



UOHSX00C31HF

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0223/2018/VZ-06147/2019/323/PBI

Brno 1. března 2019

V řízení o rozkladu ze dne 26. 12. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 12. 2018 zadavatelem –

- **Thomayerova nemocnice**, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha 4 – Krč, v řízení o rozkladu zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 12. 2018 Mgr. Ludkem Hladěnou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 04371, IČO 66239516, se sídlem Jungmannova 36/31, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0317/2018/VZ-36621/2018/512/JHé ze dne 10. 12. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 6. 8. 2018 na návrh z téhož dne, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **PROSOFT KROMĚŘÍŽ s.r.o.**, IČO 63492041, se sídlem Masarykovo náměstí 490/9, 767 01 Kroměříž,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**eHealth v TN – I. dodávka software a zajištění servisní podpory (číslo projektu: CZ.06.3.05/0.0/0.0/16_034/0005728)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 30. 5. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 31. 5. 2018 pod ev. č. Z2018-017686, ve znění opravy ze dne 29. 6. 2018, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 30. 5. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 31. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 102-232571, ve znění opravy ze dne 29. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 126-287671,

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

Výroky III až VI rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0317/2018/VZ-36621/2018/512/JHé ze dne 10. 12. 2018 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona

r u š í m

a věc v tomto rozsahu

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení vedené zadavatelem

1. Zadavatel – Thomayerova nemocnice, IČO 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha 4 – Krč, (dále jen „**zadavatel**“) – odeslal dne 30. 5. 2018 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku „eHealth v TN – I. dodávka software a zajištění servisní podpory (číslo projektu: CZ.06.3.05/0.0/0.0/16_034/0005728)“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 30. 5. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 31. 5. 2018 pod ev. č. Z2018-017686, ve znění opravy ze dne 29. 6. 2018, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 30. 5. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 31. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 102-232571, ve znění opravy ze dne 29. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 126-287671 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 13. 7. 2018 podal navrhovatel – PROSOFT KROMĚŘÍŽ s.r.o., IČO 63492041, se sídlem Masarykovo náměstí 490/9, 767 01 Kroměříž, (dále jen „**navrhovatel**“) – námitky proti zadávací dokumentaci, které byly zadavatelem odmítnuty.

II. Správní řízení vedené Úřadem

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 zákona, obdržel dne 6. 8. 2018 návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**návrh**“). Jednalo se o návrh ve smyslu § 250 odst. 1 písm. a) zákona, který směřoval proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Navrhovatel se návrhem domáhal, aby Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

4. Dne 6. 8. 2018, kdy byl Úřadu návrh doručen, bylo podle § 249 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
5. Úřad nařídil zadavateli rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0317/2018/VZ-27919/2018/512/JHé ze dne 24. 9. 2018 předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 10. 12. 2018

6. Dne 10. 12. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0317/2018/VZ-36621/2018/512/JHé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele v části směřující proti požadavku zadavatele na webové prostředí s podporou HTML5, proti údajné diskriminaci homogenních platforem ESB, proti požadavku zadavatele na tzv. unlimited licenci a proti požadavku na vykazování pojišťovny dle platné legislativy České republiky, podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť v intencích této části návrhu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 3 zákona.
8. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele v části návrhu týkající se rozporu zadávacích podmínek s Metodickým pokynem poskytovatelům zdravotnických služeb k čerpání prostředků z výzvy iROP číslo 26 Ministerstva zdravotnictví České republiky podle § 265 písm. c) zákona zamítá, neboť návrh v této části nesměruje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona.
9. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona tím, že vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, když v zadávacím řízení v rámci podmínek účasti stanovil podmínky kvalifikace, ve kterých současně požadoval kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona v rozsahu uvedeném v bodě 8 části nazvané „Technická způsobilost“ zadávací dokumentace na veřejnou zakázku a dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona uvedeném v bodě 8 části nazvané „Technická způsobilost“ zadávací dokumentace na veřejnou zakázku, týkající se osvědčení odborné kvalifikace vedoucího projektu, hlavního architekta řešení a senior konzultanta.
10. Výrokem IV napadeného rozhodnutí, jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku III napadeného rozhodnutí, Úřad zrušil podle § 263 odst. 3 zákona zadávací řízení na veřejnou zakázku.
11. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0317/2018/VZ ve věci návrhu navrhovatele.
12. Výrokem VI napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

13. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že požadavky zadavatele, o kterých Úřad rozhodl ve výroku I napadeného rozhodnutí, nejsou v rozporu se zákonem, a proto v této části nebyl důvod pro uložení nápravného opatření.
14. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že mu nepřísluší přezkoumávat soulad zadávacích podmínek s Metodickým pokynem poskytovatelů zdravotních služeb k čerpání prostředků z výzvy IROP číslo 26 Ministerstva zdravotnictví České republiky, neboť to nespadá do kompetencí Úřadu vymezených v § 248 zákona, resp. předmětný metodický pokyn neobsahuje postup, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona. Vzhledem k tomu Úřad návrh v této části zamítl.
15. V odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že požadavky zadavatele na kvalifikaci musí být odůvodněny předmětem plnění veřejné zakázky. Pokud by požadavky zadavatele vybočovaly z jeho oprávněných potřeb ve vztahu k dané veřejné zakázce, porušil by jednu ze zásad vymezených v § 6 odst. 1 zákona, a sice zásadu přiměřenosti, přičemž takovým postupem by mohlo zároveň dojít i k porušení zásady zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 zákona), protože excesivní stanovení požadavků na technickou kvalifikaci by mohlo nedůvodně omezit okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit a objektivně schopni předmětnou zakázku plnit. Za účelem posouzení, zda stanovením kombinace požadavků na technickou kvalifikaci mohl zadavatel v šetřené veřejné zakázce porušit zásadu zákazu diskriminace a zásadu přiměřenosti a nezákonně tak omezit, popř. vyloučit soutěžní prostředí, bylo dle Úřadu podstatné zjistit, zda jsou požadavky na prokázání technické kvalifikace objektivně splnitelné ze strany dodavatelů působících na příslušném trhu. Úřad za tím účelem zaslal žádost o sdělení 17 subjektům působícím na trhu poskytování software. Celkem 11 společností Úřadu odpovědělo, že by dané požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci nebylo schopno splnit bez využití poddodavatele a pouze jedna společnost uvedla, že požadavky splňuje i bez poddodavatele. Z toho je dle Úřadu zřejmé, že zadavatelem stanovená kombinace požadavků na technickou kvalifikaci je nepřiměřená a zadavatel jejím prostřednictvím významně omezil okruh možných dodavatelů, jež by jinak mohli být k plnění předmětu veřejné zakázky způsobilými. Na základě výsledku Úřadem provedeného průzkumu trhu Úřad uzavřel, že stanovením nepřiměřené kombinace požadavků na technickou kvalifikaci se zadavatel dopustil skryté diskriminace a porušil tím tak svou povinnost stanovenou v § 6 odst. 1 a 2 zákona.

IV. Rozklad zadavatele ze dne 26. 12. 2018

16. Dne 27. 12. 2018 Úřad obdržel rozklad zadavatele ze dne 26. 12. 2018 proti výrokům III až VI napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 10. 12. 2018. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) připadl na státní svátek 25. 12. 2018. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě čtvrtek 27. 12. 2018. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
17. Zadavatel ve vztahu k výroku III napadeného rozhodnutí namítá, že je v rozporu s judikaturou, dle které se posuzuje, zda jsou požadavky na kvalifikaci přiměřené charakteru veřejné zakázky, a to její velikosti, složitosti a technické náročnosti. O skrytou diskriminaci se jedná, pouze když jsou požadavky na technickou kvalifikaci excesivní a vybočují

z oprávněných potřeb zakázky. Zadavatel v rozkladu uvádí, že jím stanovené požadavky na technickou způsobilost nejsou diskriminační, šikanózní ani zjevně nepřiměřené, a jsou odůvodněny předmětem veřejné zakázky. Technické kvalifikační předpoklady byly v zadávací dokumentaci uvedeny tak, aby se vztahovaly na každý jednotlivý modul předmětu veřejné zakázky. Zadavatel konstatuje, že pokud by v novém zadávacím řízení požadavky na technickou způsobilost zúžil či vypustil, mohl by nabídku podat dodavatel, který nemá žádnou zkušenost s požadovanými informačními moduly.

18. Zadavatel dále namítá, že Úřad staví napadené rozhodnutí na průzkumu trhu, který je značně zavádějící, neboť Úřad vychází z odpovědí 12 respondentů, kteří představují jen velmi malou část relevantního trhu, a ještě navíc jim odňal možnost využít poddodavatele. Požadavkem Úřadu, který nezohledňuje možnost využití poddodavatelů, ačkoliv zákon tuto možnost sám předpokládá, došlo dle názoru zadavatele ke zkreslení relevantního trhu, neboť je zcela běžnou praxí, že typicky na trhu poskytování software jsou poddodavatelé často využíváni u veřejných zakázek většího rozsahu. Z odpovědí nejméně 5 respondentů dle zadavatele explicitně vyplývá, že by předmět veřejné zakázky byli schopni s využitím poddodavatelů splnit.
19. Zadavatel rovněž upozorňuje Úřad na skutečnost, že se v tomto případě pohybuje v režimu zák. č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, dle jehož § 4 odst. 4 je zadavatel povinen přijmout odpovídající bezpečnostní opatření při výběru dodavatele při pořízení svého informačního systému. Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření v míře nezbytné pro splnění povinností podle uvedeného zákona nelze dle zadavatele považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži.
20. K výrokům IV až VI napadeného rozhodnutí zadavatel žádné námítky neuvádí.

Závěr rozkladu

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu změnil výrok III napadeného rozhodnutí tak, že se návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky v části směřující proti požadavku zadavatele na technickou způsobilost dodavatele zamítá, a zrušil navazující výroky IV až VI napadeného rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele ze dne 4. 1. 2019 k rozkladu

22. Dne 4. 1. 2019 doručil navrhovatel Úřadu své vyjádření k rozkladu z téhož dne, v němž uvádí, že výrok III napadeného rozhodnutí reflektuje jeho tvrzení, která byla obsahem námitek a návrhu. Navrhovatel setrvává na svém názoru, že zadávací podmínky v části technické kvalifikace nesplňují nároky, které na ně klade zákon, diskriminují dodavatele a jsou nepřiměřené předmětu veřejné zakázky, a tedy v rozporu s § 73 odst. 6 zákona, čímž uměle a bez patřičného odůvodnění omezují možnost jejich účasti ve veřejné zakázce. To je v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek uvedenými v § 6 zákona a požadavkem § 36 zákona, který deklaruje, že zadávací podmínky nesmí vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Navrhovatel je názoru, že Úřad v průzkumu trhu oslovil všechny potenciální dodavatele, kteří by s ohledem na své zaměření byli schopni veřejnou zakázku plnit. K požadavku zadavatele, aby senior konzultant disponoval titulem MUDr., navrhovatel uvádí, že na relevantním trhu se pohybuje řada špičkových konzultantů,

kterí nedisponují tímto titulem, neboť jejich primární vzdělání je technické a manažerské. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítnul.

V. Řízení o rozkladu

23. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
25. Výrok III napadeného rozhodnutí je nezákonný z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů, nedostatečně zjištěného skutkového stavu a nesprávného právního posouzení věci.
26. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroků III až VI napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

K rozsahu přezkumu napadeného rozhodnutí

27. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výrokům III až VI napadeného rozhodnutí. Navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad nepodal. Proti výrokům I a II napadeného rozhodnutí tedy nebyl podán rozklad žádným z účastníků správního řízení.
28. Dle § 82 odst. 3 správního řádu pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Toto ustanovení správního řádu se dle § 152 odst. 5 téhož zákona použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
29. Výroky I a II napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výrokem III napadeného rozhodnutí, protože Úřad ve výrocích I až III napadeného rozhodnutí rozhodl o různých na sobě nezávislých částech návrhu navrhovatele. Výroky IV až VI napadeného rozhodnutí tvoří nedílný celek s výrokem III napadeného rozhodnutí, na výrocích I a II napadeného rozhodnutí jsou však nezávislé. Výroky I a II napadeného rozhodnutí tedy tvoří nedílný celek s výroky III až VI napadeného rozhodnutí, a je tak splněna jedna z podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu a současně podmínka, aby povaha věci umožňovala samostatné nabytí právní moci výroků I a II napadeného rozhodnutí. Naplněna je i poslední podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že výroky I a II napadeného rozhodnutí nabydou samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma žádnému z účastníků správního řízení vzhledem k tomu, že žádný z účastníků proti těmto výrokům rozklad nepodal.

30. Napadené rozhodnutí bylo doručeno zadavateli i navrhovateli dne 10. 12. 2018. Lhůta pro podání rozkladu uplynula oběma účastníkům správního řízení dne 27. 12. 2018. Dle § 73 odst. 1 správního řádu platí, že rozhodnutí je v právní moci, pokud bylo oznámeno a pokud proti němu nelze podat odvolání (případně analogicky rozklad). Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tedy výroky I a II napadeného rozhodnutí nabyly právní moci dne 28. 12. 2018 a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je v této části vyloučen.

VI. K důvodům zrušení výroku III napadeného rozhodnutí

31. Zadavatel ve vztahu k výroku III napadeného rozhodnutí namítá, že je v rozporu s judikaturou, dle které se posuzuje, zda jsou požadavky na kvalifikaci přiměřené charakteru veřejné zakázky, a to její velikosti, složitosti a technické náročnosti. Námitka zadavatele je důvodná.
32. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
34. Dle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.
35. Dle § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě.
36. V komentáři k § 36 odst. 1 zákona je uvedeno, že *„[z]adávací podmínky by tedy měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, na straně druhé aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele“, a „[n]a případnou bezdůvodnost omezování hospodářské soutěže je nutné pohlížet právě z pohledu předmětu veřejné zakázky a z něj vyplývajících oprávněných požadavků zadavatele“* (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017. Systém Beck-online).
37. K účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, že *„směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti*

dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit“.

38. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008: *„[z]a skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. ... 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. ... V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria ‚zjevné nepřiměřenosti‘ poskytnout 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 zakázky“.*
39. V rozsudku č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011 Krajský soud v Brně uvedl, že *„podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a v souladu se ZVZ, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etabloují. Na takových trzích nemůže stanovení kvalifikačních předpokladů vést k ‚neotevření‘ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat. Ostatně podpora hospodářské soutěže je sekundárním cílem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek. ... Jestliže tedy žalovaný [žalovaným byl Úřad – pozn. předsedy Úřadu] požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech posuzoval právě s ohledem na podmínky panující na trhu (především to, že jde o trh relativně ‚mladý‘), na počet aktivních dodavatelů na trhu a na to, komu byly v minulosti zadány veřejné zakázky obdobného charakteru, pak postupoval způsobem, který zdejší soud považuje za správný, plně odpovídající smyslu přezkumu podle ZVZ“.*
40. Zadavatelé mají právo požadovat prokázání kritérií technické kvalifikace, a to z toho důvodu, aby vybírali dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, které jsou schopny veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Stanovením požadavků na technickou kvalifikaci prakticky vždy dojde k omezení okruhu potenciálních dodavatelů. Vzhledem k tomu, že podpora hospodářské soutěže je jedním z cílů zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek, existuje veřejný zájem na tom, aby byla soutěž o veřejnou zakázku omezena v co nejmenší míře.
41. Z výše uvedených ustanovení zákona a související judikatury vyplývá, že požadavky na kvalifikaci by neměly vytvářet překážky hospodářské soutěže *bezdůvodně* a znemožnit tak účast dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni zakázku plnit. Z toho důvodu jsou zadavatelé povinni stanovit kritéria technické kvalifikace:
- a. přiměřeně velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky a svým oprávněným potřebám a legitimním očekáváním, a rovněž
 - b. přiměřeně specifikům a podmínkám panujícím na relevantním trhu.

42. Vedle samotného předmětu veřejné zakázky a jeho jednotlivých specifik je tak třeba zvážit i relevantní trh s obdobnými plněními. I zdánlivě přiměřeně nastavená kritéria technické kvalifikace ve spojení se skutečností, že na relevantním trhu nebylo objektivně možné požadované zkušenosti získat, mohou být nepřiměřená či diskriminační. Jedná-li se o zakázku, jejíž předmět je v rámci určitého oboru poměrně specifický, je při nastavování kritérií technické kvalifikace nutno zvážit i skutečnost, zda dané zvláštnosti zakázku natolik odlišují v rámci oboru, že je schopen ji splnit pouze dodavatel, který již má s takovou zakázkou předchozí zkušenosti, nebo zda dané specifikum mohou zvládnout i jiní dodavatelé z oboru.
43. V návaznosti na výše uvedené povinnosti zadavatele a v kontextu návrhu navrhovatele měl Úřad zhodnotit, zda zadavatel stanovením kritérií technické kvalifikace bezdůvodně neomezil hospodářskou soutěž. Za tím účelem měl Úřad posoudit požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci z hlediska jejich přiměřenosti ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, oprávněným potřebám zadavatele a podmínkám panujícím na relevantním trhu, a to s ohledem na účel stanovení požadavků na technickou kvalifikaci na jedné straně a obecný zájem na co nejširším zachování hospodářské soutěže na straně druhé. Úřad této své povinnosti nedostál z níže uvedených důvodů.
44. Úřad v bodech 108 až 115 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl správná východiska včetně např. judikátu, z kterého cituji v bodě 38 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Těmito východisky se však následně zcela neřídil, když neposoudil, zda zadavatelem požadovaná kritéria technické kvalifikace a minimální úroveň pro jejich splnění mají vazbu na předmět veřejné zakázky a jsou přiměřená jeho rozsahu, složitosti a technické náročnosti. Úřad se pouze zabýval přiměřeností požadavků na technickou kvalifikaci ve vztahu k podmínkám panujícím na relevantním trhu a akcentoval tak ochranu hospodářské soutěže, aniž by však současně zohlednil oprávněné potřeby zadavatele a účel stanovení podmínek kvalifikace. Posouzení požadavků zadavatele na technickou kvalifikaci ve vztahu k předmětu veřejné zakázky je však důležité a nelze bez jeho provedení učinit závěr, zda stanovením kritérií technické kvalifikace bezdůvodně omezil hospodářskou soutěž.
45. K průzkumu trhu a závěrům, které na jeho základě Úřad učinil, uvádím, že je napadené rozhodnutí v této části z níže uvedených důvodů nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a založeno na nesprávném právním posouzení.
46. Úřad v bodě 118 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že je třeba zohlednit specifika relevantního trhu, z odůvodnění však již není patrné, zda a v čem je trh vztahující se k předmětu veřejné zakázky specifický, a jak měl zadavatel jeho případná specifika zohlednit při stanovení požadavků na technickou kvalifikaci.
47. Úřad svůj závěr o nepřiměřenosti zadavatelem stanovených požadavků na technickou kvalifikaci opřel o rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 29/2009-56 ze dne 16. 3. 2011 a Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011-82 ze dne 7. 12. 2011, z nichž cituje v bodě 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z bodů 124 a 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad v návaznosti na tyto rozsudky a provedený průzkum trhu došel k závěru, že požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci jsou nepřiměřené, protože dodavatelé oslovení v rámci průzkumu trhu by je nebyli schopni splnit bez využití poddodavatele. K tomu uvádím, že z uvedených rozsudků nevyplývá, že požadavky

zadavatelů na prokázání splnění kvalifikace jsou nepřiměřené, pokud je potenciální dodavatelé nemohou splnit bez využití poddodavatele. Vyplývá z nich však, že pokud zadavatel stanoví nepřiměřený požadavek na kvalifikaci, nelze tuto nezákonnost zhojit oprávněním dodavatelů využít poddodavatele. V šetřeném případě se proto musí Úřad nejdříve zabývat přiměřeností požadavků zadavatele na technickou kvalifikaci v souladu s výše uvedeným výkladem (viz např. bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a teprve pokud by došel na základě takového posouzení k závěru, že jsou požadavky zadavatele nepřiměřené, lze odkázat na uvedené judikáty s tím, že na zjištěnou nezákonnost nemá vliv skutečnost, že předmětné požadavky mohli dodavatelé splnit prostřednictvím poddodavatele.

48. K odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž podotýkám, že Úřad v jeho bodech 124 a 126 konstatoval, že dodavatelé oslovení v rámci průzkumu trhu mohli být způsobilými k plnění předmětu veřejné zakázky, z odůvodnění však již není zřejmé, z čeho tak Úřad usuzuje.

Shrnutí

49. Z výše popsaných důvodů je výrok III napadeného rozhodnutí nezákonný a nepřezkoumatelný, a proto jsem ho zrušil.
50. Úřad se v rámci nového projednání věci bude řídit závazným právním výkladem uvedeným v tomto rozhodnutí. Úřad posoudí zadavatelem požadovaná kritéria technické kvalifikace vč. minimální úrovně pro jejich splnění jednotlivě i ve vzájemné kombinaci a přezkoumatelným způsobem uvede, zda mají vazbu na předmět veřejné zakázky a jsou stanovena přiměřeně jeho rozsahu, složitosti a technické náročnosti a zjištěným specifikům relevantního trhu. Úřad v novém rozhodnutí zvaží skutečnost, zda zvláštnosti relevantního trhu zakázku natolik odlišují v rámci oboru, že ji může splnit pouze dodavatel, který již má s takovou zakázkou předchozí zkušenosti, nebo zda veřejnou zakázku mohou splnit i jiní dodavatelé, kteří mají zkušenosti obecnějšího rázu.
51. Zadavatel v rozkladu navrhuje změnit výrok III napadeného rozhodnutí tak, že se návrh navrhovatele v části směřující proti požadavku zadavatele na technickou způsobilost dodavatele zamítá. K tomu uvádím, že nebylo možné výrok III napadeného rozhodnutí změnit, a musel jsem přistoupit k jeho zrušení, protože doplnění skutkových zjištění v souvislosti s novým právním posouzením věci ve smyslu předchozích odstavců odůvodnění tohoto rozhodnutí nelze provést v řízení o rozkladu jakožto řízení ve druhém stupni. Pokud bych tak učinil, zadavatel ani navrhovatel by již neměli možnost podat proti takovému rozhodnutí rozklad, a vznikla by tak újma na jejich právech.

VII. K důvodům zrušení výroků IV až VI napadeného rozhodnutí

52. Úřad výrokem IV napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku III napadeného rozhodnutí zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, výrokem V napadeného rozhodnutí uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a výrokem VI napadeného rozhodnutí povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
53. Vzhledem k tomu, že jsem rozhodl o zrušení výroku III napadeného rozhodnutí, se kterým výroky IV až VI napadeného rozhodnutí tvoří ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu nedílný

celek, resp. jsou na něm ve smyslu teorie správního práva závislé, přistoupil jsem rovněž ke zrušení výroků IV až VI napadeného rozhodnutí.

VIII. K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nařízenému Úřadem předběžným opatřením ze dne 24. 9. 2018

54. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky.
55. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0317/2018/VZ-27919/2018/512/JHé ze dne 24. 9. 2018 bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nepozbylo platnosti a účinnosti.

IX. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že výrok III napadeného rozhodnutí trpí vadami, které mají vliv na jeho zákonnost. Protože nebylo možné tento rozpor s právními předpisy napravit přímo v řízení o rozkladu změnou výroku III napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, dospěl jsem k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení výroku III a navazujících výroků IV až VI napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.
57. Vzhledem k tomu, že je výrok III napadeného rozhodnutí nezákonný, nezabýval jsem se všemi námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu. Při novém projednání věci vezme Úřad v úvahu námitky rozkladu a bude-li to potřeba, v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí uvede způsobem podle § 68 odst. 3 správního řádu úvahy, kterými se bude řídit při jejich vypořádání.

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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Luděk Hladěna, LL.M., advokát, Jungmannova 36/31, 110 00 Praha 1
2. PROSOFT KROMĚŘÍŽ s.r.o., Masarykovo náměstí 490/9, 767 01 Kroměříž

Vypraveno dne:

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