



UOHSX006FPLP

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R246/2012/VZ-15082/2015/323/PMo

Brno 24. června 2015

V řízení o rozkladu ze dne 27. 8. 2012 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- společností **O2 Czech Republic a.s.** (dříve Telefonica Czech Republic, a.s.), IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOn ze dne 13. 8. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Koordináčního střediska pro resortní zdravotnické informační systémy**, IČO 71376500, se sídlem Budějovická 743/15, 140 00 Praha 4 – Michle, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 3. 2. 2012 společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Vytvoření a implementace základu jednotné technologické platformy včetně identity managementu, platformy pro vytěžování dat a napojení na základní registry veřejné správy**“, v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000002769 a následně opraveno dne 12. 1. 2012 pod evidenčním číslem 7202021002769

a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 245-398261 a následně opraveno dne 25. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 16-025687,

jsem podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOn ze dne 13. 8. 2012

r u š í m

a správní řízení

z a s t a v u j i .

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Koordinační středisko pro resortní zdravotnické informační systémy, IČO 71376500, se sídlem Budějovická 743/15, 140 00 Praha 4 – Michle (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 8. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000002769 a následně opravil dne 12. 1. 2012 pod evidenčním číslem 7202021002769 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 245-398261 a následně opravil dne 25. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 16-025687 oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Vytvoření a implementace základu jednotné technologické platformy včetně identity managementu, platformy pro vytěžování dat a napojení na základní registry veřejné správy“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 2. 2. 2012 doručil navrhovatel – společnost O2 Czech Republic a.s. (dříve Telefónica Czech Republic, a.s.), IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“), Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh, kterým se domáhal zrušení zadávacího řízení, neboť zadávací podmínky považoval za diskriminační a stanovené v rozporu se zákonem. Tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Navrhovatel v návrhu brojil mimo jiné proti požadavku zadavatele na výhradní licenci v případě, kdy dodavatel předloží produkt vyvinutý na míru, zatímco dodavatel, který předloží již existující produkt, výhradní licenci poskytnout nemusel, což navrhovatel

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

považoval za diskriminační. Další stěžejní námitka směřovala proti technickým kvalifikačním předpokladům – seznamu významných služeb. Navrhovatel také nesouhlasil s požadavkem zadavatele na zkušenosti osob, které budou odpovědné za poskytování příslušných služeb, stejně jako s požadavkem na jejich vzdělání. Další námitkou uplatněnou navrhovatelem byl požadavek zadavatele na ustanovení společného zástupce v případě, že nabídku bude podávat sdružení dodavatelů. V posledních námitkách se navrhovatel zabýval opčním právem, které zadavatel požadoval a podmínkami jistoty, kterou měli uchazeči poskytnout.

4. Usnesením č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-9593/2012/510/MOn ze dne 18. 6. 2012 Úřad podle § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), ustanovil znalce v oboru autorského práva a v oboru výpočetní techniky – prof. Ing. Vladimíra Smejkal, CSc. LL.M., Včelařská 9, 182 00 Praha 8 – k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a následného zodpovězení příslušných dotazů. Znalec předložil ve lhůtě mu stanovené znalecký posudek č. 2362/2012 ze dne 12. 7. 2012 (dále jen „**znalecký posudek**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 13. 8. 2012 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. Co se týká požadavku zadavatele na výhradní licenci, opřel se Úřad o znalecký posudek, ze kterého vyplývá, že požadavek na výhradní licenci není a nemůže být diskriminující vzhledem k tomu, jakým způsobem byla smlouva koncipována. Úřad se zabýval také možností, že by zadavatel požadoval striktně pouze výhradní licenci od všech dodavatelů, což vyhodnotil tak, že by šlo o požadavek diskriminační. V závěru této části Úřad konstatoval, že požadavek zadavatele byl zcela běžný, legitimní a odůvodnitelný.
7. Co se týká požadavku zadavatele na zhotovení funkčního prototypu 2 vybraných registrů a na předložení popisu a uživatelského manuálu k tomuto prototypu, posoudil Úřad tento požadavek zadavatele, i s ohledem na závěr vyplývající ze znaleckého posudku, jako oprávněný.
8. K požadavkům na prokázání technické kvalifikace Úřad posoudil zejména to, zda byly tyto požadavky stanoveny úměrně druhu, rozsahu, účelu a specifikům veřejné zakázky, přičemž v postupu zadavatele zejména s ohledem na specifika této veřejné zakázky neshledal rozpor se zákonem.
9. V části týkající se požadavku na prokázání požadovaného vzdělání vybraných osob dodavatele Úřad posuzoval, zda byl zadavatel povinen poskytovat uchazečům výklad ustanovení zadávacích podmínek, přičemž uchazeč požadoval vysvětlit, co zadavatel považuje za vzdělání technického směru. Dle Úřadu zadavatel upřesnil, že technickým vzděláním není vzdělání přírodovědného, humanitního, ekonomického ani jiného obdobného směru.
10. Pokud šlo o požadavek na předložení certifikátu systému řízení jakosti, konstatoval Úřad, že zadavatel tímto požadavkem nemohl porušit zásadu zákazu diskriminace, neboť

požadovaný certifikát se vztahoval k jedné části předmětu plnění a zadavatel nevyločil možnost předložit certifikát, který by měl rozsah širší, než certifikát požadovaný zadavatelem.

11. Ani v požadavku na stanovení společného reprezentanta Úřad neshledal rozpor s § 51 odst. 5, resp. odst. 6 zákona. Ačkoliv tento požadavek může znesnadnit postup dodavatelů, podávajících společnou nabídku, není to požadavek, který by byl v rozporu se zákonem. Stejně tak Úřad neshledal, že by požadavek zadavatele, stanovit ceny služby realizačního týmu, byl v rozporu se zákonem.
12. V závěru napadeného rozhodnutí Úřad posoudil námitky týkající se opčního práva a poskytnutí jistoty formou bankovní záruky a ani zde nebyl shledán postup zadavatele v rozporu se zákonem.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 29. 8. 2012 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 14. 8. 2012. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
14. Navrhovatel uplatnil v rozkladu námitky proti požadavku zadavatele na výhradní licenci, proti kombinaci požadavků na funkční vzorek, na manuál a na výhradní licenci. Další námitky se týkaly důvodnosti požadavku na dodavatele (resp. jeho zaměstnance – odborníky), který vytvořil, implementoval nebo provozoval informační systém v oblasti zdravotnictví pro subjekty, které nakládají s veřejnými prostředky a které jsou založeny a regulovány předpisy veřejného práva, a rovněž námitky týkající se diskriminačního požadavku na vzdělání technického směru vybraných osob dodavatele. Navrhovatel rozporoval i požadavek zadavatele na stanovení společného reprezentanta, nejednoznačné vymezení opčního práva a nezákonnost požadavku na znění záruční listiny.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a aby zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

16. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs ze dne 17. 10. 2012 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. Proti rozhodnutí o rozkladu, jakožto i proti napadenému rozhodnutí, podal navrhovatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně, jenž původní rozhodnutí o rozkladu rozsudkem č. j. 62 Af 109/2012-95 ze dne 20. 3. 2014 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
17. Krajský soud v Brně shledal žalobu důvodnou, a to z důvodu nepřezkoumatelnosti původního rozhodnutí o rozkladu v otázce, zda byl požadavek zadavatele na vzdělání technického směru jasný a srozumitelný, a zda dodávka softwaru pro oblast zdravotnictví v oblasti veřejného sektoru vykazuje odlišnost od dodávky softwaru pro jinou oblast (nikoli zdravotnictví) mimo veřejný sektor. Dle Krajského soudu v Brně z původního rozhodnutí o rozkladu nevyplývá, že by Úřad reagoval na podstatný fakt, že předmětem plnění poptávaného zadavatelem bylo

vytvoření provozuschopné databáze, a nikoliv její provoz, kde by se mohla projevit specifika související s bezpečností související s citlivostí údajů.

18. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně, kterým bylo zrušeno původní rozhodnutí o rozkladu, a věc byla vrácena Úřadu k dalšímu řízení, podal Úřad kasační stížnost. Nevyšší správní soud (dále jen „NSS“) rozsudkem č. j. 3 As 63/2014-28 ze dne 30. 9. 2014 kasační stížnost Úřadu jako nedůvodnou zamítl.

V. Pokračování v řízení o rozkladu

19. Po vrácení spisu NSS Úřadu pokračuji v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí.
20. Dne 14. 5. 2015 Úřad obdržel podání zadavatele, jímž zadavatel Úřad informoval, že dne 13. 11. 2012 uzavřel se společností ICZ a.s., IČO 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 140 00 Praha 4 – Nusle (dále jen „**vybraný uchazeč**“), smlouvu na veřejnou zakázku. Předmětná smlouva byla Úřadu zaslána jako příloha uvedeného podání.
21. Dne 20. 5. 2015 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele, v němž uvedl, že je mu známo, že zadavatel již uzavřel smlouvu na realizaci dané veřejné zakázky. Doplnil, že má zájem na tom, aby bylo o jeho návrhu rozhodnuto, třebaže již nelze v tomto správním řízení uložit nápravné opatření.

VI. Stanovisko předsedy Úřadu

22. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Jelikož jsem v průběhu tohoto pokračování v řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 v návaznosti na § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.
24. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení

25. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
26. Úřad zahájil toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona na základě návrhu navrhovatele. Návrhem se navrhovatel domáhal uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona v podobě zrušení zadávacího řízení.
27. Dne 14. 5. 2015 zadavatel prokázal, že podle § 82 zákona uzavřel na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem smlouvu. Uzavřením smlouvy tak nově nastal stav, kdy zanikla možnost uložení nápravného opatření Úřadem v podobě zrušení zadávacího řízení. Jednou z podmínek uložení nápravného opatření podle výše citovaného § 118 odst. 1 zákona je totiž skutečnost, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

28. Podle § 152 odst. 4 správního řádu, nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
29. Podle § 90 odst. 4 správního řádu, jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
30. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže žádost se stala zjevně bezpředmětnou.
31. K předmětu řízení se vyjádřil rozšířený senát NSS v usnesení č. j. 8 As 47/2005-86 ze dne 21. 10. 2008, kde uvedl, že *„V obecné rovině lze předmět řízení definovat za pomoci dvou kritérií: subjektivního nebo objektivního. Subjektivní vymezení předmětu řízení je určeno hospodářským či společenským cílem, který subjekt vyvoláním řízení sleduje. Objektivní vymezení předmětu řízení je pak odvislé od veřejného zájmu a okruhu chráněných zájmů, o které se v tom či onom typů řízení jedná (...). Tyto dva typy vymezení předmětu řízení se přirozeně mohou a nemusí překrývat; sledování a naplnění jednoho (subjektivního) hospodářského cíle však může typicky zahrnovat posouzení několika okruhů veřejných zájmů, které mohou být upraveny celou řadou tzv. složkových zákonů.“*
32. Předmětem tohoto správního řízení ve smyslu citovaného usnesení rozšířeného senátu NSS, tj. hospodářským cílem návrhu navrhovatele, je uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení. Z výše uvedeného přitom vyplývá, že v tomto správním řízení došlo k takové změně skutkových okolností, které znamenají, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval, tj. zrušit zadávací řízení veřejné zakázky nápravným opatřením ze strany Úřadu.
33. K tomu poznamenávám, že veřejný zájem v podobě dohledu nad dodržováním zákona je přitom Úřadem vykonáván nezávisle na trvání hospodářského cíle návrhu navrhovatele, a to v rámci projednávání správních deliktů podle § 112 odst. 2 zákona, toho času ve znění zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.
34. K účelu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 118 odst. 1 zákona se dále vyjádřil NSS v rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015, ve kterém uvedl, že *„účelem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je uložení nápravného opatření v případě kvalifikovaného porušení postupu pro zadání veřejné zakázky zadavatelem, tedy zjednání nápravy v době, kdy lze ještě pochybení zadavatele napravit, tj. před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku.“* Dle názoru NSS pak *„v případě, že po podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dojde k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, je namíste řízení zastavit podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.“*
35. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku nastal takový stav, který je nutno vnímat jako bezpředmětnost žádosti ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť již není zadávacího řízení, v rámci jehož průběhu by Úřad podle § 118 odst. 1 zákona mohl svým rozhodnutím zrušit jednotlivý úkon zadavatele či zadávací řízení.

36. V takovém případě ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu výslovně určuje postup odvolacího správního orgánu v podobě zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení bez dalšího. Tím je ze zákona vyloučeno, aby v rámci tohoto řízení o rozkladu došlo k jinak samozřejmému přezkumu souladu napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnosti v rozsahu námitek rozkladu navrhovatele podle § 89 odst. 2 správního řádu.
37. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklad směřuje proti rozhodnutí, které zamítá návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření zadavateli v zadávacím řízení, které již bylo ukončeno uzavřením smlouvy podle § 82 zákona, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení bez dalšího zastavil.
38. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků je naplněna i poslední podmínka pro aplikaci § 90 odst. 4 správního řádu. K této problematice se rovněž vyjádřil NSS ve výše citovaném rozsudku, když konstatoval, že *„zrušení úkonu (rozhodnutí) zadavatele není nezbytným předpokladem pro uplatnění nároku na náhradu škody způsobené porušením povinností zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Nejedná se o odpovědnost státu ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. Zadávání veřejných zakázek totiž není výkonem veřejné moci, jde o civilní kontraktační proces modifikovaný zvláštními předpisy závaznými pro veřejné zadavatele a další subjekty. Odpovědnost zadavatele za škodu způsobenou dodavateli či uchazeči o veřejnou zakázku je pak občanskoprávním odpovědnostním vztahem. Soudy rozhodující v občanském soudním řízení jsou pak kompetentní i k posouzení otázky, zda došlo k porušení povinností zadavatele vyplývajících z právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek, což je jedním ze základních předpokladů vzniku odpovědnosti zadavatele za škodu.“*

VIII. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, jsem dospěl k závěru, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí 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. ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. O2 Czech Republic a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

Vypraveno dne:

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