření stávajícího systému zadavatele, ale řešení spočívající v nahrazení centrálního komunikačního systému zadavatele Cisco CallManager systémem OpenScape Voice V5, které by vyvolalo dodatečné náklady spočívající přinejmenším v nutnosti výměny stávajících IP telefonů. V daném případě tedy navrhovatel ve své nabídce nenabídl plnohodnotnou náhradu stávajícího systému zadavatele. Na základě výše uvedených skutečností Úřad učinil závěr, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když testoval funkcionality navrhovatelem předloženého vzorku IP telefonu určeného k dodání a následně navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení na základě posouzení vzorku a nabídky navrhovatele, neboť zboží nabízené navrhovatelem nespňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách.

II. Námitky rozkladu

16. Dne 8. 3. 2012 podal navrhovatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 9. 3. 2012, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
17. Navrhovatel v první řadě namítá, že napadené rozhodnutí není v souladu se zákonem již po formální stránce, poněvadž Úřad v obou jeho výrokových částech nesprávně odkazuje na ustanovení zákona, jež neodpovídají jeho aktuálnímu znění.
18. Dále navrhovatel poukazuje na argumentační deficit napadeného rozhodnutí. Ten dle něj spočívá zejména v bodech 42. a 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je odkazováno na rozsudek NSS. Navrhovatel poukazuje na bod 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad s odkazem na rozsudek NSS uvádí následující: *„s námitkami proti zadávacím podmínkám nelze vyčkávat až na okamžik, kdy budou aplikovány v další fázi zadávacího řízení, ale musí být uplatněny ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Úřad tedy uzavírá, že navrhovatel měl nejprve podat námitky proti stanovení technických požadavků zadavatele ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám a poté, což v šetřeném případě učinil, podat námitky směřující proti aplikaci zadávacích podmínek, tj. proti posouzení, zda lze nabídku navrhovatele považovat za jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení“*. Navrhovatel v této souvislosti zdůrazňuje, že podstata případu, jímž se rozsudek NSS zabýval, je odlišná od podstaty předmětného případu. V obecné rovině je skutečně zřejmé, že *„s námitkami proti zadávacím podmínkám nelze vyčkávat až na okamžik, kdy budou aplikovány v další fázi zadávacího řízení, ale musí být uplatněny ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám“*. V tomto případě se však dle navrhovatele jedná o odlišnou situaci – ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám nebyl objektivní důvod námitky proti zadávacím podmínkám podat (ani podání zvažovat), poněvadž veškeré potenciálně „kritické“ požadavky byly v této fázi „kompenzovány“ ustanovením obsaženým v zadávací dokumentaci (kapitola 5 odstavec 3), že se pro plnění veřejné zakázky umožňuje použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení v souladu s ustanovením

§ 46 odst. 3 zákona. Navrhovatel zdůrazňuje, že porušení zákona se projevila teprve tehdy, když zadavatel použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení neumožnil a navrhovatele vyloučil. Z toho důvodu navrhovatel nepodal námitky proti zadávacím podmínkám. Problém vznikl až tehdy, když zadavatel svévolně neumožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení a navrhovatele v rozporu s příslušnými ustanoveními zadávací dokumentace vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Dle navrhovatele se Úřad s výše uvedenými skutečnostmi v odůvodnění napadeného rozhodnutí řádně nevypořádal.

19. Dále namítá, že argumentační deficit napadeného rozhodnutí spočívá rovněž v bodech 51. až 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Poukazuje na porušení zákona spočívající v tom, že k jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení došlo na základě postupu zadavatele, který místo posouzení skutečné technické kvalifikace uchazeče byl netransparentním posouzením zboží určeného k dodání. Jedná se o zásadní rozpor s ustanovením § 59 odst. 1 zákona, jelikož samotné požadavky, z jejichž hlediska bylo posuzováno, nebyly stanoveny v souladu se zákonem, a jednak v tom, že pro svou povahu být posuzovány ani neměly, jelikož šlo o technické specifikace řešení (ty by měly být případně hodnoceny až v následné fázi). To znamená, že tzv. výsledky (účelového) posouzení uvedené v rozhodnutí o vyloučení jsou zjevně v rozporu s ustanovením § 46 odst. 3 a § 45 odst. 3 zákona a rovněž i s výslovným ustanovením uvedeným v kapitole 5 odstavci 3 zadávací dokumentace (tedy umožnění použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení). Pro celkovou netransparentnost posuzování určitých technických vlastností řešení, jež byly (neurčitými odkazy v rámci zadávací dokumentace) stanoveny jako tzv. „minimální úroveň, která musí být uchazečem dodržena“, se pak jedná i o porušení ustanovení § 6 zákona.
20. Nadto navrhovatel konstatuje, že v příloze č. 1 „Specifikace předmětu plnění“ v rámci stanovených specifikací na jednotlivé typy vzorků požadovaných k předložení (s odvoláním na § 56 odst. 1 písm. e) zákona) žádný z význaků (CUCM, TFTP, SCCP), pro jejichž údajnou absenci v předložených vzorcích byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení, nebyl uveden ve výčtech tzv. „minimálního vybavení“ požadovaných vzorků. Vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve fázi posouzení nabídek – odůvodněné absencí speciálních vlastností řešení (CUCM, TFTP, SCCP) nebylo oprávněné, protože tyto význaky ani nebyly uvedeny jakožto „minimální vybavení“ požadovaných vzorků. Ani s těmito skutečnostmi se Úřad dle navrhovatele v odůvodnění napadeného rozhodnutí řádně nevypořádal.
21. Dle navrhovatele byla jako důvod pro vyloučení uchazeče z důvodu nedostatku části technické kvalifikace uchazeče uvedena absence těchto položek předmětu plnění: 1. DLU licence pro CUCM v6.1, 2. Plná kompatibilita pro CUCM v8.6, 3. Update přes TFTP, 4. Signalizace SCCP, SIP. K výše uvedeným požadavkům (uplatněným v kvalifikační dokumentaci) namítá, že kromě porušení § 46 odst. 1 zákona (neboť technické podmínky jsou formulovány s odvoláním nikoliv na obecně platné normy) tyto požadavky samy o sobě zaručují konkurenční výhody úzké skupině dodavatelů produktů jediného výrobce Cisco a zároveň vytvářejí neodůvodněné překážky hospodářské soutěže ostatním dodavatelům. V zadávací dokumentaci jsou však tyto diskriminační požadavky „vypořádány“ ve smyslu ustanovení § 46 odst. 3 zákona, jež pro řádně stanovené podmínky zadavateli ukládá

připustit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Dále doplňuje, že v kapitole 5 odstavci 3 zadávací dokumentace je uvedeno: „*V případě, že tato zadávací dokumentace obsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, zadavatel umožňuje pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení*“. Dle navrhovatele se toto alternativní ustanovení vztahuje i na kvalifikační dokumentaci (jež je součástí zadávací dokumentace) a je tedy nadřazeno netransparentnímu uplatnění požadavků na tzv. „minimální vlastnosti“ požadovaných vzorků v kontextu kvalifikace uchazeče. Zadavatel proto v souvislosti s posouzením nepatříčně stanovených tzv. „minimálních vlastností“ požadovaných vzorků konal nejen v rozporu s příslušnými ustanoveními zákona, nýbrž i v přímém rozporu s vlastním (alternativním) ustanovením o umožnění použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Závěr rozkladu

22. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, anebo změnil na nařízení nového posouzení a hodnocení nabídek včetně nabídky navrhovatele.

III. Řízení o rozkladu

23. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
24. 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.
25. Pokud se jedná o navrhovatelem deklarované nedodržení postupu stanoveného v ustanovení § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když v odůvodnění napadeného rozhodnutí není najisto postaveno, zda zadavatel v rámci zadávací dokumentace skutečně umožnil i použití jiného, kvalitativně a technicky obdobného řešení, a zda byl navrhovatel vyloučen oprávněně, resp. zda zadavatel (ne)stanovil technické podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, nabyt jsem pochybnosti, zda lze způsob, jakým se s touto problematikou orgán dohledu v napadeném rozhodnutí vypořádal, považovat za dostatečný, srozumitelný a především přezkoumatelný.
26. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrné, zda se orgán dohledu zabýval všemi skutečnostmi, které vyšly v průběhu řízení najevo, a tedy zda dostal požadavku uvedenému v ustanovení § 3 správního řádu a zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro zajištění souladu konečného rozhodnutí s platnými právními předpisy. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí

a k jeho vrácení orgánu dohledu k novému projednání. V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

27. Z výše uvedených důvodů jsem tedy rozhodnutí č. j. ÚOHS-S259/2011/VZ-19283/2011/530/SWa ze dne 23. 2. 2012, kterým Úřad zamítl návrh navrhovatele v části týkající se stanovení zadávacích podmínek ve smyslu § 118 odst. 4 písm. c) zákona, a dále dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele v části týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, ve smyslu ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. K námitkám rozkladu

28. V první řadě mám za nutné konstatovat, že neobstojí námitka navrhovatele spočívající v tvrzení, že napadené rozhodnutí není v souladu se zákonem, jelikož v obou jeho výrokových částech Úřad nesprávně odkazuje na ustanovení zákona neodpovídající jeho aktuálnímu znění. V této souvislosti je vhodné upozornit na (přechodné) ustanovení § 158 odst. 1 zákona, dle něhož *„Zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů“*. V ustanovení § 158 odst. 2 zákona je pak stanoveno, že *„V řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů“*. S ohledem na výše uvedené je proto zřejmé, že Úřad postupoval zcela správně a v souladu s přechodnými ustanoveními zákona, když v napadeném rozhodnutí odkazoval na ustanovení znění zákona účinného v době zahájení zadávání předmětné veřejné zakázky. Jinými slovy, na znění zákona účinného v době odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, a to ve smyslu ustanovení § 26 odst. 1 písm. a) zákona. Tato námitka navrhovatele tedy nemůže obstát.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

29. Předně uvádím, že důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí je skutečnost, že se nemohu ztotožnit s konstatováním Úřadu obsaženým v napadeném rozhodnutí, dle něhož byly námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám podány opožděně, protože navrhovatel není osobou oprávněnou pro podání návrhu. Shodně s navrhovatelem mám za to, že se Úřad s touto problematikou řádným způsobem nevypořádal. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, podle něhož obsahuje odůvodnění napadeného rozhodnutí (resp. jeho body 42. a 43.) argumentační deficit, uvádím následující skutečnosti. V tomto kontextu nemohu zpochybnit námitku navrhovatele, že v obecné rovině lze přisvědčit závěru (obsaženému právě v rozsudku NSS), dle něhož *„s námitkami proti zadávacím podmínkám nelze vyčkávat až na okamžik, kdy budou aplikovány v další fázi zadávacího řízení, ale musí být uplatněny ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám“*. Jak je však explicitně uvedeno přímo v bodě [35.] odůvodnění rozsudku NSS, *„je nutno od sebe odlišovat situace, kdy podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat,*

aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až v pozdější fázi zadávacího řízení“. Jak je dále konstatováno v tomto bodě odůvodnění rozsudku NSS, *„jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací“.*

30. V obecné rovině nelze zpochybnit související argumentaci obsaženou v bodě [24.] odůvodnění rozsudku NSS, dle níž *„koncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí“* s tím, že *„celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve“.* Mám však za to, že se v daném případě mohlo jednat o situaci, kdy navrhovatel nemohl reálně napadnout předmětné zadávací podmínky ihned poté, co se s nimi seznámil. Navrhovatel v tomto případě netušil, že by měl podat námitky proti zadávacím podmínkám (resp. zvažovat jejich podání) ve lhůtě pro jejich podání – nezákonnost zadávacích podmínek se totiž v tomto případě vyjevila až v pozdější fázi zadávacího řízení. Se zřetelem na tyto skutečnosti tedy podotýkám, že závěry obsažené v rozsudku NSS nejsou aplikovatelné na předmětné správní řízení právě z důvodů odlišných skutkových okolností obou případů.
31. Je třeba zdůraznit, že s ohledem na výše uvedené tak v daném případě neobstojí argumentace obsažená v bodě 43. odůvodnění napadeného rozhodnutí (odkazující na rozsudek NSS), dle níž *„Z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu vyplývá, že s námitkami proti zadávacím podmínkám nelze vyčkávat až na okamžik, kdy budou aplikovány v další fázi zadávacího řízení, ale musí být uplatněny ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Úřad tedy uzavírá, že navrhovatel měl nejprve podat námitky proti stanovení technických požadavků zadavatele ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám a poté, což v šetřeném případě učinil, podat námitky směřující proti aplikaci zadávacích podmínek, tj. proti posouzení, zda lze nabídku navrhovatele považovat za jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení“.* Pokud by bylo orgánem dohledu postaveno na jisto, že zadavatel stanovil příslušné technické podmínky v zadávací dokumentaci v rozporu s ustanovením § 45 odst. 3 zákona s tím, že tak navrhovatel nebyl povinen podat *námitky proti zadávacím podmínkám* ještě ve fázi před podáním nabídky ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona (respektive nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek), jelikož by nemohl předvídat, že zadavatel bude postupovat v rozporu s jím stanovenými technickými podmínkami, bylo by nutné přisvědčit předmětné argumentaci navrhovatele, dle níž by se za této situace příslušná porušení zákona projevila až tehdy, když zadavatel jím navrhované použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení neumožnil a navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučil. Navrhovatel by tedy reálně neměl možnost v první fázi zadávacího řízení napadnout samotné zadávací podmínky s tím, že by postupoval správně, když by proti zadávacím podmínkám brojil až v následné (druhé) fázi zadávacího řízení (tedy až ve fázi aplikace zadavatelem stanovených zadávacích podmínek) a zpochybnit tak způsob, jakým byly tyto podmínky v praxi zadavatelem aplikovány.

32. Za této situace by tedy po navrhovateli nešlo spravedlivě požadovat, aby podal námitky již proti zadávacím podmínkám (ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona), neboť by si této nezákonnosti nemohl být v dané fázi zadávacího řízení vědom. S ohledem na výše uvedené by totiž nemohl předvídat, že zadavatel (až ve fázi aplikace jím stanovených technických požadavků) svévolně neumožní použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení a navrhovatele v rozporu s příslušnými ustanoveními zadávací dokumentace z účasti v zadávacím řízení vyloučí. V takovém případě by námitky navrhovatele nemohly být považovány za opožděné, z čehož by vyplývalo, že by navrhovatel byl osobou oprávněnou pro podání návrhu. Tato skutečnost by měla za následek nesplnění požadavků pro zamítnutí návrhu předvídaných v ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona, což by zakládalo nezákonnost napadeného rozhodnutí. Úřad se zřetelem na výše uvedené nepostupoval správně a v souladu se zákonem, když v postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele neshledal porušení zákona, neboť s ohledem na výše uvedené skutečnosti byl zadavatel povinen se s námitkami navrhovatele (proti zadávacím podmínkám) vypořádat.
33. Druhým důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí (a vrácení věci Úřadu k novému projednání) je pochybnost o tom, zda orgán dohledu dostatečným způsobem přezkoumal všechny skutečnosti vztahující se k navrhovatelem konstatovanému porušení ustanovení § 45 odst. 3 zákona ze strany zadavatele, a zda tedy zadavatel v daném případě nenastavil předmětné zadávací podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručily konkurenční výhodu a vytvořily neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, a zda se zadavatel rovněž nedopustil porušení ustanovení § 46 odst. 1 zákona tím, že technické podmínky veřejné zakázky neformuloval s odvoláním na obecně platné normy, a zda se zadavatel nedopustil porušení ustanovení § 6 zákona, když v této souvislosti vyvstala pochybnost, zda byly zadávací podmínky stanoveny transparentně, neboť orgánem dohledu nebylo postaveno zcela najisto, zda z předmětných zadávacích podmínek jednoznačně vyplývaly požadavky zadavatele, pro jejichž nesplnění byl navrhovatel vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
34. V obecné rovině je vhodné zmínit, že zadavatel je při formulaci technických podmínek povinen dodržovat obecné zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v ustanovení § 6 zákona (včetně zásady diskriminace) s tím, že nevhodná formulace technických podmínek může způsobit zvýhodnění některého z dodavatelů, aniž by to bylo ve fázi přípravy zadávacích podmínek zřejmé. Důsledky takové formulace se proto mohou projevit až v pozdější fázi zadávacího řízení. Je tedy zřejmé, že bezdůvodně přísné nastavení technických podmínek zadavatele může neoprávněně zvýhodnit určité dodavatele, přičemž předmět dané veřejné zakázky by mohli plnit i jiní dodavatelé, kteří by byli ze zadávacího řízení vyloučení z důvodu nadbytečných technických podmínek zadavatele. Technické požadavky na předmět plnění veřejné zakázky tak vždy musí být zadavatelem zdůvodnitelné.
35. S ohledem na to, že výše uvedené skutečnosti nebyly v odůvodnění napadeného rozhodnutí ze strany Úřadu dostatečným a zároveň přezkoumatelným způsobem posouzeny, nelze se adekvátně vypořádat s relevantními námitkami navrhovatele vznesenými v rozkladu. Předně se nelze najisto vypořádat s tvrzením navrhovatele, dle něhož byl z předmětného zadávacího řízení neoprávněně vyloučen, a to z důvodu nesplnění netransparentně

stanovených technických podmínek. V této souvislosti zdůrazňuji, že Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí přesvědčivě neodůvodnil, zda byly požadavky zadavatele na minimální vlastnosti předložených vzorků v zadávací dokumentaci stanoveny dostatečně určitě. Úřad v bodě 57. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že *„veškeré technické podmínky zadavatele, jejichž nesplnění je navrhovateli vytýkáno, jednoznačně vyplývají z výše citovaných pasáží zadávací dokumentace a jejich příloh“*. V bodě 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí poté konstatuje: *„Navrhovatel zadavateli k plnění veřejné zakázky nabídl a jako vzorek předložil IP telefony, které není možné provozovat ve stávajícím systému IP telefonie zadavatele založeném na řídicí aplikaci Cisco Unified Communications Manager. Tato skutečnost se potvrdila při testování vzorku IP telefonu navrhovatele, který se k systému zadavatele vůbec nepodařilo zaregistrovat, a nebylo tedy možné ověřit, zda vzorek navrhovatele splňuje požadované funkcionality. Z nabídky navrhovatele pak bylo zjištěno, že přístroje nabízené navrhovatelem nesplňují ani další požadavky zadavatele na kompatibilitu s jeho stávajícím systémem IP“*.

36. V této souvislosti však orgán dohledu nepostavil najisto otázku obsaženou v námitce navrhovatele, zda zadavatel (v rozporu se zákonem) v zadávacích podmínkách opravdu nepřipustil i jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení nabízené navrhovatelem. V tomto kontextu Úřad v bodě 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze poznamenal, že *„Navrhovatel ve své nabídce uvádí, že nabízené přístroje doporučuje testovat se systémem OpenScape Voice, který je navržen jako centrální komunikační prvek celého řešení. Navrhovatel dále nabízí využití stávajících IP telefonů zadavatele, přičemž uvádí, že jejich funkcionality by byla definována standardním SIP protokolem. Zadavatel však toto řešení odmítá, neboť funkcionality přístrojů ve vlastnictví zadavatele omezená SIP protokolem neodpovídá potřebám zadavatele. K zajištění plné funkcionality systému IP telefonie rozšířeného o přístroje a centrální komunikační systém navrhovatele by tak podle zadavatele bylo nutné vyměnit i stávající IP telefony zadavatele za přístroje nabízené navrhovatelem, což by znamenalo další náklady nezahrnuté do nabídkové ceny navrhovatele. Úřad k tomuto uvádí, že záměrem zadavatele a předmětem veřejné zakázky bylo rozšíření a modernizace stávajícího systému IP telefonie zadavatele založeného na řídicí aplikaci Cisco Unified Communications Manager. Z nabídky navrhovatele však vyplývá, že nenabídl rozšíření stávajícího systému zadavatele, ale řešení spočívající v nahrazení centrálního komunikačního systému zadavatele Cisco CallManager systémem OpenScape Voice V5, které by vyvolalo dodatečné náklady spočívající přinejmenším v nutnosti výměny stávajících IP telefonů zadavatele. V šetřeném případě tedy navrhovatel ve své nabídce plnohodnotnou náhradu stávajícího systému zadavatele nenabídl“*.
37. Jelikož lze na základě výše uvedených skutečností připustit eventualitu (konstatovanou navrhovatelem), že veškeré potenciálně rozporuplné požadavky zadavatele mohly být „kompenzovány“ ustanovením obsaženým v zadávací dokumentaci (kapitola 5 odstavec 3), tedy že se pro plnění veřejné zakázky umožňuje použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení (v souladu s ustanovením § 46 odst. 3 zákona), nemůže za dané situace obstát dílčí závěr Úřadu obsažený v bodě 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož *„zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když testoval funkcionality navrhovatelem předloženého vzorku IP telefonu určeného k dodání a následně navrhovatele vyloučil z účasti“*

v zadávacím řízení na základě posouzení vzorku a nabídky navrhovatele, neboť zboží nabízené navrhovatelem nesplňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách“. Tento závěr Úřadu neobstojí s ohledem na to, že orgán dohledu se v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečným způsobem nevypořádal s otázkou, zda zboží nabízené navrhovatelem opravdu nesplňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách, a to právě se zřetelem na výše zmíněnou skutečnost, že zadavatel v kapitole 5 odstavci 3 zadávací dokumentace stanovil možnost použít pro plnění dané veřejné zakázky i jiná, kvalitativně a technicky obdobná řešení, a to plně v souladu s ustanovením § 46 odst. 3 zákona – podle tohoto ustanovení zákona (i se zřetelem na obecné zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona) nelze z plnění veřejné zakázky vyloučit takové nabídky, které vyhovují požadavkům zadavatele, avšak používají postupy dle jiných technických norem, které jsou srovnatelné s normami uvedenými zadavatelem. Proto je zadavatel povinen v zadávacích podmínkách u odkazu na technické podmínky stanovené dle odstavce 1 nebo odstavce 2 připustit rovněž použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

38. V tomto kontextu podotýkám, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně nezabýval tím, zda bylo ze zadávací dokumentace jednoznačně seznatelné, že zadavatel skutečně požadoval **rozšíření a modernizaci** stávajícího systému IP telefonie zadavatele založeného na řídicí aplikaci Cisco Unified Communications Manager, a ne **nahrazení** centrálního komunikačního systému zadavatele Cisco Unified Communications Manager, jak argumentuje navrhovatel v rozkladu. Navrhovatel ve své nabídce navrhl jeho nahrazení výše zmíněným systémem OpenScape Voice V5, který má dle bodu 1.3.1.3 „Využití přístrojů jiných výrobců v rámci navrženého řešení“ nabídky navrhovatele podporovat standardní SIP rozhraní pro připojování koncových přístrojů (a je tak možné k systému registrovat i koncové přístroje jiných výrobců, které mají standardní SIP rozhraní) s tím, že funkcionality takto využitých přístrojů má být přitom dána funkcemi obsaženými a popsány standardním SIP protokolem.
39. Je nutné zdůraznit, že v napadeném rozhodnutí absentuje jednoznačně odůvodněný závěr vztahující se k posouzení otázky, z jakého důvodu vzorky předložené navrhovatelem a technická specifikace zboží (určeného k dodání) nesplňují požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, jak Úřad v napadeném rozhodnutí rovněž dovodil. S ohledem na výše uvedené skutečnosti tedy nemohu na tomto místě aprobovat závěr orgánu dohledu uvedený v bodě 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí spočívající v tvrzení, že „*navrhovatel ve své nabídce plnohodnotnou náhradou stávajícího systému zadavatele nenabídl*“. Za dané situace proto nelze v tomto řízení (o rozkladu) předmětnému závěru obsaženému v napadeném rozhodnutí přisvědčit.
40. Ve vztahu k výše uvedenému zde budou shrnuty výše uvedené skutečnosti, přičemž v následujících bodech tohoto rozhodnutí zavazují Úřad, aby v rámci nového rozhodnutí zohlednil všechny uvedené relevantní skutečnosti.
41. Pokud se jedná o navrhovatelem konstatované porušení zákona, tedy zejména porušení ustanovení § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když měl zadavatel

stanovit technické podmínky tak, že vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, zde jsem nabyl pochybností, zda Úřad přezkoumal všechny skutečnosti, které se k tomuto porušení vztahují. Zásadní skutečností, kterou orgán dohledu (po vrácení věci k novému projednání) opětovně posoudí, je tedy to, zda byly příslušné technické podmínky v zadávací dokumentaci stanoveny jasným a srozumitelným způsobem (resp. dostatečně transparentně) tak, aby z nich bylo jednoznačně seznatelné, že zadavatel skutečně požadoval **rozšíření** stávajícího systému, a ne **nahrazení** centrálního komunikačního systému zadavatele Cisco Unified Communications Manager, jak argumentuje navrhovatel. Na základě toho Úřad ve svém novém rozhodnutí učiní dílčí závěr, v jehož rámci bude najisto postaveno, zda vzorky předložené navrhovatelem a technická specifikace zboží určeného k dodání skutečně nesplňují požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, jak bylo orgánem dohledu konstatováno v napadeném rozhodnutí.

42. Na základě toho Úřad posoudí, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení. V této souvislosti pak orgán dohledu dospěje k relevantnímu závěru spočívajícímu v posouzení otázky, zda byly námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám opravdu podány opožděně, zda tak byl navrhovatel osobou oprávněnou pro podání návrhu, a zda tedy Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když zamítl návrh navrhovatele v části týkající se stanovení zadávacích podmínek ve smyslu ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona, a rovněž zda Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když v postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele neshledal porušení zákona, a když poukázal na to, že podstatná část námitek směřovala proti zadávacím podmínkám, přičemž zadavateli dle Úřadu nesvědčila povinnost se s těmito námitkami vypořádat.
43. V případě, že by bylo orgánem dohledu zjištěno, že zadavatel stanovil příslušné technické podmínky v zadávací dokumentaci způsobem odporujícím relevantním ustanovením zákona (a netransparentně), pročez by bylo najisto postaveno, že zadavatel svým postupem porušil též ustanovení § 6 zákona, neboť z jím stanovených zadávacích podmínek by jednoznačně nevyplývaly požadavky zadavatele, pro jejichž nesplnění byl navrhovatel vyloučen z účasti v zadávacím řízení, bylo by možné konstatovat vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, a v důsledku toho porušení ustanovení § 45 odst. 3 zákona ze strany zadavatele. V tom případě by navrhovatel nebyl povinen podat námitky proti zadávacím podmínkám (proti stanovení technických požadavků) ještě ve fázi před podáním nabídky (resp. nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona), jelikož za takové situace by navrhovatel nemohl předvídat, že zadavatel bude postupovat v rozporu s jím konstatovanými zadávacími podmínkami (ve skutečnosti by totiž nehodlal připustit i jiné, kvalitativně a technicky obdobné řešení), na základě čehož by bylo možné dovodit, že předmětné námitky byly podány včas, nikoliv opožděně, jak bylo Úřadem konstatováno v napadeném rozhodnutí.
44. Za této situace by tedy navrhovatel byl osobou oprávněnou pro podání návrhu, což by znamenalo, že by se neuplatnil důvod pro zamítnutí návrhu navrhovatele vyplývající z ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona – jak bylo konstatováno ve výrokové části I. napadeného rozhodnutí – a zároveň by nebyly splněny ani podmínky předvídané

v ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož v daném případě by mohly být dány důvody pro uložení příslušného nápravného opatření. Zadavatel by totiž nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky (který by zároveň mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky), což by opět nasvědčovalo tomu, že Úřad nepostupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí zamítl návrh navrhovatele v části týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení právě s poukazem na to, že nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření ve smyslu ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

45. Veden shora uvedenými úvahami, za současného zohlednění možnosti soudního přezkumu napadeného rozhodnutí, nabyt jsem pochyby, že by přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí nemusela ve správním soudnictví obstát, a současně dospěl k závěru, že odůvodnění napadeného rozhodnutí musí být doplněno a precizováno tak, jak je uvedeno výše. Zároveň konstatuji, že shledané důvody postačují ke zrušení napadeného rozhodnutí samostatně, a proto není třeba se na tomto místě zabírat ostatními námitkami podaného rozkladu.

V. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, Orlická 2020/4, 130 00 Praha
2. Siemens Enterprise Communications, s. r. o., Průmyslová 1306/7, 102 00 Praha 10

Vypraveno dne:

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