UOHSX00BQACJ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0155/2018/VZ-36195/2018/322/HSc Brno 6. prosince 2018

V řízení o rozkladu ze dne 12. 9. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 13. 9. 2018 navrhovatelem –

- **C SYSTEM CZ a. s.**, IČO 27675645, se sídlem Otakara Ševčíka 840/10, 636 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13. 7. 2018 Mgr. Romanem Klimusem, advokátem, ev. č. ČAK 13824, společníkem společnosti KLIMUS & PARTNERS s. r. o., se sídlem Heršpická 813/5, 639 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25317/2018/532/LOh ze dne 29. 8. 2018 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 9. 7. 2018 na návrh výše označeného navrhovatele z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Pardubický kraj**, IČO 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**eHealth – Elektronizace zdravotnické dokumentace a navazující služby**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 5. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 6. 2018 pod ev. č. Z2018-017814, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 6. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 6. 2018 pod ev. č. 218/S 103-234856, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 117-265789,

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

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25317/2018/532/LOh ze dne 29. 8. 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

ruším

a věc v rozsahu tohoto výroku

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25317/2018/532/LOh ze dne 29. 8. 2018 podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona

p o t v r z u j i

a podaný rozklad v rozsahu tohoto výroku

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)[1] k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 9. 7. 2018 návrh navrhovatele – C SYSTEM CZ a. s., IČO 27675645, se sídlem Otakara Ševčíka 840/10, 636 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 13. 7. 2018 Mgr. Romanem

[1] Pozn.: *Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.*

Klimusem, advokátem, ev. č. ČAK 13824, společníkem společnosti KLIMUS & PARTNERS s. r. o., se sídlem Heršpická 813/5, 639 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Pardubický kraj, IČO 70892822, se sídlem Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „eHealth – Elektronizace zdravotnické dokumentace a navazující služby“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 5. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 6. 2018 pod ev. č. Z2018-017814, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 6. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 6. 2018 pod ev. č. 218/S 103-234856, ve znění oprav uveřejněných dne 21. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 117-26578 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dne 9. 7. 2018, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0274/2018/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 29. 8. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25317/2018/532/LOh (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výroku I. tak, že návrh navrhovatele se v části týkající se možného nezákonného nastavení zadávacích podmínek, konkrétně požadavku na prokázání technické kvalifikace zahrnující doložení realizace min. 2 významných dodávek nemocničního informačního systému (pro zařízení s min. 200 lůžky, s lůžkovou i ambulantní péčí, který by navazoval na českou legislativu týkající se financování zdravotní péče, v objemu min. 1 mil. Kč) a v části týkající se překrývání zakázek se zakázkou „eHealth – Sdílení zdravotnické dokumentace mezi poskytovateli ZS“ se zamítá podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

4. Ve výroku II. rozhodl Úřad tak, že návrh se v části týkající se rozporu zadávacích podmínek s Metodickým pokynem poskytovatelům zdravotnických služeb k čerpání prostředků z výzvy iROP číslo 26 Ministerstva zdravotnictví, zamítá podle § 265 písm. c) zákona, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržet dle zákona.

5. Z odůvodnění se podává, že dle názoru Úřadu byl požadavek na prokázání realizace min. 2 významných dodávek nemocničního informačního systému (pro zařízení s min. 200 lůžky, s lůžkovou i ambulantní péčí, který by navazoval na českou legislativu týkající se financování zdravotní péče, v objemu min. 1 mil. Kč) přiměřený ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Předmět referencí byl shodný s předmětem veřejné zakázky, přičemž parametry jednotlivých dodávek byly nastaveny rovněž přiměřeně. Úřad provedl průzkum, dle kterého byly požadovanou kvalifikaci schopny splnit min. 3 subjekty působící na českém trhu z celkem 12 dotázaných. Navrhovatel původně tvrdil, že kvalifikaci může splnit pouze jediný subjekt, a to společnost STAPRO. Úřad naopak uzavřel, že požadovaná podmínka nepůsobila diskriminačně a byla přiměřená povaze zakázky.

6. Navrhovatel dále tvrdil, že se předmět veřejné zakázky překrýval s předmětem jiné zakázky s názvem „eHealth – Sdílení zdravotnické dokumentace mezi poskytovateli ZS“, což dle jeho názoru plynulo z popisu předmětu a rozsahu obou zakázek. Tento stav měl navíc posilovat

diskriminační charakter zadávacích podmínek veřejné zakázky, neboť dodavatel musel být schopen realizovat i druhou (překrývající se) veřejnou zakázku. Úřad z popisu předmětu obou zakázek zjistil, že předmětem šetřené veřejné zakázky je dodávka informačních systémů, zatímco předmětem druhé (údajně překrývající se) zakázky je dodávka komunikačních technologií. Dospěl tak k závěru, že veřejné zakázky se nepřekrývají, ale spíše na sebe navazují. Konstatoval také, že navrhovatel ani neuvedl, kterou povinnost stanovenou zákonem měl zadavatel údajně závadným postupem porušit. Neshledal ani vytvoření překážek pro případná budoucí navazující zadávací řízení, neboť dle Úřadu není vyloučeno, že zakázky budou realizovat dva odlišné subjekty.

7. Součástí návrhu bylo rovněž tvrzení, že postupem zadavatele bude systém krajského řešení zdravotní informační struktury uzavřen případným dalším dodavatelům (tzv. vendor lock-in), což má být v rozporu s metodickým pokynem Ministerstva zdravotnictví. K této námitce Úřad uzavřel, že přezkoumání souladu s metodickým pokynem nespadá do jeho kompetencí. Nad rámec tohoto závěru Úřad uvedl, že nic nenasvědčuje tomu, že by zadavatel směřoval k vytvoření tzv. vendor lock-in, když smlouva o dílo obsahuje mnoho podmínek, dle kterých je zadavatel oprávněn s dílem následně nakládat zejména na základě licenční smlouvy.

III. Rozklad navrhovatele

8. Dne 12. 9 2018 podal navrhovatel blanketní rozklad, který byl Úřadu doručen dne 13. 9. 2018, následně byl odůvodněn podáním ze dne 21. 9. 2018. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 29. 8. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

9. Navrhovatel v odůvodnění rozkladu rozporuje zejména závěr Úřadu, který na základě průzkumu možných dodavatelů veřejné zakázky dospěl k názoru, že kvalifikační předpoklady nejsou diskriminační, když je byli schopni vedle společnosti STAPRO splnit 2 dodavatelé z 11 dotázaných. Namítá naopak, že z provedeného průzkumu jednoznačně plyne diskriminační charakter požadovaných referencí, když celkem 9 oslovených společností z celkových 11 nebylo schopno požadované reference bez využití subdodavatele doložit. Navrhovatel zpochybňuje i věrohodnost provedeného dotazování a poukazuje na možnost propojení dotazovaných společností Medical a Medicalc.

10. Navrhovatel rozporuje i závěry obsažené v usnesení Úřadu ze dne 29. 9. 2018, č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25175/2018/532/LOh (které rovněž napadl rozkladem) a uzavírá, že v kombinaci s požadavky zadavatele obsaženými v bodě 2. a 3. článku 5.3.1 písm. b) zadávací dokumentace jsou požadavky zadavatele na reference již zcela jistě diskriminační a může je splnit pouze společnost STAPRO.

11. Je opětovně tvrzen diskriminační charakter požadavku zadavatele na referenční zakázky tak, že tyto zakázky musí zahrnovat vykazování a vyúčtování zdravotní péče dle platné legislativy České republiky. Tento požadavek dle navrhovatele zcela diskriminuje zahraniční dodavatele, když připouští reference pouze z České republiky, což se mohlo dotknout navrhovatele i tak, že nebyl schopen využít zahraniční partnery jako subdodavatele pro případné prokázání kvalifikace.

12. Závěrem navrhovatel namítá, že nastavení zadávacích podmínek směřuje k zadání zakázky jedinému dodavateli (společnosti STAPRO), a to bez ohledu na skutečnost, zda se bude zadávacího řízení účastnit přímo, nebo v rámci subdodavatelského vztahu.

13. K výroku II. napadeného rozhodnutí navrhovatel neuvedl žádné konkrétní námitky, ačkoliv z kontextu rozkladu plyne, že napadené rozhodnutí je rozporováno v plném rozsahu.

Závěr rozkladu

14. Zadavatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, a proto navrhuje předsedovi Úřadu, aby jej v celém rozsahu zrušil a věc vrátil k novému projednání a rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. 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.

17. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

18. Ve výroku I. však Úřad rozhodl nesprávně a v rozporu se zákonem, neboť jsem shledal pochybnosti o tom, zda Úřad zvážil řádně všechny podstatné okolnosti případu, zejména s ohledem na relevantní trh plnění, které je předmětem veřejné zakázky, a zda dostatečně zjistil skutkový stav, na kterém své rozhodnutí založil.

19. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou tedy v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí, a dále důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu k výroku II.

20. Podle § 265 písm. c) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

21. Podle § 89 odst. 2 správního řádu platí, že odvolací orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.

22. Navrhovatel původně upozornil v návrhu, že zadavatelem požadované celkové řešení veřejné zakázky nasvědčuje tomu, že krajské řešení bude uzavřeno pod kontrolu jednoho dodavatele (tzv. vendor lock-in), což má být v rozporu s Metodickým pokynem

poskytovatelům zdravotnických služeb k čerpání prostředků z výzvy iROP číslo 26 Ministerstva zdravotnictví. Úřad pak ve výroku II. napadeného rozhodnutí uzavřel, že návrh v této části nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona, proto jej zamítl. Nad rámec uvedeného závěru sdělil, že nic nenasvědčuje tomu, že by postup zadavatele tvrzený systém tzv. vendor lock-in vytvářel.

23. Navrhovatel následně podal proti napadenému rozhodnutí rozklad, v němž požaduje zrušení tohoto rozhodnutí v plném rozsahu. V odůvodnění rozkladu se však navrhovatel vůči výroku II. napadeného rozhodnutí nijak konkrétně nevymezuje, veškerá argumentace rozkladu směřuje proti výroku I. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel vůči závěrům obsaženým ve výroku II. napadeného rozhodnutí nic konkrétního nenamítal, není zde ničeho, co by mělo být k danému výroku v rámci rozhodnutí o rozkladu vypořádáno.

24. Závěry Úřadu vztahující se k výroku II. napadeného rozhodnutí obsažené v jeho bodě 106. – 112. považuji za správné a řádně odůvodněné. Kompetence Úřadu jsou vymezeny ustanovením § 248 zákona. Navrhovatel v návrhu uvedl, že zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky jsou v rozporu s metodickým pokynem, neboť směřují k vytvoření proprietárního řešení, které do budoucna neumožní realizaci následných veřejných zakázek dodavatelem odlišným od dodavatele, který bude vybrán v šetřeném zadávacím řízení. Jak správně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, nepřísluší mu přezkoumávat soulad zadávacích podmínek s předmětným metodickým pokynem, neboť takový postup nespadá do kompetencí Úřadu vymezených ustanovením § 248 zákona. K posouzení, zda zadavatel postupoval v rozporu s metodickým pokynem, jsou případně kompetentní jiné orgány, nikoliv však Úřad, který správně návrh v tomto rozsahu odmítl.

25. Správný je rovněž závěr Úřadu, dle kterého nic nenasvědčuje tomu, že by postup zadavatele vytvářel tzv. vendor lock-in, tedy že by zadavatelův postup směřoval k uzavření dodaného systému a k nemožnosti s takto vytvořeným systémem dále nakládat. Úřad správně poukazuje na nastavení smluvních ujednání, licenčních podmínek a podmínek součinnosti, které ve svém souhrnu umožňují zadavateli v budoucnu změnu či zpřístupnění díla vytvořeného zhotovitelem.

Shrnutí

26. K výroku II. napadeného rozhodnutí tak uvádím, že z odůvodnění tohoto výroku je zřejmé, z jakých podkladů pro jeho vydání Úřad vycházel, a dále je z něj zřejmé i to, na základě jaké úvahy k němu Úřad dospěl. Výrok II. napadeného rozhodnutí pak dostatečně specifikuje, v jaké věci Úřad rozhodoval, a to v souladu s § 68 odst. 2 věta první správního řádu. Úřad tak dostatečným způsobem a v souladu se zákonem odůvodnil, proč návrh ve vztahu k rozporu zadávacích podmínek s Metodickým pokynem poskytovatelům zdravotnických služeb k čerpání prostředků z výzvy iROP číslo 26 Ministerstva zdravotnictví zamítl.

K námitkám rozkladu k výroku I.

Dotčená právní úprava

27. Dle ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona platí, že zadavatel při postupu podle zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti, ve vztahu k dodavatelům pak musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

28. Dle ustanovení § 36 odst. 1 zákona platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

29. K prokázání kritérií technické kvalifikace může zadavatel podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

Obecné závěry k otázce dodržení zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace ve vztahu ke stanovení kritérií technické kvalifikace

30. Základní zásady zadávání veřejných zakázek, tedy zásada transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, které jsou zakotveny v § 6 odst. 1 a 2 zákona, spadají do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů. Tyto pojmy není v zásadě vhodné blíže specifikovat přímo v zákoně, neboť jejich smyslem je reagovat na širokou škálu různých okolností, kterými se jednotlivé (byť třeba na první pohled totožné) případy liší. Ke způsobu aplikace a interpretace základních zásad se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159. Ačkoliv se soud v rozhodnutí zabývá zásadou transparentnosti, lze závěry týkající se zásady jakožto neurčitého právního pojmu vztáhnout i na ostatní zásady zadávání veřejných zakázek, v daném případě na zásadu přiměřenosti a zásadu zákazu diskriminace. Z citovaného rozhodnutí se podává následující: „*Pojem ‚zásada transparentnosti' spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.*"

31. Otázkou aplikace zásady zákazu diskriminace ve vztahu k nastavení kvalifikačních předpokladů se podrobně zabývalo rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152. Ačkoliv toto rozhodnutí vykládá § 6 původního zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zejména tedy zásadu zákazu diskriminace, lze jeho závěry použít pro výklad zásad zakotvených v zákoně současném a jeho § 6 odst. 1 a 2, zejména tedy zásady zákazu diskriminace a rovněž nově zakotvené zásady přiměřenosti. Hlavní myšlenky uvedeného rozhodnutí, které je nutno

aplikovat na posuzovaný případ tak lze uvést takto: *„Smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 zákona je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky…Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřípustné 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. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností – ostatně právo není matematika – 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 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…musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, 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."*

32. Je tedy zjevné, že smyslem uvedených zásad, v daném případě tedy zásady přiměřenosti a zákazu (skryté) diskriminace, je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to i ve vztahu k nastavení kvalifikačních předpokladů. Zadavatel má jistě možnost nastavit kritéria technické kvalifikace ve formě referenčních zakázek tak, aby vybíral dodavatele pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. 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 daná specifika zakázku natolik odlišují v rámci oboru, že je schopen ji splnit pouze takový dodavatel, který již s toutéž specifickou zakázkou má předchozí zkušenosti, nebo zda dané specifikum mohou zvládnout i jiní dodavatelé z oboru. V případě vysoce specializovaných dodávek je totiž třeba počítat se skutečností, že trh v daném oboru bude mnohem užší a zkušených dodavatelů tak bude velmi málo. V takovém případě je pak nutno zvážit, zda specializace těchto dodavatelů plyne z jejich jedinečných schopností, nebo zda jde o pouhý důsledek ekonomického chování, kdy se na malém trhu

nevyplatí ostatním dodavatelům tentýž specializovaný produkt nebo službu nabízet (což však neznamená, že by toho z hlediska své odbornosti nebyli schopni). Při formulaci kritérií technické kvalifikace je tak zadavatel v rámci zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace povinen zvažovat veškeré relevantní okolnosti předmětné veřejné zakázky tak, aby v každém konkrétním případě byla vyvážena oprávněná potřeba řádné, včasné a kvalitní realizace veřejné zakázky a zároveň zájem na co nejširší možné hospodářské soutěži. Vedle samotného předmětu veřejné zakázky a jeho jednotlivých specifik (tj. zda je pro řádnou realizaci veřejné zakázky nutno požadovat zkušenost s naprosto stejným předmětem plnění, či zda postačí zkušenost obecnějšího rázu) je tak třeba zvážit i relevantní trh s obdobnými plněními. Nastavení vysoké speciality kritérií technické kvalifikace na trhu, kde se pohybuje pouze velmi málo subjektů, totiž může nežádoucím způsobem omezit či vyloučit hospodářskou soutěž.

K námitce nesprávných zjištění a posouzení v otázce relevantního trhu

33. Zadavatel v bodě 5.3.1 písm. b) zadávací dokumentace požaduje prokázat, že dodavatel v posledních 3 letech ode dne zahájení zadávacího řízení realizoval významné dodávky nebo služby obdobného charakteru a rozsahu, vymezené podrobněji v bodech 1., 2. a 3. uvedené části zadávací dokumentace (viz rovněž bod 55. napadeného rozhodnutí). Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval pouze požadavkem zadavatele uvedeným v bodě 1. článku 5.3.1 písm. b) zadávací dokumentace, neboť přezkumné řízení v otázce bodu 2. a 3. uvedeného článku bylo zastaveno usnesením ze dne 29. 9. 2018, č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25175/2018/532/LOh, v němž Úřad dospěl k závěru, že navrhovatel podmínky uvedené v bodech 2. a 3. řádně nenapadl v námitkách. Úřad následně dospěl k závěru, že požadavek zadavatele uvedený v bodě 1. článku 5.3.1 písm. b) zadávací dokumentace není nepřiměřený ani diskriminační, vzhledem k předmětu plnění šetřené veřejné zakázky. Na základě dotazování vybraných subjektů z oblasti informačních technologií a na základě dotazování u účastníků zadávacího řízení pak uzavřel, že na relevantním trhu existují minimálně tři subjekty schopné splnit předmětný požadavek zadavatele, hospodářská soutěž o předmětnou veřejnou zakázku tak byla zachována.

34. Navrhovatel ve svém poměrně stručném rozkladu zejména namítá skutečnost, že jedním z kritérií, dle kterých Úřad posuzoval přiměřenost a absenci diskriminace zadávacích podmínek veřejné zakázky (konkrétně nastavení kritérií technické specifikace), byl i průzkum trhu učiněný ze strany Úřadu, dle kterého Úřad posuzoval relevantní trh. Z uvedeného průzkumu vyplývá, že 2 z 11 oslovených společností by bylo schopno splnit kvalifikační předpoklady, což spolu se společností STAPRO, která v průzkumu oslovena nebyla, činí min. 3 subjekty činné na relevantním trhu. Navrhovatel však závěry uvedeného průzkumu rozporuje, zpochybňuje vypovídací hodnotu některých odpovědí a zároveň z průzkumu na rozdíl od Úřadu vyvozuje závěr, že hospodářská soutěž v daném případě zachována nebyla.

35. Předmětný průzkum trhu je rozporován rovněž z důvodu, že byl směřován pouze na bod č. 1 kritérií technické kvalifikace, ačkoliv navrhovatel rozporoval nastavení kritérií ve všech třech bodech. Správní řízení však bylo v tomto směru rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25175/52018/532/LOh zastaveno. Tvrdí pak, že v případě průzkumu trhu ve vztahu k plnému rozsahu kritérií technické kvalifikace by žádný z dotazovaných subjektů nebyl schopen tato kritéria splnit.

36. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí v části zabývající se průzkumem trhu (body 58. a 83. - 92.) jsem dospěl k závěru, že s ohledem na veškeré další okolnosti posuzovaného případu jsou zjištění učiněná Úřadem nedostatečná a právní závěry založené na jejich podkladě tudíž nesprávné.

37. V první řadě je třeba vyzdvihnout skutečnost, že s ohledem na úvahy učiněné v bodech 28. - 30. tohoto rozhodnutí je zjištění, zda byla mezi subjekty ucházejícími se o veřejnou zakázku zachována hospodářská soutěž, v daném případě klíčové. Současně se jedná o zásadní námitku navrhovatele. V takovém případě je nezbytné, aby se Úřad pokusil postavit tuto otázku najisto a zvážil všechny podstatné skutečnosti, což však v daném případě neučinil. Úřad v bodě 83. napadeného rozhodnutí zcela správně konstatuje, že pokud se jedná o relativně nový trh (v daném případě lze hovořit spíše o trhu s určitou mezerou v poptávce), kde vystupuje malý počet dodavatelů, pak zadavatel musí při stanovení kvalifikačních požadavků, spočívajících v doložení osvědčení o obdobném plnění z minulosti, požadovat splnění kvalifikace přiměřeně tak, aby byly zohledněny specifika tohoto relativně nového trhu, přičemž stanovení kvalifikačních požadavků nemůže vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat.

38. Úřad se pro závěr o dostatečnosti hospodářské soutěže spokojil pouze s vyjádřením společností Medical a Medicalc, že by byly schopny splnit zadavatelem požadovaná kritéria technické kvalifikace uvedená v bodě 5.3.1. písm. b) bod 1. zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky. Uvedené společnosti ke svému kladnému vyjádření nedoplnily žádné další informace. Úřad se již dále nezabýval skutečností, zda se jedná o dodavatele skutečně působící na relevantním trhu a jakým způsobem své služby poskytují. Nezabýval se, jakými referencemi by uvedené společnosti byly schopny požadovaná kritéria prokázat, a to i když navrhovatel tvrdil, že v posledních 3 letech nebyla žádná dodávka, která by v kvalifikaci obstála, realizována, mimo dodávek realizovaných společností STAPRO. Tyto otázky jsou totiž významné zejména ve světle skutečnosti, že ani jedna z uvedených společností se předmětného zadávacího řízení neúčastnila, ačkoliv se jednalo o rozsáhlou a na trhu dle tvrzení navrhovatele ojedinělou zakázku.

39. Další významnou okolností je pak fakt, že o veřejnou zakázku se ucházely pouze 2 subjekty, které oba prokázaly splnění kritérií technické kvalifikace prostřednictvím subdodavatele STAPRO, přičemž nabídková cena obou uchazečů se vzájemně liší o méně než 1 % a zároveň obě nabídkové ceny převyšují o cca 20% předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Ve výsledku tak reálná hospodářská soutěž o veřejnou zakázku absentuje, což má jistě vliv i na navýšení nabídkové ceny oproti ceně předpokládané.

40. Neplatí obecně, že by bylo třeba vyjádření dodavatelů učiněná na základě dotazu Úřadu jakkoliv zpochybňovat či nadále analyzovat. Je však třeba si uvědomit, že tvrzení navrhovatele o neexistenci hospodářské soutěže v případě předmětné veřejné zakázky podepřené faktem, že se zadávacího řízení účastnily pouze dva subjekty s toutéž společností poskytující reference (subdodavatel STAPRO) a s téměř totožnou nabídkovou cenou, odmítl Úřad s odkazem na prostá vyjádření dvou dalších subjektů, že by byly schopny požadovaná kritéria technické kvalifikace splnit. V tomto konkrétním případě se tak jeví zjištění učiněná Úřadem jako nedostatečná a výsledky průzkumu trhu s ohledem na ostatní uvedené

okolnosti neprůkazné tak, aby na nich bylo možno postavit závěr, že nastavená kritéria technické kvalifikace jsou přiměřená a nediskriminační.

41. Námitka nepřiměřeně specializovaných požadavků na prokázání kritérií technické kvalifikace byla Úřadem vypořádána v napadeném rozhodnutí v bodech 67. – 81. napadeného rozhodnutí, kdy Úřad dospěl k závěru, že s ohledem na předmět veřejné zakázky jsou požadavky na kvalifikaci přiměřené. Lze jistě souhlasit s názorem, že je na zadavateli, aby určil míru, s jakou hodlá ověřovat kvalifikaci dodavatelů pro plnění předmětu veřejné zakázky, pokud při tom bude respektovat základní zásady zadávacího řízení, tu zejména zásadu přiměřenosti a zásadu zákazu diskriminace. Dle názoru Úřadu je oprávněným požadavkem zadavatele, aby ověřil, že předmět veřejné zakázky bude plnit takový dodavatel, který má s předmětem plnění zkušenost. Takový závěr však nelze učinit obecně a bez vztahu k relevantnímu trhu. I zdánlivě přiměřeně nastavená kritéria technické kvalifikace ve spojení se skutečností, že na relevantním trhu nebylo objektivně možné požadované zkušenosti získat, mohou působit nepřiměřeně či diskriminačně. Úřad zároveň nezvážil otázku, zda dodávka, která je předmětem veřejné zakázky, je natolik jedinečná, že by pro její realizaci nepostačovala zkušenost obecnějšího rázu. Je totiž třeba se vyvarovat takového postupu, kdy by někteří z dodavatelů měli již dopředu znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.

42. Vzhledem k tomu, že zjištění učiněná Úřadem v otázce relevantního trhu jsem shledal jako nedostatečná, nemůže obstát ani závěr Úřadu o přiměřenosti požadavků na referenční dodávky ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Úřad navíc s ohledem na nedostatečně podložený závěr o existenci hospodářské soutěže mezi případnými dodavateli veřejné zakázky neposuzoval přiměřenost a nediskriminační charakter kritérií technické kvalifikace ve vztahu k tvrzení, že předmět veřejné zakázky je schopna realizovat stejně dobře osoba, jejíž zkušenosti jsou obecnějšího charakteru.

43. Jak je konstatováno výše, pro aplikaci základních zásad zadávacího řízení jakožto neurčitých právních pojmů je nutno zvážit všechny podstatné okolnosti ve všech souvislostech předtím, než Úřad dospěje k závěru, zda zásady byly nebo nebyly porušeny. Tento postup však Úřad v napadeném rozhodnutí nedodržel, když nedostatečně zjistil skutkový stav ohledně relevantního trhu a současně jeho posouzení nezahrnul řádně do úvah o přiměřenosti a nediskriminaci kritérií technické kvalifikace.

44. V novém řízení se tak Úřad musí zaměřit na opětovné zkoumání a posouzení trhu v dodávkách IT systémů pro zdravotnická zařízení s ohledem na zadavatelem stanovená kritéria technické kvalifikace. Vzhledem ke specifickým okolnostem případu, kdy se absence hospodářské soutěže jeví jako možná, je tak třeba případná tvrzení dodavatelů o jejich schopnosti požadovaná kritéria naplnit ověřit v tom smyslu, jakým způsobem by své schopnosti prokazovali a zda by skutečně požadavky zadavatele naplnili. Je rovněž nutno zkoumat, zda tyto subjekty působí na relevantním trhu. Do nových zjištění ohledně relevantního trhu je nutno zahnout i závěry rozhodnutí učiněného ve věci sp. zn. ÚOHS-R0156/2018/VZ, ve kterém bylo rozhodnuto o rozkladu navrhovatele proti rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 9. 2018, č. j. ÚOHS-S0274/2018/VZ-25175/2018/532/LOh. Je tak nutno posoudit dodržení zásad zadávacího řízení ve vztahu ke všem kvalifikačním kritériím uvedeným v čl. 5.3.1 písm. b) zadávací dokumentace na veřejnou zakázku.

45. V novém posouzení věci se Úřad vypořádá opětovně i s námitkou navrhovatele obsaženou v rozkladu týkající se otázky požadavku zadavatele, aby systém dodaný v rámci referenční zakázky zahrnoval i vykazování a vyúčtování zdravotní péče dle platné legislativy v České republice.

46. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad vypořádal i tvrzení navrhovatele o překrývání předmětu šetřené veřejné zakázky s veřejnou zakázkou „eHealth – Sdílení zdravotnické dokumentace mezi poskytovateli ZS“. Na základě porovnání předmětu obou uvedených zakázek dospěl Úřad k závěru, že tyto zakázky na sebe spíše navazují, než že by se překrývaly. Konstatoval, že rozdělením zakázek zadavatel zajistil, že se o jejich realizaci může ucházet více subjektů, než kdyby byly zadávány společně. Nadto upozornil na skutečnost, že navrhovatel neuvedl, jaké konkrétní ustanovení zákona zadavatel měl svým postupem porušit. Navrhovatel ve svém rozkladu vůči těmto závěrům nic konkrétního nenamítal. Vzhledem ke zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí ze shora uvedených důvodů (nedostatečně zjištěný skutkový stav v otázce relevantního trhu) a vzhledem k tomu, že Úřad učinil závěr o překrývání předmětu veřejných zakázek jeho součástí, je z důvodu neoddělitelnosti zrušen daný výrok v plném rozsahu, ačkoliv k věcnému přezkumu předmětného závěru jsem i vzhledem k absenci námitek navrhovatele nepřistoupil.

Shrnutí

47. Na základě všeho shora uvedeného uzavírám, že napadené rozhodnutí považuji ve výroku I. za nepřezkoumatelné a z tohoto důvodu jsem přistoupil k jeho zrušení. V dalším řízení je Úřad povinen zabývat se všemi specifiky a okolnostmi předmětné veřejné zakázky ve vztahu k přiměřenosti a absenci diskriminace kritérií technické kvalifikace, zejména řádným a přesvědčivým způsobem zkoumat relevantní trh v oblasti dodávek informačních systému pro zdravotnická zařízení. Úřad v tomto směru doplní dokazování a učiní patřičná skutková zjištění. V novém rozhodnutí je pak Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí.

VI. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v případě výroku I. v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro částečné zrušení a vrácení věci Úřadu k novému projednání, a to v rozsahu výroku I.

49. V případě výroku II. jsem po zvážení všech aspektů dané věci dospěl k závěru, že Úřad zde v souladu se zákonem a správním řádem postupoval, a proto je namístě v části výroku II. napadené rozhodnutí potvrdit, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží
Mgr. Roman Klimus, advokát, Heršpická 813/5, 639 00 Brno
Pardubický kraj, Komenského náměstí 125, 530 02 Pardubice

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