



UOHSX00CCRTG

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0059/2019/VZ-16794/2019/322/PJe

Brno 14. června 2019

V řízení o rozkladu ze dne 1. 4. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **MAGION system, a.s.**, IČO 25872818, se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0058/2019/VZ-08800/2019/532/LOh ze dne 26. 3. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Univerzita Karlova**, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1 – Staré Město,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**RUK – ÚVT – Dodávka, technická podpora a rozvoj jednotného ekonomického informačního systému na Univerzitě Karlově - Druhé opakování**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 10. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-036246, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 11. 2018, dne 17. 12. 2018 a dne 11. 1. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 204-464317, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 11. 2018 pod ev. č. 2018/S 230-525719, dne 18. 12. 2018 pod ev. č. 2018/S 243-555213 a dne 10. 1. 2019 pod ev. č. 2019/S 007-011707, jehož dalším účastníkem je zadavatel,

jsem 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 na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0058/2019/VZ-08800/2019/532/LOh ze dne 26. 3. 2019

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Univerzita Karlova, IČO 00216208, se sídlem Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1 – Staré Město (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), zahájil dne 18. 10. 2018 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „RUK – ÚVT – Dodávka, technická podpora a rozvoj jednotného ekonomického informačního systému na Univerzitě Karlově - Druhé opakování“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 10. 2018, pod ev. č. Z2018-036246, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 11. 2018, dne 17. 12. 2018 a dne 11. 1. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 204-464317, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 11. 2018 pod ev. č. 2018/S 230-525719, dne 18. 12. 2018 pod ev. č. 2018/S 243-555213 a dne 10. 1. 2019 pod ev. č. 2019/S 007-011707 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“).
2. V bodě 2.1 „Vymezení účelu a předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je stanoveno, že předmětem veřejné zakázky je zpracování ekonomicko-organizačního projektu (dále jen „**EOP**“), dodávka jednotného ekonomického informačního systému (dále jen „**EIS**“) pro zadavatele, provedení centrální instalace tohoto systému na infrastrukturu zadavatele, jeho nasazení do provozu na všech fakultách a dalších součástech zadavatele (nejprve do zkušebního a následně do produkčního provozu), podpora tohoto provozu a další rozvoj EIS, a to dle požadavků uvedených v zadávacích podmínkách k předmětné veřejné zakázce a v rozsahu vymezeném ve vzoru smlouvy o dílo a o poskytování služeb (viz příloha č. 3 zadávací dokumentace) a dalších přílohách zadávací dokumentace.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona.

3. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 2 nabídky, a sice nabídku dodavatele BBM spol. s r.o. a nabídku dodavatele Neit Consulting s.r.o.
4. Navrhovatel – MAGION system, a.s., IČO 25872818, se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín (dále jen „**navrhovatel**“) – doručil dne 17. 1. 2019 zadavateli námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám šetřené veřejné zakázky a proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek (dále jen „**námitky**“). Rozhodnutí o námitkách ze dne 1. 2. 2019, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 11. 2. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jakožto u orgánu příslušného dle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. Řízení bylo vedeno pod sp. zn. ÚOHS-S0058/2019/VZ.
6. Navrhovatel zamířil návrh proti zadávacím podmínkám a rovněž proti vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 ze dne 8. 1. 2019. Požadoval uložit nápravné opatření ve formě zrušení zadávacího řízení.
7. Proti zadávacím podmínkám zadavatel namítal, že kvalifikační požadavky zadavatele ohledně technické kvalifikace byly nastaveny diskriminačně. Dle navrhovatele zadavatel vymezil kvalifikační požadavky tak, že požadoval zkušenost v dřívější realizaci EOP, a to jak v rámci seznamu významných dodávek, tak i v rámci seznamu techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Avšak dle navrhovatele je v běžné obchodní praxi na relevantním trhu naprosto neobvyklé, aby implementaci EIS předcházelo formální vypracování EOP, a proto dotčenou referencí disponuje jen velmi omezený okruh dodavatelů, dle informací navrhovatele vlastně jen dodavatel jediný. Navrhovatel dále namítal, že požadavek zadavatele na prokázání významné dodávky spočívající ve vypracování EOP pro odběratele, který účtuje podle českého právního řádu, bezdůvodně diskriminuje zahraniční dodavatele. Navrhovatel rovněž považoval hodnotící kritéria nastavená zadavatelem za netransparentní. Namítal, že dílčí hodnotící kritéria jsou vymezena jako kritéria subjektivní, přičemž však v řadě podbodů těchto kritérií není jasné, co bude zadavatel hodnotit. Netransparentnost subjektivních kritérií je o to závažnější, že v souhrnu představují váhu 55% pro celkové hodnocení.
8. Pokud jde o vysvětlení zadávací dokumentace, tvrdil navrhovatel, že zadavatel tímto vysvětlením změnil zadávací podmínky, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek.

II. **Napadené rozhodnutí**

9. Dne 26. 3. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0058/2019/VZ-08800/2019/532/LOH (dále jako „**napadené rozhodnutí**“). Rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne. Napadeným rozhodnutím Úřad návrh zamítl. Své rozhodnutí Úřad odůvodnil následovně.
10. Pokud jde o námitky navrhovatele, jejichž základem je diskriminační charakter požadavku na prokázání zkušeností s dodáním EOP jako kritéria technické kvalifikace, neshledal Úřad námitky navrhovatele důvodnými. Úřad uvedl, že ze zadávací dokumentace vyplývá,

že zpracování EOP je poměrně specifickým plněním, a jako takové ho nemusí být dle názoru Úřadu schopen poskytnout každý dodavatel, a za situace, kdy je zpracování EOP součástí předmětu plnění a zadavatel si hodlá v rámci kvalifikace ověřit, že dodavatelé mají zkušenost s realizací tohoto plnění, pak samotný požadavek na předložení referencí prokazujících zkušenost s předchozí realizací EOP (popř. dokumentu obdobného – v případě členů realizačního týmu) sám o sobě zcela naplňuje účel kvalifikace a nemůže být považován za nezákonný, neboť je právem zadavatele ověřit si, že vybere zkušeného dodavatele, u něhož bude mít potvrzeno, že má s částí předmětu plnění zkušenost (bod 132. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad vyšel ze závěru, že dodání a zprovoznění EIS je zejména činností v oblasti informačních technologií a programování, a zpracování EOP je spíše činností administrativní a analytickou. Předmětem veřejné zakázky *de facto* i služba spočívající v identifikaci toho, co všechno má zadavatel v rámci dodávaného ekonomického systému požadovat a zohlednit a jak má jednotlivé procesy nastavit; jedná se tedy o činnost analytickou, účetní a administrativně-ekonomickou, nikoliv o činnost spočívající v naprogramování ekonomického systému, jak je běžné u dodávky ekonomických systémů, u nichž zadavatel nepožaduje zpracování EOP (bod 128. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dle Úřadu zadavatel z pochopitelných důvodů (složitá organizační struktura, dlouhodobá absence jednotné účetní a ekonomické metodiky, existence 2 rozdílných ekonomických systémů) považoval za nezbytné ověřit, zda dodavatel ucházející se o veřejnou zakázku může zadavateli dát určitou záruku, že dokáže dokument, kterému zadavatel přisuzuje takovou váhu a bez kterého by v podmínkách zadavatele vůbec nebylo možné centrální ekonomický systém implementovat, používat a zpracovat v odpovídající kvalitě (bod 131. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad měl rovněž za prokázané, že existují subjekty, prostřednictvím kterých – jakožto subdodavatelů – mohl i navrhovatel kvalifikaci prokázat. Zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku totiž obdržel 2 nabídky, kdy každý z dodavatelů využil pro prokázání kvalifikace ve vztahu ke zpracování EOP vždy jiného poddodavatele.

11. K námitce diskriminace zahraničních dodavatelů Úřad uvedl, že účetní legislativa může být v jednotlivých zemích Evropské unie odlišná, neboť se nejedná o oblast, která by byla předpisy Evropské unie významně regulována a každý evropský stát si tudíž může stanovit vlastní legislativní úpravu účetnictví. Dle Úřadu je povinností dodavatele v rámci zpracování EOP mimo jiné i identifikovat nastavení ekonomických procesů, v rámci toho zhodnotit i jejich zákonnost a soulad s právními předpisy a nastavit taková pravidla, která budou vyhovovat struktuře zadavatele a zároveň budou v souladu s českou legislativou. Dle Úřadu je tudíž logické, že zpracovatel EOP musí být s českou účetní legislativou obeznámen (bod 133. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
12. Námitky navrhovatele týkající se netransparentnosti hodnotících kritérií neshledal Úřad důvodnými, což podrobně odůvodnil (srov. bod 140. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
13. Pokud jde o vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 8. 1. 2019, shledal Úřad, že zadavatel pouze popsal to, co již bylo obsahem zadávací dokumentace (bod 206. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a dále že pouze konkretizoval způsob, jakým bude posuzovat koncepci uživatelského rozhraní systému (tj. dle jeho popisu a ukázek uvedených v nabídkách dodavatelů; srov. bod 207. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

III. Rozklad navrhovatele

14. Dne 1. 4. 2019 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Navrhovatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
15. V rámci rozkladu požádal navrhovatel o nařízení předběžného opatření, kterým by zadavateli bylo zakázáno uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

Námítky rozkladu

16. Stanovisko navrhovatele k požadavku na prokázání zkušenosti se zpracováním EOP lze shrnout tak, že navrhovatel neobvyklost požadavku na zpracování EOP, směřuje k tomu, že při dodávce a implementaci jakéhokoliv druhu EIS je třeba nejprve analyzovat a popsat ekonomické procesy uvnitř organizační struktury objednatele. Považuje proto za samozřejmé, že přípravy EIS se vždy musí účastnit účetní či ekonomové. Z tohoto pohledu se proto jeví navrhovateli nesmyslným, aby zadavatel spolu s dodáním EIS jednak požadoval dodání EOP, jednak aby zkušenost s vytvořením EOP požadoval jako kvalifikační kritérium. S prvním by se navrhovatel dokázal ztotožnit v souladu s heslem "Náš zákazník, náš pán.", se druhým už však nikoliv. Úřad se totiž dle navrhovatele mylí v tom, že by rozčlenění práce na tvorbu EOP a tvorbu EIS v souladu s principem "design&build" bylo standardní, legitimní metodou dodávky EIS. Dle navrhovatele je to pouhá fikce vytvořená zadavatelem, resp. výmysl zadavatele. Navrhovateli proto přijde nesmyslným požadovat zkušenost s vytvořením EOP ve smyslu formalizovaného dokumentu, když všechny činnosti, jež jsou předpokladem tvorby EOP, se stejně dějí při standardní dodávce EIS. To se týká nejen činností popisných a analytických, ale i činností ze své podstaty poradenských, tedy vytvoření doporučení k optimalizaci nastavení ekonomických metodik a ekonomických procesů.
17. Navrhovatel uvedl, že se mu věc jeví tak, že nejprve na trhu vznikla naprosto unikátní reference na vytvoření EOP v parametrech, které odpovídají parametrům dle bodu 4.5 části A písm. c) a d) a části B písm. b) zadávací dokumentace. Zadavatel se následně dle navrhovatele dozvěděl o existenci takové unikátní reference a rozhodl se ji využít k tomu, aby poptal budoucí EIS od předem vybraného dodavatele, společnosti „BBM Písek“. Dle navrhovatele využití této unikátní reference spočívá v tom, že ji bude zadavatel požadovat jako kvalifikační požadavek. Aby zadavatel odůvodnil svůj diskriminační požadavek, rozhodl se dle navrhovatele učinit součástí předmětu plnění vytvoření EOP. Požadavek na EOP dle navrhovatele zůstává zcela účelový a nadbytečný, protože ve „složitě“ struktuře participujících subjektů, jakou má zadavatel, lze realizovat zavedení moderního EIS bez formalizované preanalýzy, což údajně dokazuje řada realizací samotného navrhovatele, a to i v zadavateli podobné složité struktuře Masarykovy univerzity Brno. Navrhovatel namítal, že Úřad neučinil nic, aby pravdivost výše uvedeného ověřil a případně vyvrátil.
18. Navrhovatel dále namítal, že Úřad nijak neposuzoval reálný diskriminační dopad požadavku na referenci na daný trh, tedy že neposuzoval, zda je předmětná reference na trhu dostupná natolik, aby se zadávacího řízení mohli zúčastnit všichni reálně kvalifikovaní dodavatelé, např. navrhovatel. Úřad dle navrhovatele posuzoval pouze, zda je požadavek přiměřený předmětu plnění, jeho skrytě diskriminační charakter však nepřezkoumal. Navrhovatel k tomu také uvedl, že když zadavatel v roce 2017 obhajoval svůj požadavek tvrzením,

že tvorba EOP je běžnou agendou, kterou standardně vykonávají všichni členové tzv. „velké čtyřky“, navrhovatel prokázal, že tři ze čtyř členů „velké čtyřky“ takovou referencí nedisponovali. Úřad dle navrhovatele navíc přiměřenost požadavku vzhledem k předmětu plnění posuzoval výhradně na základě stanovisek zadavatele a tvrzení, že EOP je důležitou součástí dodávky EIS neověřoval z objektivních zdrojů.

19. Uplatnění principu „design&build“ považuje navrhovatel za nemístné, protože se nejedná o zakázku na stavební práce.
20. K argumentu Úřadu, že v zadávacím řízení byly podány dvě nabídky se dvěma různými poddodavateli, namítal navrhovatel, že ačkoliv se tato informace stala podkladem rozhodnutí, přesto nebyla navrhovateli v rámci nahlížení do spisu zpřístupněna příslušná část dokumentace o zadávacím řízení. Navrhovatel vyjádřil přesvědčení, že jedním z účastníků je společnost „BBM Písek“ se společností „PWC“ jako poddodavatelem předmětné reference. U druhého účastníka je navrhovatel přesvědčen, že předmětná reference bude datována od druhé poloviny roku 2017, tedy nelze vyloučit, že vznikla účelově jako reakce na zadávací podmínky prvního zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku.
21. Pokud jde o námitku diskriminace zahraničních dodavatelů s ohledem na požadavek reference o službě poskytnuté subjektu účtujícímu podle českých předpisů, uvádí navrhovatel, že minimálně v Polsku a na Slovensku jsou účetní právní předpisy prakticky totožné s českými. Úřad tak měl dle navrhovatele zjišťovat, zda jsou systémy v Polsku a na Slovensku natolik odlišné. Úřad dle navrhovatele zcela ignoroval, že navrhovatel dříve realizoval zakázku pro slovenský subjekt, aniž by měl dříve zkušenost s realizací EIS dle slovenských právních předpisů a aniž by v tomto smyslu spolupracoval s jakýmkoliv slovenským subjektem. Napadené rozhodnutí je dle navrhovatele nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť Úřad nezkoumal oprávněnost omezování účasti dodavatelů či poddodavatelů, kteří požadovanou referenci realizovali pro polské či slovenské subjekty.
22. Pokud jde o hodnotící kritéria, dle navrhovatele Úřad umožnil zadavateli aplikovat zvlá při provedení hodnocení. Úřad dle navrhovatele fakticky konstatuje, že ačkoliv z vymezení kritéria není patrné, co přesně bude předmětem hodnocení, tato vada se zhojí tím, že zadavatel následně své hodnocení pečlivě odůvodní. Navrhovatel uvádí, že netransparentní nastavení hodnotících kritérií navrhovateli znemožňuje upravit své řešení tak, aby mohlo od zadavatele získat co nejvyšší hodnocení, protože když navrhovatel neví, co zadavatel preferuje, nemůže tomu přizpůsobit svoji nabídku.

Závěr rozkladu

23. Na základě výše uvedených argumentů požadoval navrhovatel, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání Úřadu.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

25. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0059/2019/VZ-10208/2019/322/PJe ze dne 9. 4. 2019 nařídil předseda Úřadu předběžné opatření, kterým zakázal zadavateli do pravomocného skončení správního řízení uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
26. Předseda považoval za nutné zjistit z dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jakým způsobem dodavatelé, kteří v zadávacím řízení podali nabídku, prokazovali splnění kritéria kvalifikace dle bodu 4.5 „Technická kvalifikace“, písm. A „Seznam významných dodávek nebo významných služeb“ zadávací dokumentace. Z toho důvodu předseda učinil součástí spisu ty části z každé nabídky, které jsou k této otázce vypovídající. Pokud jde o nabídku dodavatele Neit Consulting s.r.o., jedná se o str. 1, 3, 6 a 7 nabídky. Pokud jde o nabídku dodavatele BBM spol. s r.o., jedná se o str. 1, 7, 211 nabídky a také o dva referenční listy subdodavatele, které tento dodavatel učinil přílohou nabídky.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-R0059/2019/VZ-13582/2018/322/PJe ze dne 3. 6. 2019 určil předseda účastníkům řízení dle § 39 odst. 1 zákona správního řádu ve spojení s § 261 odst. 3 zákona lhůtu sedmi dní, ve které byli oprávněni se k těmto podkladům rozhodnutí vyjádřit.
28. Navrhovatel se k uvedeným podkladům vyjádřil přípisem ze dne 10. 6. 2019, ke kterému přiložil 3 smlouvy o plnění služeb, které byly dle jeho názoru doloženy účastníky zadávacího řízení k prokázání technické kvalifikace jako služby referenční. V tomto vyjádření se navrhovatel podrobně zabýval jednotlivými referencemi a argumentoval v tom smyslu, že ani jedna z předložených referenčních služeb neodpovídá kritériím požadavkům zadávací dokumentace.

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy v plném rozsahu. Správnost napadeného rozhodnutí jsem přezkoumal jen v rozsahu námitek rozkladu. Tímto přezkumem nebyly zjištěny důvody pro změnu ani zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu

30. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
31. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
33. Pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí podle § 73 odst. 6 zákona 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.

34. 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.
35. K prokázání kritérií technické kvalifikace může zadavatel podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.
36. Podle § 116 odst. 3 zákona kritéria kvality musí být vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné. Kritériem kvality nesmí být smluvní podmínky, jejichž účelem je utvrzení povinností dodavatele, nebo platební podmínky.
37. Předseda opatřil další podklady rozhodnutí. Jsou jimi vybrané části nabídek dodavatelů, kteří v zadávacím řízení podali nabídky. Zaměřil se přitom na to, jak dodavatelé prokazovali splnění kritéria kvalifikace dle bodu 4.5 „Technická kvalifikace“, písm. A „Seznam významných dodávek nebo významných služeb“ zadávací dokumentace. Z toho důvodu předseda učinil součástí spisu ty části z každé nabídky, které jsou k této otázce vypovídající. Pokud jde o nabídku dodavatele Neit Consulting s.r.o., jedná se o str. 1, 3, 6 a 7 nabídky. Pokud jde o nabídku dodavatele BBM spol. s r. o., jedná se o str. 1, 7, 211 nabídky a také o dva referenční listy subdodavatele, které tento dodavatel učinil přílohou nabídky.
38. Z těchto podkladů vyplynulo, že dodavatelé prokazovali splnění kvalifikačních kritérií sami nebo prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel se s doplněnými podklady seznámil, a to včetně identifikace relevantních subdodavatelů.
39. Zadavatel zároveň dosud nepodal Úřadu informaci o tom, že by některého uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil.
40. Předseda nehodnotí, zda v nabídkách předložené reference odpovídají zadávací dokumentaci. To je úlohou zadavatele při posuzování nabídek.
41. Podklady byly doplněny z důvodu, že v napadeném rozhodnutí Úřad hovoří o tom, že v zadávacím řízení byly podány dvě nabídky, kdy každý dodavatel použil k prokázání kvalifikace jiného subdodavatele (srov. bod 130. odůvodnění napadeného rozhodnutí), ale neuvádí, o jaké subdodavatele se jednalo, na což upozornit navrhovatel v rozkladu. Pokud tedy Úřad tuto otázku dostatečně podrobně nevypořádal, předseda tento nedostatek doplněním podkladů rozhodnutí zhojil. Pro úplnost je třeba připomenout, že správní orgán, který rozhoduje o rozkladu, tvoří se správním orgánem prvního stupně jeden celek. Správní orgán, který rozhoduje o rozkladu, tak může zhojit některé nedostatky řízení v první instanci; typicky se jedná právě o neúplné shromáždění podkladů rozhodnutí. Odkázat lze k tomu na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2003, č. j. 7 A 124/2000-39, kde se uvádí: „*Správní řízení tvoří jeden celek do pravomocného rozhodnutí; vady prvostupňového řízení i rozhodnutí lze odstranit v řízení odvolacím.*“. Přihlížet je přitom třeba

k tomu, že ustanovení správního řádu o odvolání platí dle § 152 odst. 5 téhož zákona i pro řízení o rozkladu, nevyklučuje-li to povaha věci.

42. Předseda podotýká, že pokud navrhovatel namítá, že ani jedna z předložených referencí neodpovídá zadávací dokumentaci, pak to odporuje jeho předchozímu tvrzení, že požadovaná reference sice existuje, ale je unikátní a že kvalifikační kritérium bylo účelově nastaveno tak, aby vyhovovalo jen jednomu předem vybranému uchazeči.

K námitce účelového vytvoření diskriminačních zadávacích podmínek

43. Navrhovatel kritizuje závěry Úřadu v bodě 115. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Tam se uvádí, že nastavení kvalifikačních kritérií, která jsou nepřiměřená předmětu plnění, je třeba považovat za diskriminační. Navrhovatel tento závěr považuje za nevhodně zužující, neboť ve zdejší případě spatřuje skrytou diskriminaci dodavatelů v tom, že již sám předmět zakázky byl nastaven účelově tak, aby v kombinaci s kvalifikačními požadavky reálně některé dodavatele zvýhodnil a jiné diskriminoval. Navrhovatel rovněž v rozkladu namítá, že skrytě diskriminační charakter předmětného požadavku nebyl vůbec přezkoumáván, ačkoliv navrhovatel poskytl Úřadu řadu indicií ohledně účelovosti postupu zadavatele. K tomu je třeba uvést následující.
44. Účelem institutu technické kvalifikace je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. S ohledem na to, že požadavkem na prokázání technické kvalifikace může zadavatel podstatně ovlivnit okruh dodavatelů, musí být nastavená kritéria technické kvalifikace vždy přiměřená předmětu plnění veřejné zakázky. Rovněž lze konstatovat, že jediným důvodem, který zadavatele k požadavku prokázání technické kvalifikace vede, nesmí být úmysl vyloučit konkrétní dodavatele. To by představovalo zneužití práva.
45. Navrhovatel svojí argumentací v podstatě směřuje k tomu, že k takovému zneužití došlo, neboť tvrdí, že zadavatel účelově vytvořil skrytě diskriminační zadávací podmínky. K podstatě skryté diskriminace se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, kde se uvádí, „(...) že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“. Soud také uvedl: „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 (...).“.
46. Pokud jde o předmět zdejšího řízení, je třeba připomenout, že v souvislosti s EOP zamířil navrhovatel svůj návrh pouze proti požadavku na prokázání zkušenosti s jeho zpracováním, tedy kritériu technické kvalifikace, nikoliv proti požadavku na dodání EOP, jak jej chápe

zadávací dokumentace, tedy předmětu plnění veřejné zakázky. Navrhovatel namítá, že zadavatel účelově poptával jinak nesmyslný předmět plnění, aby mohl skrze kritéria technické kvalifikace omezit vyloučit některé dodavatele ze soutěže o veřejnou zakázku. S vymezením předmětu plnění by se navrhovatel byl ochoten smířit a byl by ochoten jej dodat, se souvisejícím kritériem technické kvalifikace se už však smířit nemůže, neboť potřebnou referenci nedisponuje, a je tak fakticky vyloučen ze soutěže o veřejnou zakázku. Pro posouzení této námítky je třeba se zabývat tím, jestli okolnosti případu nasvědčují tomu, že vymezení předmětu plnění a stanovení kvalifikačního kritéria, bylo účelové.

47. Předmět plnění nesmí být účelově vymezen tak, aby bylo ve spojení s kvalifikačními kritérii dosaženo úmyslného vyloučení některých dodavatelů. Pokud jde o účelovost nastavení těchto kvalifikačních kritérií, je pravda, že dojem účelovosti postupu zadavatele by mohlo čistě hypoteticky vzbuzovat, jak navrhovatel namítá, například to, že by zadavatel poptával předmět plnění (zpracování EOP jako formalizovaného dokumentu), který by byl z podstaty věci zbytečný, neboť všechny relevantní činnosti směřující k vytvoření takto koncipovaného EOP jsou prováděny při standardní dodávce EIS. Je třeba se tedy zabývat otázkou, zda něco nasvědčuje tvrzení dodavatele, že je předmět veřejné zakázky vymezen účelově a zda se touto otázkou dostatečně zabýval Úřad.
48. Za zásadní je třeba považovat tu skutečnost, že pro účely kritérií technické kvalifikace se dle zadávací dokumentace za EOP považuje *„dokument obsahující popis nastavení ekonomické metodiky (zpracování ekonomických informací) a ekonomických procesů v konkrétní firmě či organizaci a zároveň obsahující návrh optimalizace tohoto nastavení a těchto procesů.“* (srov. bod. 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí; zvýraznění doplněno předsedou). Takto jsou tedy vymezeny části předmětu veřejné zakázky, na kterých je založeno kritérium technické kvalifikace a jen takto vymezeným předmětem plnění veřejné zakázky je třeba se zabývat při posouzení jeho možného účelového vymezení.
49. Zadavatel tedy požadoval, aby dodavatelé prokázali zkušenost se zpracováním takového EOP, který je formalizovaným dokumentem, shrnujícím výstupy nejen z činnosti analytické (zjištění, jak jsou nastaveny ekonomické metodiky, jaké ekonomické procesy a jak probíhají), ale rovněž z činnosti metodické, plánovací a poradenské. Ve vztahu ke kvalifikaci je totiž relevantní takový EOP, jehož obsahem byl návrh optimalizace, tedy v zásadě doporučení či rada, jak nastavit ekonomické metodiky a ekonomické procesy v určité organizaci lépe, efektivněji, souladněji s legislativou apod.
50. Zadavatel svůj požadavek na zpracování EOP odůvodňuje takto (srov. bod 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí): *„Zadavatel je v situaci, kdy s ohledem na zákonem delegované právo hospodaření na vedení fakult a některých dalších součástí zadavatele dosud nedisponuje (v mnoha aspektech) jednotnou účetní a ekonomickou metodikou, ale s ohledem na to, že je z hlediska legislativy jednou právníckou osobou, je z pohledu státu a orgánů veřejné moci považován za jednotný ekonomický celek. Současně zadavatel dosud provozuje dva zcela rozdílné ekonomické informační systémy ve více než dvaceti oddělených a zcela odlišně nastavených provozních instancích. (...) Zadavatel v současné době používá dva různé EIS (systém EIS JASU® CS od společnosti MÚZO Praha s.r.o. a systém iFIS od společnosti BBM spol. s r.o.) implementované postupně v rozdílných verzích na celkem 26 instancích (fakultách a součástech) a nejednotnost zpracování ekonomických agend*

je hlavním důvodem pro projekt implementace nového, jednotného EIS. (...) Požadovaná ekonomická metodika jako součást ekonomicko-organizačního projektu musí poskytnout základ pro efektivní nasazení dodavatelem nabízeného EIS tak, aby konkrétní role uživatelů dostaly právě tu funkcionalitu, kterou ke své práci potřebují. Nejedná se tak o prostou výměnu starého systému za nový, ale klíčové je právě nastavení jednotných postupů při zpracování ekonomické agendy pro všechny fakulty a součásti.“

51. Důvody zadavatele k požadavku na zpracování EOP jsou stručně řečeno založeny na tom, že stávající nastavení zpracování ekonomických informací a nastavení ekonomických procesů v jeho organizaci je nejednotné, že používá více EIS, více druhů ekonomických metodik, na různých pracovištích různě, a že jeho situace potřebuje komplexní analýzu a komplexní doporučení.
52. Takto pojaté odůvodnění požadavku na zpracování EOP je zcela racionální a pochopitelné. Ačkoliv se navrhovatel kriticky vymezoval k požadavku na zpracování EOP jako formalizovaného dokumentu, existenci výše uvedených důvodů na straně zadavatele navrhovatel nijak nezpochyboval. Předseda tak považuje důvody požadavku na zpracování EOP za nesporné.
53. Navrhovatel však tvrdil, že EIS lze nepochybně dodat a implementovat i bez předchozího zpracování EOP, neboť všechny relevantní činnosti směřující k vytvoření EOP (tj. analýza stávajícího stavu, jakož i doporučení k optimalizaci) jsou prováděny při standardní dodávce EIS. Navrhovatel k tomu uváděl příklady svých vlastních předchozích dodávek pro české i slovenské univerzity. Z výše uvedeného navrhovatel dovozuje, že požadavek na zpracování EOP je v zásadě nesmyslný.
54. Lze jistě souhlasit s navrhovatelem v tom, že předpokladem dodání EIS zpravidla bude provedení analýzy nastavení ekonomických metodik a ekonomických procesů v organizaci zadavatele. Je zcela logické, že za účelem vytvoření EIS na míru či pouhého jeho uzpůsobení potřebám zadavatele je třeba analyzovat jeho stávající potřeby. Lze tedy bez dalšího dokazování přijmout tvrzení, že analýza stávajícího nastavení je vždy součástí EIS za předpokladu, že je tento systém upravován podle potřeb zadavatele.
55. Nelze však bez dalšího přijmout skutkové tvrzení, že se zavedením nového EIS obvykle dochází i k optimalizaci vnitřních procesů zadavatele, jak navrhovatel tvrdí na str. 8 rozkladu či str. 10 návrhu. Pro takový závěr neschází kromě tvrzení navrhovatele žádná zjištěná skutečnost.
56. Na rozdíl od teze, že při dodání EIS je zpravidla třeba analyzovat potřeby zadavatele, není už navíc závěr, že by při dodání EIS byla obvykle prováděna i optimalizace ekonomických metodik a ekonomických procesů zadavatele, tak samozřejmý. Činnost spočívající v poskytnutí doporučení, jak ekonomické metodiky a ekonomické procesy v určité organizaci nastavit lépe, může ale i nemusí být součástí poskytnutí standardní dodávky EIS. Je třeba rovněž podotknout, že zadavatel zjevně potřebuje relativně hloubkové a komplexní analytické činnosti a optimalizace.
57. Byl to právě navrhovatel, který ve zdejším správním řízení tvrdil, že v rámci implementace EIS fakticky probíhá analýza situace zadavatele a je navrhována optimalizace tohoto nastavení (str. 10 návrhu, bod 15. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Navrhovatel

však ve zdejší správnické řízení nedoložil toto své tvrzení, že činnost spočívající v poskytnutí návrhu optimalizace je běžnou činností spojenou s dodávkami EIS, a to ačkoliv nic jiného pravdivost jeho tvrzení nenaznačovalo. Navrhovatel nejenže ke svému tvrzení neoznačil žádné důkazy, ale ani neuvedl žádné indicie, jak tvrdí, které by nasvědčovaly tomu, že jeho tvrzení je pravdivé.

58. Dle § 52 správního řádu platí, že účastníci jsou povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení. Správní orgán není návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci.
59. Je pravdou, že Úřad je povinen zjišťovat skutkový stav věci, nicméně řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném na návrh je svojí povahou blízké spornému řízení, neboť navrhovatel a zadavatel zpravidla stojí v opozici. Odpovědnost stran řízení za doložení tvrzeného skutkového stavu tak logicky musí být větší než u řízení zahájeného z moci úřední.
60. O to více je třeba tuto odpovědnost akcentovat u navrhovatele, který je dodavatelem v daném segmentu trhu a lze očekávat, že má relevantní informace o tom, jaké doprovodné služby jsou při dodání EIS obvyklé a jaké nikoliv. Navrhovatel v souvislosti se svým tvrzením neodkázal na žádné konkrétní své ani cizí dříve poskytnuté služby, ani na konkrétní dodavatele, kteří by v rámci dodávek EIS pravidelně poskytovali poradenské činnosti ohledně optimalizace ekonomických metodik a procesů.
61. Nelze se tedy mimo jiné ztotožnit s námitkou rozkladu, že Úřad nezjistil dostatečně, jaké činnosti jsou obvyklou součástí dodávek EIS, zejména jestli je takovou obvyklou součástí i dodání EOP jak jej pro účely technické kvalifikace chápe zadávací dokumentace.
62. Lze konstatovat, že zadavatele vedly k vymezení předmětu plnění veřejné zakázky racionální důvody a zadavatel tyto důvody logicky a srozumitelně vysvětlil. Jediná skutečnost, která by snad hypoteticky mohla svědčit o účelovosti vymezení předmětu plnění, a sice že požadavek na zpracování EOP je nesmyslný, protože údajně veškeré služby, na nichž se zpracování EOP zakládá, jsou poskytovány při běžné dodávce EIS, ve správním řízení nebyla prokázána. S ohledem na vše výše uvedené je třeba uzavřít, že předmět veřejné zakázky účelově vymezen nebyl.
63. Dále je třeba se zabývat otázkou, zda mohlo být účelově vymezeno samo kritérium technické kvalifikace.
64. Předseda se ztotožňuje s názorem Úřadu, že požadavek na referenci je opodstatněný, protože EOP je diametrálně odlišným plněním, než je dodání samotného EIS. To ostatně vyplývá z definice EOP v zadávací dokumentaci (bod 109. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Nenasvědčuje-li nic kromě tvrzení navrhovatele nepodložených důkazními návrhy tomu, že obvyklou součástí dodávky EIS je i služba spočívající v doporučení způsobů optimalizace nastavení zadavatele, má předseda ve shodě s Úřadem za to, že ne každý dodavatel, který je schopen dodat EIS, musí být zároveň schopen vytvořit i dokument, jakým je EOP, když dodání a zprovoznění EIS je zejména činností v oblasti informačních technologií a programování, a zpracování EOP je spíše činností administrativní a analytickou. Proto je logické, že zadavatel požaduje prokázání zkušenosti se zpracováním EOP. Předseda proto nenachází ničeho, co by mělo svědčit o tom, že požadavek na prokázání zkušenosti se zpracováním EOP je zbytečný či nesmyslný.

65. Vymezení kritéria technické kvalifikace je navíc z hlediska rozsahu a složitosti referenčního EOP výrazně méně náročné, než samotný předmět plnění, resp. jeho část spočívající ve zpracování EOP. Jak Úřad konstatuje v bodě 128. odůvodnění, zadavatel netrvá na zkušenosti dodavatele se zpracováním EOP v takovém rozsahu a podrobnostech odpovídajícím požadavkům zadavatele na EOP v rámci předmětu plnění veřejné zakázky, neboť pro účely prokázání technické kvalifikace zadavatel definuje EOP zjednodušeněji oproti popisu a požadavkům na zpracování EOP v rámci předmětu plnění (srov. body 101. a 109. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
66. Je tedy třeba uzavřít, že požadavek na prokázání kvalifikace byl stanoven důvodně a že kritérium technické kvalifikace bylo stanoveno přiměřeně s ohledem na předmět veřejné zakázky.
67. Nakonec, lze konstatovat, že navrhovatel účelovost požadavku na prokázání technické kvalifikace odůvodňoval tím, že účelově byl nastaven již samotný předmět plnění veřejné zakázky. Toto tvrzení nebylo ve zdejším řízení prokázáno, jak odůvodněno výše. Pokud jde o tvrzení, že si zadavatel předem vybral jednoho z dodavatelů, nebylo ve správním řízení rovněž zjištěno nic, co by tomuto tvrzení nasvědčovalo. Navrhovatel k tomuto tvrzení rovněž nepředložil žádné důkazy.
68. S ohledem na výše uvedené je třeba uzavřít, že ve správním řízení nebylo zjištěno nic, co by nasvědčovalo tomu, že by nastavení kvalifikačního kritéria mělo být účelové či že by mělo být vedeno úmyslem skryté diskriminace. Nelze tedy ani přisvědčit námitce, že Úřad nedostatečně zjišťoval, zda nemohlo dojít k účelovému vytvoření skrytě diskriminujících zadávacích podmínek v souvislosti s požadavkem na doložení zkušenosti se zpracováním EOP.

K tvrzené diskriminaci zahraničních dodavatelů

69. Pokud jde o námitku diskriminace zahraničních dodavatelů a související námitku nepřezkoumatelnosti z důvodu, že Úřad nezkoumal oprávněnost omezování účasti dodavatelů či poddodavatelů, kteří požadovanou referenci realizovali pro polské či slovenské subjekty, je třeba uvést následující.
70. Požadavek na prokázání zkušenosti s českou právní úpravu má zcela racionální základ, protože se zadavatel skrze něj chce ujistit, že příslušná služba bude poskytnuta kvalifikovaně, v souladu s právními předpisy, a tedy že bude minimalizováno riziko právních sankcí ze strany příslušných orgánů veřejné moci za porušení účetních předpisů. Předseda dále zdůrazňuje, že je-li kvalita určité služby závislá na znalosti určitého odvětví práva, nelze se zpravidla spokojit jen se znalostí právního předpisu, ale značnou důležitost hraje i znalost judikatury soudů toho kterého státu, doktríny a případně i softlaw. K dosažení takového stavu poznání určité právní úpravy, např. zde požadované právní úpravy české, tak lze dosáhnout zpravidla jen praktickou zkušeností s její aplikací. Proto si lze jen těžko představit, že by dodavatel, který nemá tuto praktickou zkušenost, mohl být schopen zajistit soulad požizovaného plnění s právním řádem České republiky jen na základě zkušenosti s účetní legislativou slovenskou. Už proto nelze srovnávat český, polský a slovenský právní řád jen na základě právních předpisů.

71. Pokud však odhlédneme od toho, že pouhá „praktická totožnost“ právních úprav tvrzená navrhovatelem neznámá, že by požadavek na referenci měl mít diskriminační charakter, nabízí se následně otázka, jestli to byl Úřad nebo navrhovatel, kdo měl, ve správním řízení unést důkazní břemeno o tom, jaký je obsah slovenské a polské účetní legislativy.
72. Jedná se zde o otázku cizozemského práva. Na rozdíl od případů, kdy Úřad podle cizího práva posuzuje, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem (např. s odkazem na pravidla § 8 zákona), ve zdejších případech cizí právo vystupuje jako pouhá skutková okolnost, která může mít vliv na to, zda zadavatel postupoval v souladu s českou právní úpravou zadávání veřejných zakázek, tedy např. jestli nastavil zadávací podmínky v souladu se zákonem či nikoliv, protože je nastavil jako diskriminační.
73. Skutkové okolnosti případu podléhají procesu dokazování. V případech, kdy se tvrzená skutečnost jeví sama o sobě nedůležitá pro rozhodnutí ve věci nebo jako *prima facie* nepravdivá, nemusí Úřad z úřední povinnosti zkoumat, jestli tato skutková okolnost nastala či nikoliv. Pak nese odpovědnost za zjištění skutkového stavu účastník řízení, který se skutkové okolnosti dovolává. Tím více pak v řízení o návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, které se vyznačuje kontradiktorní pozicí navrhovatele oproti zadavateli. O to větší důraz je třeba klást na ustanovení § 52 správního řádu, podle něhož jsou účastníci řízení povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení.
74. Ve zdejších případech se tvrzená „praktická totožnost“ srovnávaných právních řádů jeví jako nedůležitá pro rozhodnutí ve věci, protože sama podobnost právních předpisů ještě neznámá, že je „účetní právo“ právo srovnatelné. To se totiž odvíjí o více faktorů, než jen od obsahu právního předpisu (judikatura, doktrína apod.). Úřad tedy nemusel zkoumat z Úřední povinnosti, zda je tvrzení navrhovatele pravdivé. Navrhovatel pak opět neoznačil žádné důkazy na podporu svého tvrzení, že česká, polská a slovenská účetní legislativa jsou navzájem prakticky totožné. Toto tvrzení má tedy předseda za neprokázané a uzavírá, že Úřad v tomto nepochybil.
75. Rovněž je třeba podotknout, že i pokud by byla pravda, že rozdíly mezi českou, slovenskou a polskou právní úpravou účetnictví jsou spíše drobné povahy, neznámá to automaticky, že požadavek na prokázání zkušenosti s českou právní úpravou diskriminuje zahraniční dodavatele. I zahraničním dodavatelům přece zůstává umožněno poskytovat služby českým objednatelům účtujícími podle české právní úpravy, a získat tak potřebné reference. Požadavek zadavatele tak neznemožňuje účast v soutěži těm dodavatelům, kteří pocházejí ze zahraničí, ale jen těm, kteří nemají prokazatelnou zkušenost s poskytováním příslušné služby dle české právní úpravy.
76. Pokud jde o námitku, že uplatnění principu „design&build“ je nemístné, protože se nejedná o zakázku na stavební práce, vnímá ji předseda v kontextu ostatních námitek rozkladu, zejména v kontextu námítky účelového vytvoření předmětu plnění a účelového nastavení technických kvalifikačních kritérií. Lze konstatovat, že je skutečně na zadavateli, co bude poptávat jako předmět plnění veřejné zakázky. Pokud v souladu s principem „design&build“ bude poptávat určitý projekt i pro jiné plnění než jsou stavební práce, nepředstavuje to samo o sobě porušení zákona. Pokud by to však učinil účelově a účelově by i nastavil kvalifikační kritéria, jednal by nezákonně. Námitka účelového vytvoření předmětu plnění a účelového nastavení kvalifikačních kritérií byla vypořádána výše jako nedůvodná.

77. Je třeba uzavřít, že rozkladové námitky navrhovatele, které se týkají tvrzené neoprávněnosti požadavku na prokázání zkušenosti se zpracováním EOP, nejsou důvodné.

K nastavení hodnotících kritérií

78. Pokud jde o nastavení hodnotících kritérií, je třeba konstatovat, že řádné nastavení těchto kritérií je stěžejní pro soulad procesu hodnocení nabídek se základními zásadami zadávání veřejných zakázek. Zákon nově v rámci institutu tzv. kritérií kvality (§ 116) umožňuje, aby byla hodnotící kritéria nastavena tak, aby zohledňovala i méně exaktně měřitelné vlastnosti nabízeného předmětu plnění (např. estetické vlastnosti či uživatelskou přístupnost). To však neznamená, že by hodnotící kritéria mohla být nastavena zcela volně. Vždy je třeba vycházet ze základního požadavku formulovaného § 116 odst. 3 zákona. Hodnotící kritéria musí být vždy nastavena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné.
79. S poukazem na svoji předchozí rozhodovací praxi předseda konstatuje, že „[p]okud se zadavatel rozhodl pro použití subjektivního hodnotícího kritéria, je podstatné, aby dbal na vymezení základních prvků takového hodnotícího kritéria, tedy aby dostatečně vymezil to, co bude hodnoceno (předmět hodnocení), vlastnosti, které bude v rámci subjektivních hodnotících kritérií při hodnocení preferovat, a rovněž způsob (metodu), jakým bude nabídky hodnotit. K vymezení předmětu hodnocení musí zadavatel dostatečně jasně a srozumitelně stanovit jaké požadavky budou podrobeny hodnocení, což uchazeči dává informaci o tom, co má v rámci své nabídky zadavateli předložit. Z hlediska uchazečů o veřejnou zakázku je v rámci hodnocení zásadní, aby věděli, jak mají koncipovat svoji nabídku pro to, aby tato nejen splňovala všechny podmínky stanovené zadávacími podmínkami, ale pro to, aby mohla být v rámci hodnocení nabídek označena jako nejvhodnější.“ (rozhodnutí předsedy ze dne 10. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R115/2015/VZ-45139/2016/322/DJa, bod 23. odůvodnění).
80. Ve zdejším případě zadavatel uvedl jak **předmět hodnocení** (např. míra standardizace systému, flexibilita systému přístupových práv, možnosti parametrizace výstupů a reportů ze systému, robustnost a vyspělost SW architektury apod.), tak i **vlastnosti**, které bude v rámci subjektivních kritérií hodnotit. Ty jsou u jednotlivých dílčích kritérií uvedeny zpravidla slovy „*lépe bude hodnoceno*“ (např. u dílčího kritéria „Možnosti parametrizace výstupů a reportů ze systému.“ se uvádí „*Lépe bude hodnoceno řešení obsahující větší škálu již předdefinovaných výstupů a reportů, které si budou moci uživatelé sami upravovat dle potřeb pomocí filtračních kritérií a přidávání a odebrání dalších údajů, včetně možnosti využít v nich různé statistiky a agregace.*“, srov. bod 106. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
81. **Metoda**, jakým bude splnění dílčího kritéria hodnoceno, je v zadávací dokumentaci rovněž uvedena. Zadavatel totiž rozepsal, podle jakého pravidla přidělí nabídkám ohledně každého dílčího kritéria bodové hodnocení. Např. u kritéria „funkčnost nabízeného plnění“ skládajícího se z dílčích kritérií a) až f) je v bodě 9.3 zadávací dokumentace uvedeno: „*Předložené nabídky bude komise hodnotit v každém z výše uvedených dílčích parametrů pod písm. a) až h), a to tak, že v každém z těchto parametrů přidělí 1 až 5 podbodů, a to následujícím způsobem: 1 podbod – nabídka splňuje daný dílčí parametr nejméně vhodným či nejméně efektivním způsobem nebo bez jakékoli přidané hodnoty, 2 podbody – nabídka splňuje daný dílčí parametr nepříliš vhodným či neefektivním způsobem nebo s velmi*

malou přidanou hodnotou, 3 podbody – nabídka dobře splňuje daný dílčí parametr s mírnou přidanou hodnotou, 4 podbody – nabídka splňuje daný dílčí parametr velmi dobrým či efektivním způsobem nebo způsobem s vysokou přidanou hodnotou, 5 podbodů – nabídka splňuje daný dílčí parametr nejlepším možným způsobem nebo způsobem s maximální přidanou hodnotou. Při tom komise zpracuje slovní hodnocení, v němž uvede zdůvodnění bodování nabídek v jednotlivých parametrech. Nabídka tedy může v tomto kritériu hodnocení získat maximálně 40 podbodů (8 parametrů krát 5 podbodů). (...) (srov. 106. odůvodnění napadeného rozhodnutí, str. 28). Zadavatel tak poskytl dodavatelům dostatečný návod k tomu, jak by měli připravit své nabídky.

82. Předseda se ztotožňuje s Úřadem v otázce posouzení jednoznačnosti pojmů použitých u jednotlivých dílčích kritérií v rámci kritéria „funkčnost nabízeného plnění“ a kritéria „technická úroveň nabízeného plnění“ (body 144. až 200. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Popis jednotlivých dílčích kritérií se zakládá zásadně na odborných pojmech z oblasti informačních technologií (např. standardizace systému, flexibilita systému přístupových práv, nadstavbové moduly, integrační vazby, filtrační kritéria, informační, aplikační, technická architektura systému, robustnost SW architektury, vyspělost SW architektury apod.). Odborně zdatný dodavatel obsah takových pojmů musí znát.
83. Je pravdou, že dílčí kritéria obsahují určité výrazy, které se svojí povahou odkazují na subjektivní hodnocení zadavatele. U kritéria č. 3 „technická úroveň nabízeného plnění“ je to například dílčí kritérium dle písm. b) nazvané „Koncept řešení uživatelského rozhraní z hlediska zajištění **přehlednosti, ergonomie ovládání systému a logické struktury** uživatelského rozhraní.“, kde se uvádí, že „[l]épe bude hodnocen systém s vyšší **intuitivností ovládání a s vyšší přehledností jednotlivých uživatelských rozhraní.**“ (zvýraznění doplněno předsedou).
84. Zákon s nastavením subjektivních hodnotících kritérií dokonce počítá, a to v § 116 odst. 2, kde se uvádí, že kritériem kvality mohou být například i estetické nebo funkční vlastnosti či uživatelská přístupnost. Dle odstavce třetího téhož ustanovení musí být kritéria kvality vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné.
85. Zadavatel u takovýchto subjektivních hodnotících kritérií musí specifikovat, na základě čeho bude naplnění těchto kritérií hodnotit. Jak uvedeno výše, musí podrobně rozepsat, co bude hodnotit (předmět hodnocení), jaké vlastnosti předmětu hodnocení mají vliv na výsledek hodnocení a nakonec jakou metodou bude přidělovat ohledně jednotlivých kritérií a dílčích kritérií bodové hodnocení.
86. U výše příkladem uvedených dílčích kritérií, která se ze své podstaty vztahují k subjektivnímu názoru zadavatele, je nepochybné, že zadavatel má reálnou potřebu, aby poptávané plnění tato kritéria splňovalo. Nebylo by spravedlivé zadavateli zakazovat, aby přihlížel k přehlednosti, logické struktuře, intuitivnosti ovládání informačního systému, který pořizuje, protože tyto veličiny reálně ovlivňují efektivitu a uživatelskou příjemnost práce s takovým systémem.
87. Účelem subjektivních hodnotících kritérií je poskytnout prostor subjektivnímu uvážení zadavatele při hodnocení nabídek. Při posouzení právní otázky, do jaké míry musí být stanovená hodnotící kritéria konkrétní, je třeba především vycházet z jejich účelu. Pokud je to možné, zadavatel se musí snažit tato kritéria v zadávací dokumentaci co nejvíce

objektivizovat. Nicméně, právě proto, že podstata subjektivních hodnotících kritérií souvisí s uvážením zadavatele, nelze požadavek objektivizace aplikovat tak přísně, aby subjektivní hodnotící kritérium ztratilo svůj význam tím, že by se stalo až příliš objektivním. U každého subjektivního hodnotícího kritéria jistě existuje určitá hranice, kterou už při jeho objektivizaci nelze přestoupit, jinak by se setřel jeho význam kritéria subjektivního.

88. Existují určité veličiny, jako například „přehlednost“ či „intuitivita ovládnání“, které podstatně ovlivňují kvalitu pořizovaného plnění, ale zároveň nelze předvídat všechny podstatné aspekty pořizovaného plnění, od kterých se bude odvíjet posouzení kvality tohoto plnění z hlediska přehlednosti či intuitivity ovládnání. V takových případech se zadavatel může uchýlit k volnějšímu vymezení hodnotících kritérií, aby si zachoval možnost výběru podle svého uvážení.
89. Je třeba konstatovat, že u všech dílčích kritérií v rámci kritérií „funkčnost nabízeného plnění“ a kritéria „technická úroveň nabízeného plnění“ zadavatel detailně konkretizoval, z čeho bude vycházet. Věnoval se jak předmětu hodnocení, tak rozhodujícím vlastnostem plnění, tak i metodě, jakou bude přidělovat bodové hodnocení. Zadavatel tak vyvinul dostatečné úsilí k tomu, aby svá hodnotící kritéria objektivizoval. Tam, kde mohl, snažil se o co nejpodrobnější popis nastavených hodnotících kritérií. Tam, kde to z podstaty věci možné není, uvedl alespoň východiska, ze kterých bude při hodnocení vycházet. Je proto třeba uzavřít, že zadavatel nastavil hodnotící kritéria napadaná navrhovatelem v souladu se zákonem.
90. Nelze tedy souhlasit s rozkladovými námitkami navrhovatele, že Úřad umožnil zadavateli libovůli při provedení hodnocení nabídek či že zadavatel dostává od Úřadu „bianco šek“ hodnotit nabídky libovolně (str. 11 až 13 rozkladu).
91. Pokud se jedná o rozkladovou námitku ohledně nejednoznačnosti dílčího kritéria „Možnosti parametrizace výstupů a reportů ze systému.“, nejprve je třeba uvést, že toto kritérium je rozvedeno takto: *„Lépe bude hodnoceno řešení obsahující větší škálu již předdefinovaných výstupů a reportů, které si budou moci uživatelé sami upravovat dle potřeb pomocí filtračních kritérií a přidávání a odebrání dalších údajů, včetně možnosti využít v nich různé statistiky a agregace.“*. Navrhovatel namítá, že jakkoliv může jako odborník vytipovat vhodné výstupy, přesto může zadavatel ex post „kvalifikovaně“ odůvodnit, proč upřednostňuje jiné výstupy. Předseda konstatuje, že podstatou tohoto dílčího hodnotícího kritéria je právě to, aby dodavatel na základě znalosti stávající situace zadavatele, jak je podrobně popsána v zadávací dokumentaci a jejích přílohách, nabídl takové řešení, které bude dle jeho odborného názoru pro zadavatele ideální. Zadavatel tedy požaduje po dodavateli jistou úroveň odborné invence, která má nastavení zadavatele vylepšit, aniž by přitom sám věděl, které další konkrétní druhy výstupů a reportů by efektivitu jeho procesů vylepšily. Na tom předseda nespatřuje nic protizákonného.
92. Pokud jde o námitku s ohledem na bod 179. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad dle navrhovatele ztotožňuje pojem „typické ekonomické procesy“ se všemi ekonomickými procesy probíhajícími dle zadávací dokumentace u zadavatele, není tato námitka důvodná. Ve shodě s Úřadem je třeba konstatovat, že otázka, které ekonomické procesy jsou v určitém druhu organizace typické a které nikoliv, je otázka ryze odborná a lze předpokládat, že průměrný odborně zdatný dodavatel působící v dotčeném oboru bude schopen

si ji pro sebe zodpovědět. V tomto je tedy zadávací dokumentace jasná. Pokud jde o to, jakým způsobem ji pochopil Úřad, pak lze odkázat na navazující bod 181. odůvodnění, kde Úřad uvádí „(...)pojem ‚typický ekonomický proces‘ je neurčitý. Jak již bylo uvedeno výše, předmětem hodnocení nabídek v uvedeném aspektu je náročnost ‚ovládání‘ systému při zpracování ‚typických ekonomických procesů‘, přičemž ekonomické procesy, které mají být výstupem z EIS, zadavatel podrobně stanoví v zadávací dokumentaci. Je tudíž zřejmé, že zadavatel hodlá v globálu zhodnotit, který systém umožňuje jednodušší zpracování typických ekonomických procesů, které v daném systému probíhají. **Navrhovatel jako dodavatel EIS navíc nepochybně musí znát, jaké ekonomické procesy budou výstupem z jím dodávaného EIS, a které z nich lze považovat za typické a které za zcela okrajové (...).**“ (zvýraznění doplněno předsedou). Z toho je zjevné, že Úřad vychází z názoru, že navrhovatel má zhodnotit, které ekonomické procesy jsou typické a které jsou okrajové. Úřad tedy neztotožňuje typické ekonomické procesy a všechny ekonomické procesy u zadavatele probíhající.

93. Je třeba nakonec konstatovat, že Úřad vyšel zcela správně z toho, že u subjektivních hodnotících kritérií je třeba klást zvlášť přísné požadavky na transparentnost, pečlivost a podrobnost odůvodnění hodnocení nabídek. Ačkoliv posouzení souladu takového hodnocení se zákonem není předmětem tohoto správního řízení, je namístě upozornit zadavatele, že by měl u tak relativně volně nastavených hodnotících kritérií, jak jsou nastavena ve zdejší případě, věnovat zvláštní pozornost odůvodnění hodnocení nabídek, neboť čím více prostoru subjektivnímu uvážení zadavatele hodnotící kritéria poskytují, tím větší je riziko, že se hodnocení stane nepřezkoumatelným.
94. S posouzením otázky, jestli byla vysvětlením zadávací dokumentace změněna tato zadávací dokumentace, provedeným v bodech 205., 206. a 207. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad dospívá k závěru, že ke změně zadávací dokumentace nedošlo, se předseda ztotožňuje. Ohledně hodnotícího parametru v bodě 9.3 písm. f) zadávací dokumentace zadavatel ve vysvětlení skutečně jen blíže popsal některé skutečnosti týkající se předmětného hodnotícího parametru. Pokud jde hodnotící parametr dle bodu 9.4 písm. a) zadávací dokumentace, byly pochybnosti navrhovatele o způsobu hodnocení tohoto parametru skutečně nedůvodné. Pokud jde hodnotící parametr dle bodu 9.4 písm. b) zadávací dokumentace, zadavatel skutečně jen konkretizuje způsob, jakým bude posuzovat koncepci uživatelského rozhraní, avšak z žádné zadavatelem uvedené formulace nevyplývá, že by zadavatel požadoval předložit funkční elektronickou verzi EIS, jak namítá navrhovatel.
95. Předseda uzavírá, že přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy v plném rozsahu a jeho správnost v rozsahu námitek rozkladu, a nezjistil přitom důvody ani ke změně, ani ke zrušení napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

96. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nenastaly důvody postup dle § 90 odst. 1 až 4 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 6 písm. a) téhož zákona, bylo rozhodnuto tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

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:

1. MAGION system, a.s., se sídlem Jiráskova 1252, 755 01 Vsetín
2. Univerzita Karlova, se sídlem Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1 – Staré Město

Vypraveno dne:

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