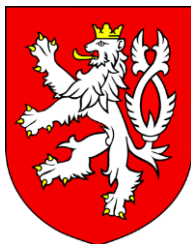




UOHSX006E5TU

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R32/2014/VZ-21978/2014/321/MMI

Brno 17. října 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 6. 2. 2014, doručeném dne 7. 2. 2014 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném zadavatelem -

- **Nemocnicí Na Homolce**, IČO 00023884, se sídlem Roentgenova 37/2, 150 30 Praha 5,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2013/VZ-1608/2014/511/MGr ze dne 23. 1. 2014, ve věci přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka aktivních prvků a záložních zdrojů, rozšíření centrální nemocniční datové infrastruktury, servis na 48 měsíců**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 2. 2013 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 7. 2. 2013 pod ev. č. veřejné zakázky 236190 (oprava uveřejněna dne 8. 4. 2013) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 029-045226 ve znění opravy uveřejněné dne 11. 4. 2013 pod ev. č. 2013/S 071-117170, kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **ATTRACTION s.r.o.**, IČO 60198826, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2 – Vinohrady,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2013/VZ-1608/2014/511/MGr ze dne 23. 1. 2014

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 9. 5. 2013 správní řízení na návrh navrhovatele - společnosti ATTRACTION s.r.o., IČO 60198826, se sídlem Španělská 770/2, 120 00 Praha 2 – Vinohrady (dále jen „**navrhovatel**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Nemocnice Na Homolce, IČO 00023884, se sídlem Roentgenova 37/2, 150 30, Praha 5 (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Dodávka aktivních prvků a záložních zdrojů, rozšíření centrální nemocniční datové infrastruktury, servis na 48 měsíců“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 2. 2013 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 7. 2. 2013 pod ev. č. veřejné zakázky 236190 (oprava uveřejněna dne 8. 4. 2013) a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 029-045226 ve znění opravy uveřejněné dne 11. 4. 2013 pod ev. č. 2013/S 071-117170. Za účastníka správního řízení Úřad označil zadavatele a navrhovatele.
2. Navrhovatel uvedl, že návrh na zahájení správního řízení podává z důvodu, že zadávací dokumentace neodpovídá ustanovení § 44 odst. 1 zákona, zejména je nedostatečně vymezen předmět veřejné zakázky, což povede k podání neporovnatelných nabídek, rovněž kvalifikace je podle názoru navrhovatele stanovena v rozporu se zákonem, a to konkrétně s ustanovením § 50 odst. 3 a § 6 zákona, také hodnotící kritéria jsou stanovena v rozporu s § 78 odst. 4 zákona a celkově je zadávací dokumentace v rozporu s § 6 zákona, když je s ohledem na výše uvedená pochybení netransparentní. Navrhovatel se domníval, že předmět veřejné zakázky je vymezen pouze obecně. Navrhovatel se dále zabýval čl. 3 vzoru rámcové smlouvy, kde je vymezen předmět smlouvy, k čemuž uvádí, že předmětný článek opravdu vymezuje předmět smlouvy, nikoliv předmět veřejné zakázky tak, jak předpokládá zákon. Navrhovatel se rovněž věnoval částem zadávací dokumentace, na které odkazuje čl. 3 vzoru rámcové smlouvy, tedy Příloze 2, Příloze 5 a Studii (Příloha 1). Podle názoru navrhovatele obsahuje Příloha 2 jen obecné vymezení (s výjimkou některých parametrů hardware, kde skutečně obsahuje konkrétnější údaje). Příloha 5 poté obsahuje

---

<sup>1</sup> 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.

tabulku, podle které má být složena nabídková cena, přičemž ani v Příloze 1 či v čl. 14.2.2. zadávací dokumentace, který obsahuje popis způsobu hodnocení Studie, navrhovatel nenašel údaje vymezující předmět veřejné zakázky natolik přesně, aby bylo možno zpracovat nabídku. Navrhovatel byl rovněž toho názoru, že technickou specifikaci, která je s ohledem na předmět veřejné zakázky jednoznačně nutná, ani vymezení parametrů požadovaných služeb zadávací dokumentace neobsahuje. Podle názoru navrhovatele zadavatel rovněž nesplnil povinnost stanovit technické podmínky objektivně a jednoznačně, stejně jako povinnost pro jejich stanovení využít některý ze způsobů uvedených v § 46 zákona, a to ani podle § 46 odst. 4 zákona, neboť požadavky a charakteristiky nebyly v daném případě podle navrhovatele dostatečně přesné, aby uchazečům umožnily jednoznačně určit předmět zakázky a zpracovat porovnatelné nabídky.

3. Kvalifikace je podle navrhovatele stanovena zčásti jednoznačně diskriminačně a rovněž nepřezkoumatelně. Za diskriminační shledal navrhovatel požadavek na znalost českého jazyka (na úrovni rodilého mluvčího, a to mluvenou i písemnou formou) u každého člena realizačního týmu, tedy včetně např. testera, který nemusí do přímého kontaktu se žadatelem či jeho zaměstnanci vůbec vstoupit, přičemž ani výkon ostatních funkcí není vymezen natolik, aby z něj vyplýval kontakt se zadavatelem. Navrhovatel se domníval, že tento požadavek neodpovídá ani způsobu komunikace, který zadavatel vymezil v čl. 14.2 návrhu rámcové smlouvy, podle kterého má veškerá komunikace probíhat mezi osobami dle čl. 12, statutárními orgány, popř. jinými pověřenými pracovníky písemně. Navrhovatel se dále domníval, že není ani vymezena minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu objektivním způsobem. Rovněž hodnotící kritéria byla podle navrhovatele stanovena nepřezkoumatelně, neboť jsou vymezena pouze obecnými floskulami, které nekonkretizovaly ani dodatečné informace. Hodnotící kritérium „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ je pak v rozporu s § 78 odst. 4 zákona, když tak, jak je vymezeno v zadávací dokumentaci, nevyjadřuje ani vztah užitné hodnoty a ceny, ani ekonomickou výhodnost nabídky, když zadavatel nepožaduje zpracování studie ke konkrétnímu stavu, ale pouze studie vzorové. V rámci nabídkové ceny jsou stanoveny váhy kritérií způsobem, který podle názoru navrhovatele povede ke zkreslení hodnocení tohoto kritéria. Navrhovatel dále uvedl, že způsob hodnocení uvedený v textu zadávací dokumentace je v rozporu s postupem uvedeným v příloze č. 6, neboť z něj vyplývá odlišné hodnocení na různých úrovních hodnotících kritérií a jejich subkritérií. Hodnotící komise tedy nemá možnost provést hodnocení tak, aby odpovídalo oběma těmto způsobům. Navrhovatel sumarizoval, že všechny výše uvedené nedostatky společně vedou k netransparentnosti zadávacího řízení, neboť to postrádá od počátku jednoznačně vymezené zadávací podmínky.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 23. 1. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275/2013/VZ-1608/2014/511/MGr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém konstatoval, že se zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v ust.:
  - § 56 odst. 5 písm. c) a § 6 odst. 1 zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu – požadavek na znalost českého jazyka – tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když jej požadoval 1. na úrovni rodilého mluvčího (slovem i písmem), 2. u všech členů realizačního týmu, přičemž tímto

svým postupem rovněž porušil zásadu zákazu diskriminace, když požadoval znalost českého jazyka na úrovni rodilého mluvčího (psaná i mluvená forma) u všech odborníků týmu, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky,

- § 56 odst. 5 písm. b) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tím, že neuvedl způsob prokázání technického kvalifikačního předpokladu „znalost českého jazyka na úrovni rodilého mluvčího (psaná i mluvená forma)“ u všech členů realizačního týmu, přičemž tato skutečnost vede k nepřezkoumatelnosti, a tedy i netransparentnosti posouzení splnění daného technického kvalifikačního předpokladu,

- § 44 odst. 3 písm. h) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tím, že nestanovil dílčí hodnotící kritérium „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ transparentně a v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tak, aby si jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku mohli udělat přesnou představu o tom, jaké řešení bude zadavatel preferovat, což mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a doposud nedošlo k uzavření rámcové smlouvy na plnění veřejné zakázky. Ve výroku II. uložil Úřad jako opatření k nápravě zrušení předmětného zadávacího řízení. Výrokem III. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k technickému kvalifikačnímu předpokladu „znalost českého jazyka na úrovni rodilého mluvčího (psaná i mluvená forma)“ konstatoval, že shledal požadavek zadavatele na znalost českého jazyka na úrovni rodilého mluvčího, a to psanou i mluvenou formou, u všech členů realizačního týmu, za přílišné omezení potenciálních uchazečů, které není odůvodněno předmětem veřejné zakázky a není adekvátním rovněž k zadavatelem upravenému způsobu vzájemné komunikace ve vzoru rámcové smlouvy, přičemž zadavatel tento svůj požadavek relevantním způsobem nezdůvodnil ani ve svém vyjádření Úřadu, ani v dodatečných informacích č. 4, na které se ve vyjádření odvolává. Co se týká zajištění bezproblémové komunikace mezi členy realizačního týmu vzájemně, má Úřad za to, že určování způsobu interní komunikace u uchazečů o veřejnou zakázku není v pravomoci zadavatele, proto nemůže obstát ani tento argument zadavatele pro podporu požadavku na znalost českého jazyka na úrovni rodilého mluvčího. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel rovněž nestanovil, jak má být tento technický kvalifikační předpoklad prokázán, zda například čestným prohlášením či maturitou z českého jazyka apod. Uchazeči o veřejnou zakázku tudíž nemohli vědět, jaký doklad k prokázání předmětného kvalifikačního předpokladu bude pro zadavatele dostačující. Nestanovení způsobu prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu rovněž znemožnilo Úřadu přezkoumání postupu zadavatele při posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeči o veřejnou zakázku, resp. toho, zda zadavatel posuzoval splnění daného technického kvalifikačního předpokladu podle stanovených zadávacích podmínek, což činí jeho postup netransparentním. Zadavatel tedy nesplnil povinnost vyplývající z ustanovení § 56 odst. 5 písm. b) a rovněž ustanovení § 6 odst. 1 zákona.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad k dílčímu hodnotícímu kritériu „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ konstatoval, že zadavatel stanovil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky s dílčími hodnotícími kritérii „Nabídková cena bez DPH“ s váhou 70 % a „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ s váhou 30 %. U hodnotícího kritéria „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ stanovil zadavatel jako subkritéria hodnocení „rozsah a komplexnost zaměření popisu přístupu ke zpracování studie“

(váha 50 %), „propracovanost popisu přístupu ke zpracování studie“ (váha 30 %), „zohlednění postavení zadavatele coby nemocnice v resortu zdravotnictví“ (váha 20 %). K tomuto dílčímu hodnotícímu kritériu dále zadavatel v bodu 14.2.2 zadávací dokumentace uvedl, že „bude jako výhodnější hodnotit takový přístup ke zpracování studie, který bude obsahovat:

*o rozsáhlejší a komplexnější zaměření popisu přístupu ke zpracování studie, přičemž za rozsáhlejší bude považováno takové zaměření popisu přístupu ke zpracování studie, které ve větším rozsahu a při zohlednění více externích vstupů popíše veškeré relevantní aspekty přístupu ke zpracování studie, a za komplexnější bude považováno takové zaměření popisu přístupu ke zpracování studie, které ve větší míře detailu a ucelenosti postihne problematiku přístupu ke zpracování studie;*

*o propracovanější popis přístupu ke zpracování studie, přičemž za propracovanější bude považován takový popis přístupu ke zpracování studie, který ve větší míře zohlední veškerá specifika přístupu ke zpracování studie a současně zadavateli v této oblasti nabídne, oproti nabídkám ostatních uchazečů, i určitou míru přidané hodnoty;*

*o vyšší míru zohlednění postavení zadavatele coby nemocnice v resortu zdravotnictví, tedy zohlednění organizační struktury a logistiky zadavatele i metod a specifík jeho financování popř. bezpečnosti veřejného přístupu do sítě formou aktivní kontroly a řízení.*

*Uchazeči pro účely tohoto dílčího hodnotícího kritéria vypracují vzorový dokument, jehož obsahem bude obecný (metodologický) popis přístupu ke zpracování studie a tento dokument vloží do přílohy č. 1 jimi předkládané rámcové smlouvy.“*

7. Úřad k tomu uvedl, že formulace bodu 14.2.2 zadávací dokumentace ovšem není jednoznačná a zadavatel v ní popis předmětného hodnotícího kritéria stanovil pouze velmi obecně. Z popisu zadavatele jednoznačně nevyplývá, jaký přístup ke zpracování studie bude pro něj tím nejlepším. Pojmy „rozsáhlejší“, „komplexnější“ a „propracovanější“ zadavatel definoval opět jen obecnými pojmy, přičemž zadavatel např. ani nijak nedefinoval, co považuje za „určitou míru přidané hodnoty“. Netransparentně stanovené dílčí hodnotící kritérium „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ může mít přímý vliv na hodnocení nabídek, neboť uchazeči o veřejnou zakázku ani sama hodnotící komise si nemohou udělat přesnou představu o tom, co hodnotit jako zadavateli více vyhovující nabídku, důsledkem čehož je samo hodnocení stíženo vadou netransparentnosti. Tato skutečnost tedy může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
8. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení.

### **III. Námitky rozkladu**

9. Uvedené rozhodnutí napadl zadavatel rozkladem ze dne 6. 2. 2014 doručeným v zákonné lhůtě Úřadu dne 7. 2. 2014, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu. Zadavatel své námitky rozdělil do tří okruhů podle výroků napadeného rozhodnutí. Ve vztahu k bodu prvnímu výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel v rozkladu konstatuje, že považuje svůj požadavek na jazykovou způsobilost a to i ve světle rozhodovací praxe soudů (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011) za oprávněný a dále rozvádí důvody, které jej k tomuto požadavku vedly. Tento svůj

požadavek má zadavatel za souladný rovněž se zákonem a rozhodovací praxí Úřadu. Podle zadavatele nelze předpokládaný okruh osob, s nimiž bude v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky komunikovat, omezit pouze na osoby oprávněné. Zadavatel dále uvádí, že si v Oznámení o zakázce vyhradil právo na komunikaci pouze v českém jazyce a dodává, „*umožňuje-li legislativa EU a zákona vyhradit si právo na komunikaci pouze v jednom z úředních jazyků EU, a to češtinu, je divné, že národní orgán dohledu toto právo zadavateli upírá*“.

10. Ve vztahu k bodu druhému výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel konstatuje, že se jedná ze strany Úřadu o nesprávně vyhodnocený skutkový stav a jeho právní posouzení. Zadavatel má za to, že zadávací dokumentace obsahuje způsob prokázání splnění požadavku na jazykovou vybavenost členů realizačního týmu, a to prostřednictvím předložení seznamu členů realizačního týmu a také profesního životopisu každého odborníka, z nichž bude splnění uvedeného předpokladu jednoznačně vyplývat, což může být provedeno např. výslovným sdělením, že tato osoba uvedený kvalifikační předpoklad splňuje. K tomu doplňuje, že nebyla ze strany uchazečů o veřejnou zakázku podána žádná žádost o dodatečné informace.
11. Ve vztahu k bodu třetímu výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel konstatuje, že výhrady Úřadu nejsou případné a interpretace dílčího hodnotícího kritéria „Přístup dodavatele ke zpracování studie“ není ze strany Úřadu správná. Zadavatel je přesvědčen, že toto hodnotící kritérium zcela jasně vyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny. Zadavatel uvádí, že toto kritérium zvolil, jelikož v souladu s předmětem veřejné zakázky a jeho rámcovým charakterem, není možné vymezit přesné množství, rozsah a strukturu plnění, tedy i studií, které budou vypracovávány vybraným dodavatelem v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky na základě prováděcích smluv k rámcové smlouvě. Podle názoru zadavatele už ze samotného předmětu hodnocení plyne, že se musí jednat o vzorovou práci zčásti obecnou, přičemž zadavatel má za to, že stanovil docela přesně, jaké parametry a jakým způsobem mají být v rámci hodnocení tohoto dílčího kritéria hodnoceny. Podle zadavatele je pro uchazeče jednoznačně poznatelné, jaký účel a roli bude mít ve fázi plnění veřejné zakázky jimi připravovaná studie, když v tomto duchu i bod 14.2.2. zadávací dokumentace jasně stanoví, že „*uchazeči pro účely tohoto dílčího hodnotícího kritéria vypracují vzorový dokument, jehož obsahem bude obecný popis přístupu ke zpracování studie*“. Zadavatel je tedy přesvědčen, že se jedná o poměrně jednoznačně stanovená kritéria, z nichž lze dobře seznat, co a jak bude hodnotící komisí hodnoceno. Podle zadavatele jsou bezesporu splněny požadavky uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. 3. 2009. Zadavatel závěrem podotýká, že není možné vždy stanovit hodnotící kritéria tak, aby byly jednotlivé aspekty vždy vyjádřitelné čísly nebo jinou konkrétní hodnotou. Opačný přístup by podle zadavatele vedl k tomu, že všechna kritéria by musela být objektivní, ve smyslu vyjádřitelnosti nějakou hodnotou, a nebyl by zde prostor pro posouzení výstupu hodnotící komisí z hlediska její odbornosti, čímž by se tato stávala prakticky zbytečnou.

#### **Závěr rozkladu**

12. Zadavatel navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

13. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S275/2013/VZ-1608/2014/511/MGr ze dne 23. 1. 2014, rozhodl tak, že se zadavatel dopustil porušení zákona, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí, za což mu bylo jako nápravné opatření uloženo zrušení zadávacího řízení a úhrada nákladů řízení, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

16. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje pouze argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně, přičemž Úřad se s nimi vyčerpávajícím způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Rozklad tedy nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci.
17. K prvnímu bodu výroku I. napadeného rozhodnutí konstatuji, že povinností zadavatele je vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Požadavek zadavatele na znalost českého jazyka u osob oprávněných jednat za dodavatele může být opodstatněný. Avšak požadavek, aby s realizačním týmem (a rovněž v jeho rámci, jak vyplynulo z dodatečných informací č. 4) veškerá komunikace probíhala v českém jazyce, nelze shledat za požadavek souladný s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v oznámení o zakázce jako „*poskytování služeb a plnění v oblasti ICT, blížeji definovaných v rámcové smlouvě, jejíž závazný vzor tvoří přílohu č. 2 zadávací dokumentace, a to za účelem zajištění dlouhodobého rozvoje a údržby IT infrastruktury zadavatele a poskytování dalších odborných IT služeb pro zadavatele souvisejících s IT infrastrukturou, a to vše tak, aby úroveň IT infrastruktury po dobu účinnosti rámcové smlouvy odpovídala vysokým nárokům a požadavkům zadavatele jakožto špičkového zdravotnického zařízení celostátního významu.*“ Z takto vymezeného předmětu veřejné zakázky nelze dovodit, že by bylo pro plnění tohoto předmětu zapotřebí, aby každá osoba, jež se bude podílet na plnění

této veřejné zakázky, byla schopna komunikovat v českém jazyce a to na úrovni rodilého mluvčího. V návaznosti na § 56 odst. 7 zákona a ze samotné podstaty ustanovení § 56 odst. 3 zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel je podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky povinen odpovídajícím způsobem vymezit technické kvalifikační předpoklady, které musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele a současně by měly vést k tomu, aby zadavatel pomocí nich zjistit, zda jsou uchazeči způsobilí k plnění veřejné zakázky. S ohledem na zákonné znění a účel tohoto institutu, stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů a nutně vede k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení.

18. Podle zadavatele nelze předpokládaný okruh osob, s nimiž bude v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky komunikovat, omezit pouze na osoby oprávněné. Ve vzoru Rámcové smlouvy na zajištění rozvoje a údržby IT infrastruktury zadavatel v článku „12. OPRÁVNĚNÉ OSOBY“ pod bodem 12.1 uvedl, že *„každá ze smluvních stran jmenuje oprávněnou osobu, popř. zástupce oprávněné osoby. Oprávněné osoby budou zastupovat smluvní stranu ve smluvních, obchodních a technických záležitostech souvisejících s plněním této Rámcové smlouvy.“* Následně zadavatel definuje přesnou šíři oprávnění jednat jak pro osoby oprávněné v záležitostech obchodních, tak pro osoby oprávněné v záležitostech technických a realizačních. V čl. „14. SOUČINNOST A VZÁJEMNÁ KOMUNIKACE“ zadavatel pod bodem 14.2 upravuje komunikaci mezi smluvními stranami a to tak, že *„Veškerá komunikace mezi smluvními stranami bude probíhat prostřednictvím oprávněných osob dle čl. 12 této Rámcové smlouvy, statutárních orgánů smluvních stran, popř. jimi písemně pověřených pracovníků.“* Z uvedeného vyplývá, že zadavatel vymezil předpokládaný okruh osob, s nimiž bude v průběhu plnění předmětu veřejné zakázky komunikovat pouze na osoby oprávněné. Na druhou stranu zadavatel, jak vyplynulo z dodatečných informací č. 4 a jak uvádí zadavatel i v rozkladu, *„očekává komunikaci s pracovníky na všech úrovních realizace zakázky a tedy kontakt v českém jazyce s pracovníky zadavatele v úplném porozumění...aby jednotliví členové týmu odborníků bez problémů mohli komunikovat i mezi sebou.“* Takovéto rozšíření okruhu osob, které mají splňovat požadavek zadavatele na komunikaci v českém jazyce na úrovni rodilého mluvčího nelze považovat za oprávněný. Stěžlí lze očekávat, že řadoví pracovníci na všech úrovních realizace veřejné zakázky budou komunikovat se zadavatelem. Zadavatel není oprávněn určovat ve svých požadavcích, jak bude probíhat komunikace v rámci dodavatele. Takovýto požadavek pak není stanoven tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a vede k tzv. skryté diskriminaci uchazečů. Co se týče vyhrazení práva na komunikaci pouze v českém jazyce v Oznámení o zakázce, toto právo zadavatele tímto není nikterak dotčeno.
19. Zadavatel považuje svůj požadavek na jazykovou způsobilost za oprávněný a to i ve světle rozhodovací praxe soudů, přičemž uvádí rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011, z něhož však neuvádí, co považuje za relevantní či dopadající na přezkoumávaný případ. Mám za to, že tento rozsudek na danou věc nedopadá, neboť se jedná o skutkově zcela odlišné případy. Závěry tohoto rozsudku lze však analogicky vztáhnout k bodu druhému výroku I. napadeného rozhodnutí, o němž bude pojednáno dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí.



20. Povinností zadavatele je vymezit technické kvalifikační předpoklady tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, pokud tomu tak není, zadavatel omezuje hospodářskou soutěž mezi dodavateli a dopouští se tzv. skryté diskriminace, kdy sice zachází se všemi uchazeči stejně, avšak podmínky jsou jím nastaveny tak, že neoprávněně omezují některé dodavatele, jež by byli schopni předmět veřejné zakázky splnit.
21. V obecné rovině ve věci skryté diskriminace odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané veřejné zakázky. Ve světle výše citovaného rozsudku, který vyzdvihuje obsahovou pružnost pojmu „zjevná nepřiměřenost“, je tedy patrné, že i přes existenci univerzálně aplikovatelné teorie o skryté diskriminaci je přiměřenost požadavků zadavatele nutné vždy posuzovat ad hoc. V daném případě po posouzení relevantních podkladů, mám za to, jak je již výše uvedeno, že zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady jsou excesivní a nejsou přiměřené

ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétního předmětu veřejné zakázky a byly sto způsobit skrytou diskriminaci.

22. K obdobným závěrům dospěl rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 16/2010, kde se ztotožňuje s úvahami Nejvyššího správního soudu obsaženými ve výše uvedeném rozsudku, ohledně otázky možné skryté diskriminace coby jednání zadavatele v rozporu s ustanovením § 6 zákona a doplňuje, že zákon zakazuje jak zjevnou tak skrytou diskriminaci a podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace a její cíl spočívající v umožnění hospodářské soutěže se použije také v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. Tato zásada zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, tak diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům, tedy k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
23. K námitce zadavatele, že se jedná ze strany Úřadu o nesprávně vyhodnocený skutkový stav a jeho právní posouzení uvádím, že tato námitka je koncipována zadavatelem pouze obecně a na tomto místě nespecifikuje, proč má za to, že jde o nesprávně vyhodnocený skutkový stav a jeho právní posouzení Úřadem, proto se k této námitce tedy lze vyjádřit pouze v obecné rovině, a to že výroky napadeného rozhodnutí jsou důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoli důvodné pochybnosti. Úřad vydává svá rozhodnutí plně v souladu se zásadou materiální pravdy, která je zakotvena v ustanovení § 3 správního řádu. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval při hodnocení důkazů a argumentů zadavatele důsledně dle ustanovení § 50 odst. 4 správního řádu. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem se s ním ztotožnil a dospěl jsem k závěru, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné a věcně správné. V této souvislosti rovněž doplňuji, že jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ukládá odvolacímu správnímu orgánu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a dospěl jsem k závěru, že Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v zákonném rozsahu.
24. Zadavatel má za to, že zadávací dokumentace obsahuje způsob prokázání splnění požadavku na jazykovou vybavenost členů realizačního týmu. K této námitce konstatuji, že požadavek zadavatele zněl *„předložení seznamu členů realizačního týmu a také profesního životopisu každého odborníka, z nichž bude splnění uvedeného předpokladu jednoznačně vyplývat“*. Z takto stanoveného požadavku nijak nevyplývá, jakým způsobem mají uchazeči splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prokazovat. Uchazeči tak byli vystaveni riziku, že si sami zvolí způsob prokázání (čestné prohlášení, rodný list, maturitní vysvědčení, doklad o vykonané zkoušce) a zadavatel, v případě, že uchazečem zvolený způsob nebude dle jeho názoru dostatečný, pak následně uchazeče vyloučí pro neprokázání kvalifikačního předpokladu. V návaznosti na znění dodatečných informací č. 4 (bod 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádím, že zadavatel neuvedl vůbec způsob prokázání splnění jeho požadavku na jazykovou vybavenost u všech členů týmu. Zadavatel požadoval předložení profesního životopisu každým odborníkem, přičemž z bodu 5.10.1.2. technických kvalifikačních předpokladů vyplývá, že těmito odborníky jsou projektový manažer, technik, analytik a tester. Z ničeho pak už nevyplývá, jak mají prokazovat splnění požadavku ostatní členové

týmu, když zadavatel v rámci dodatečných informací požadoval komunikaci na úrovni rodilého mluvčího u všech členů týmu. Zároveň tímto nestanovením způsobu prokázání kvalifikačního předpokladu zadavatel znemožnil přezkum svého postupu při posouzení technických kvalifikačních předpokladů, což zapříčinilo, že postup zadavatele se tímto stal netransparentním.

25. Výše zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011 se v jedné části věnuje posouzení, zda se jednalo o rozšíření či doplnění požadavků na splnění kvalifikace, které by bylo rozporné s ustanovením § 30 odst. 3 zákona nebo o pouhou konkretizaci požadavků v zadávací dokumentaci, která by byla souladná se zákonem. V druhé části tohoto rozsudku v posuzované věci zadavatel použil v oznámení obecný pojem „vedoucí prací na dopravní cestě“ a jak pak následně vyplynulo, každý uchazeč si pod tímto pojmem nepředstavuje totožné pracovní pozice. Uchazeč tudíž požadavek na splnění kvalifikace nesplnil, neboť oprávněného zeměměřičského inženýra jako vedoucího práce neurčil, a to s ohledem na charakter vykonávaných činností, které nesouvisely přímo s řízením a vedením stavby a nepředložil doklad o odborné zkoušce, a to právě z důvodu, že zadavatel neurčil, které pozice považuje za vedoucí prací a toto určení si provedl sám uchazeč. Výsledkem pak bylo vyloučení tohoto uchazeče. Per analogiam lze tedy dovodit, že v přezkoumávaném případě, kdy zadavatel neurčil jakým způsobem je potřeba prokázat uchazeči předmětný technický kvalifikační požadavek, mohlo dojít k obdobné situaci, že by si uchazeči sami určili, jak tento požadavek splní a zadavatel by je následně vyloučil právě pro neprokázání splnění kvalifikačního požadavku.
26. Ke konstatování zadavatele, že nebyla ze strany uchazečů o veřejnou zakázku podána žádná žádost o dodatečné informace, uvádím, že podání či nepodání žádostí o dodatečné informace nesvědčí ničeho o skutečnosti, že by zadavatel uvedl způsob prokázání předmětného technického kvalifikačního požadavku.
27. Zadavatel má za to, že stanovil docela přesně, jaké parametry a jakým způsobem mají být v rámci hodnocení tohoto dílčího kritéria hodnoceny. Podle zadavatele je pro uchazeče jednoznačně poznatelné, jaký účel a roli bude mít ve fázi plnění veřejné zakázky jimi připravovaná studie, když v tomto duchu i bod 14.2.2. zadávací dokumentace jasně stanoví, že „*uchazeči pro účely tohoto dílčího hodnotícího kritéria vypracují vzorový dokument, jehož obsahem bude obecný popis přístupu ke zpracování studie*“. Zadavatel je tedy přesvědčen, že se jedná o poměrně jednoznačně stanovená kritéria, z nichž lze dobře seznat, co a jak bude hodnotící komisí hodnoceno. K těmto námitkám konstatuji, že jak už plyne z rozkladu samotného zadavatele, on sám má za to, že stanovil kritéria „docela přesně“ či „poměrně jednoznačně“. Je tedy zřejmé, že ani sám zadavatel není schopen tvrdit, že kritéria nastavil naprosto jednoznačně, aby z nich uchazeči byli schopni seznat, co bude předmětem hodnocení a jak mají koncipovat své nabídky, aby byly hodnoceny jako co nejlepší. Zadavatel dostatečně přesně a jednoznačně nespécifikoval jaké parametry a jak bude hodnotit. Mohlo tedy dojít k situaci, že potenciální uchazeči ani nepodali své nabídky, neboť byli vystaveni nejistotě, jak mají vlastně své nabídky koncipovat, když z ničeho nevyplývalo, jak budou jejich nabídky hodnoceny v rámci dílčího hodnotícího kritéria, když pojmy „rozsáhlejší a komplexnější“, „propracovanější“ či „určitá míra přidané hodnoty“ použité zadavatelem umožňují jejich široké pojetí. Cílem uchazečů při podání jejich nabídek je, aby právě jejich nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, tudíž je zapotřebí, aby co nejlépe vyhovovala

požadavkům zadavatele. Pokud však uchazeči jsou v nejistotě, co a jakým způsobem vlastně bude hodnoceno, nejsou schopni vypracovat svou nabídku tak, aby těmto požadavkům vyhovovala, natož, aby jim vyhovovala co nejlépe. Tato skutečnost pak může odradit potenciální uchazeče od podání nabídky. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že by následně mohlo dojít k několika situacím a to například, že by zadavatel obdržel neporovnatelné nabídky nebo by zadavatel vyloučil uchazeče, kteří by předložili co nejlepší řešení podle svého názoru, avšak zadavateli by toto řešení nevyhovovalo a to z toho důvodu, že zadavatel nespécifikoval, jaké řešení bude hodnotit nejlépe nebo by mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nevhodnější nabídky, zadavatel by mohl rovněž svým postupem, kdy nespécifikoval konkrétní aspekty, které budou v rámci zmiňovaného dílčího hodnotícího kritéria hodnoceny, zúžit spektrum předložených nabídek. Povinností zadavatele je nejen natolik konkrétně vymezit své požadavky v zadávací dokumentaci, aby bylo uchazečům zřejmé, jak mají vypracovat své nabídky (ustanovení § 44 odst. 1 zákona), ale rovněž musí být zřejmé, jak budou následně nabídky hodnoceny, neboť toto hodnocení pak musí proběhnout transparentně a dále musí být umožněn přezkum tohoto hodnocení. Zadavatel stanoví podle svých požadavků zadávací podmínky, na základě nichž by pak měl obdržet vzájemně porovnatelné nabídky. Zadavatel následně posuzuje, zda jsou podány nabídky, které jsou v souladu s těmito zadávacími podmínkami. Pokud by zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritérium transparentně a v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tak, aby si uchazeči mohli udělat jasnou představu o tom, jaké řešení je pro zadavatele optimální, uchazeči by tak mohli svou nabídku konstruovat jinak (v souladu s požadavky zadavatele), a tím docílit její vyšší konkurenceschopnosti a příznivějšího hodnocení. Nelze proto ani vyloučit, že by transparentnější vymezení způsobu hodnocení podaných nabídek nemohlo následně vést k výběru zcela jiné nabídky. Tento nedostatek zadávací dokumentace mohl ovlivnit množství podaných nabídek či způsob konstrukce nabídek, a tedy potažmo jejich hodnocení a výsledné pořadí.

28. Podle zadavatele jsou bezesporu splněny požadavky uvedené v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. 3. 2009. K tomuto konstatování zadavatele cituji jím zmíněný rozsudek „*zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrná, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky soutěžit. Rovněž jednotlivá dílčí kritéria a jejich hodnocení musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu a aby bylo následně zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předepsal v zadávacích podmínkách. Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.*“ Tento rozsudek tak zcela koresponduje z výše uvedeným, že dílčí hodnotící kritéria musí být dostatečně konkrétní a jednoznačná a to nejen z důvodů již uvedených v předchozím bodě, ale rovněž z důvodu možnosti následné přezkoumatelnosti postupu zadavatele, zda nabídky hodnotil tak, jak si stanovil v zadávací dokumentaci.
29. Zadavatel závěrem podotýká, že není možné vždy stanovit hodnotící kritéria tak, aby byly jednotlivé aspekty vždy vyjádřitelné čísly nebo jinou konkrétní hodnotou. Opačný přístup by podle zadavatele vedl k tomu, že všechna kritéria by musela být objektivní, ve smyslu vyjádřitelnosti nějakou hodnotou, a nebyl by zde prostor pro posouzení výstupu hodnotící

komise z hlediska její odbornosti, čímž by se tato stávala prakticky zbytečnou. K tomuto obecnému konstatování zadavatele odkazují na výše uvedené a uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nikde neuvedl, že by povinností zadavatele bylo zvolit pouze kritéria vyjádřitelná čísly. Subjektivní hodnotící kritéria zákon umožňuje, jejich použití však musí být v souladu se zákonem.

#### **VI. Závěr**

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
31. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Nemocnice Na Homolce, Roentgenova 37/2, 150 30 Praha 5,
2. ATTRACTION s.r.o., Španělská 770/2, 120 00 Praha 2 – Vinohrady

### Vypraveno dne:

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