



UOHSX00DG7JT

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0373/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-15661/2020/523/JMa

Brno: 27. května 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 10. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábř. 390/42, 128 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 16. 10. 2019 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,
- navrhovatel – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4,
- vybraný dodavatel – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 7. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-019102 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 137-337749,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – ze dne 10. 10. 2019 se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábř. 390/42, 128 00 Praha 2, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 16. 10. 2019 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdější předpisů (dále jen „zákon“) otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 7. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-019102 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 137-337749 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v článku 2. odst. 2.2 zadávací dokumentace následovně:

„Předmětem veřejné zakázky je poskytování služeb majetkového a ekonomického modulu – provizorního ISMS – a všech s tím souvisejících činností (dále jen „Služby“). Služby provizorního ISMS sestávají z

poskytnutí přístupu Objednateli k provizornímu ISMS (dále též jen „Iniciace služby“) na celou dobu plnění;

podpory služeb servisu a provozu provizorního ISMS, jeho technické a provozní podpory vč. odborných konzultací (dále jen „Služby provozu“);

zajištění školení uživatelů při nasazení provizorního ISMS do ostrého provozu (dále jen „Základní školení“);

zajištění školení uživatelů na žádost Objednatele (dále jen „Služba školení na objednávku“);

rozvoje provizorního ISMS dle požadavků Objednatele (dále jen „Služby rozvoje“) a s nimi související činnosti.

(...)

Zadavatel v souladu s odst. 2.15 přílohy č. 1 Vzorové smlouvy umožňuje poskytování Služeb s využitím licencí, které má zadavatel k dispozici a jejichž výčet a další podmínky užití jsou uvedeny v odst. 2.15 přílohy č. 1 Vzorové smlouvy, anebo bez využití těchto licencí (přípustné je využití i jen některých z nich). Dodavatel v nabídce předloží popis řešení provizorního ISMS z pohledu využití licencí (označení licence, licencované množství a prodejní jednotka), a to ve struktuře dle vzoru v příloze č. 6 Vzorové smlouvy – Popis řešení provizorního ISMS z pohledu využití licencí.“

3. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel nezveřejnil, Úřad ji tak ověřil u zadavatele, který mu sdělil, že byla stanovena ve výši 400 mil. Kč bez DPH (srov. bod 83. tohoto odůvodnění).
4. Pro účely hodnocení nabídek zadavatel v čl. 13 odst. 13.2 zadávací dokumentace určil, že hodnocena bude celková nabídková cena v Kč bez DPH za předpokládaný rozsah plnění.
5. V čl. 4 odst. 4.5 zadávací dokumentace stanovil zadavatel požadavky na technickou kvalifikaci dodavatelů, když požadoval předložení seznamu významných služeb ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) zákona, a to za dobu 5 let před zahájením zadávacího řízení, přičemž alespoň jedna významná služba musela být v oblasti zajištění informačních systémů zahrnujících ekonomicko-správní procesy (dále jen „Významná služba“). Podmínky pro uznání významné služby stanovil zadavatel následující:

„Zajištěním informačního systému se rozumí:

dobávka „on premise“ – tzn. lokální instalace systému a jeho následný provoz, a/nebo poskytnutí systému jako služby („System as a Service“) – tzn. hosting systému.

Každá významná služba musela být poskytována po dobu minimálně 2 let, a to v oblasti agend zahrnujících ekonomicko-správní procesy. Ekonomicko-správními procesy se rozumí například sestavení rozpočtu, čerpání rozpočtu, řízení dotačních nebo investičních projektů nebo veřejných zakázek, vedení účetnictví, fakturace, sestavování inventur, výkaznictví, evidence majetku (účetní i operativní), správa majetku v celé její šíři, analytika a reporting nad majetkovým portfoliem a veškeré nakládání s majetkem, nebo další obdobné procesy¹. Součástí těchto procesů musí být zajištění workflow, tj. např. průběh záznamu agendy různými stavy. V rámci významných služeb dle tohoto bodu č. 1 musí být zároveň prokázáno, že:

a) součástí alespoň 1 významné služby byla účetní evidence majetku pro objednatele, jehož organizační uspořádání zahrnuje minimálně 5 organizačních složek, nebo poboček, z nichž každá v systému využívá vlastní účetní okruh;

b) minimální počet uživatelů alespoň 1 informačního systému dokládaného jako významná služba dle bodu č. 1 musí být minimálně 1 000, přičemž uživatelé musí být jak interní uživatelé objednatele, tak externí uživatelé (fyzické nebo právnické osoby mimo osobu objednatele) přistupující po přihlášení zabezpečeně k systému prostřednictvím sítě internet (HTTPS).

Finanční objem všech významných služeb dle tohoto bodu č. 1 za posledních 5 let musí činit v součtu alespoň 90.000.000 Kč bez DPH.“

6. Zadavatel v zadávacím řízení veřejné zakázky obdržel dvě nabídky, nabídku navrhovatele – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“) – a vybraného dodavatele – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „vybraný dodavatel“).

¹ Významná služba bude uznána za prokazující splnění technické kvalifikace, i pokud nebude zahrnovat všechny uvedené ekonomicko-správní procesy.

7. Dne 20. 8. 2019 provedl zadavatel hodnocení prostřednictvím hodnotící komise, která vyhodnotila na základě ekonomické výhodnosti nabídek jako nejvýhodnější nabídku vybraného dodavatele. Nabídková cena vybraného dodavatele činila 287 675 000 Kč, zatímco nabídková cena navrhovatele činila 432 945 186 Kč.
8. Zadavatel rozhodnutím o výběru ze dne 30. 8. 2019 (dále jen „rozhodnutí o výběru“) rozhodl o výběru nabídky vybraného dodavatele.
9. Dne 13. 9. 2019 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele z téhož dne směřující proti Rozhodnutí o výběru.
10. Rozhodnutím ze dne 30. 9. 2019 zadavatel námitky navrhovatele odmítl. Uvedené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s vyřízením svých námitek a s argumenty zadavatele, doručil dne 10. 10. 2019 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž tentýž den doručil stejnopis návrhu i zadavateli.

II. OBSAH NÁVRHU

12. Návrh navrhovatele směřuje proti rozhodnutí o výběru, kterým zadavatel vybral jako nejvýhodnější nabídku vybraného dodavatele. Navrhovatel trvá na svých námitkách a uvádí, že Rozhodnutí o výběru je nezákonné, neboť zadavatel:
 - se zjevně nevypořádal s mimořádně nízkou nabídkovou cenou (dále jen „MNNC“) vybraného dodavatele,
 - neposoudil řádně a úplně splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem a
 - opomenul objektivní skutečnosti, které z pohledu navrhovatele jednoznačně dokládají nezpůsobilost vybraného dodavatele plnit předmět veřejné zakázky řádně a včas, resp. jeho nabídku posoudil pouze formálně, nikoli materiálně.

Mimořádně nízká nabídková cena vybraného dodavatele

13. Navrhovatel nejprve namítá, že zadavatel rezignoval na důkladné posouzení a náležité odůvodnění přítomnosti, resp. nepřítomnosti MNNC v nabídce vybraného dodavatele, když přehlíží pochybnosti o existenci MNNC a „*odmítá aktivovat postup předvídaný v ZZVZ, v rámci kterého by ozřejmil důvody, které vedly Vybraného dodavatele k tak enormnímu, a dle Navrhovatele naprosto nepředstavitelnému snížení nabídkové ceny.*“
14. Dle navrhovatele byl rozdíl nabídkových cen mezi ním a vybraným dodavatelem natolik flagrantní, že pochybnosti navrhovatele o její existenci nelze vyvrátit předložením protokolu z jednání hodnotící komise, který konstatuje, že nabídková cena vybraného dodavatele není MNNC. Uvádí, že indicie nasvědčující MNNC byly v nabídce vybraného dodavatele zjevné a zadavatel si měl vyžádat vysvětlení a potvrzení podle § 113 odst. 5 zákona. Navrhovatel uvádí, že na základě svých zkušeností jako poskytovatel stávajícího ISMS nenabízí nepřiměřeně vysokou nabídkovou cenu, ale s ohledem na celkovou složitost předmětu plnění veřejné zakázky nehodlá podcenit výrazná rizika spojená s plněním předmětu veřejné zakázky. Naproti tomu vybraný dodavatel takovou reálnou zkušenost dle navrhovatele nemá

a rizika evidentně nedoceňuje a dle navrhovatele těží z toho, že zadavatel neprojevuje zájem ověřit proveditelnost jeho řešení.

15. Navrhovatel uvádí, že posouzení existence MNNC je obligatorní součástí posouzení nabídky vybraného dodavatele. Dále uvádí, že ze strany zadavatele došlo k narušení zásady transparentnosti, když z žádného dokumentu zpřístupněného účastníkům zadávacího řízení nevyplývalo, že zadavatel vůbec posoudil existenci MNNC u vybraného dodavatele. Způsob, jakým zadavatel posuzoval reálnost nabídkových cen, není dle navrhovatele zřejmý ani z rozhodnutí o výběru a ze zprávy o hodnocení nabídek. Dle navrhovatele musí být závěry ohledně neexistence MNNC účastníkům řádně komunikovány, a to buď ve zprávě o hodnocení nabídek, případně v jiném dokumentu, který zadavatel účastníkům zpřístupňuje. Odkazuje přitom na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 57/2012 ze dne 7. 2. 2013, kde Nejvyšší správní soud označil zprávu o posouzení a hodnocení nabídek jako klíčový dokument, protože v té době platný zákon č. 137/2016 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), o žádném jiném výstupu z posuzování nabídek nehovořil.
16. Podle navrhovatele nemůže obstát argument zadavatele, že tato povinnost ze zákona explicitně nevyplývá, k čemuž využívá analogii s oznámením o zrušení zadávacího řízení dle § 127 zákona, kdy ani v tomto případě není v zákoně explicitně stanovena povinnost zadavatele odůvodnit zrušení zadávacího řízení, nicméně tato povinnost vyplývá ze zásady transparentnosti.
17. K samotnému posouzení MNNC ze strany zadavatele navrhovatel nejprve rozporuje tvrzení zadavatele ohledně neuplatnitelnosti rozhodovací praxe vycházející ze ZVZ týkající se MNNC za účinnosti současného zákona, když dle navrhovatele jediným rozdílem je, že zadavatel může ponechat v zadávacím řízení účastníka, jehož nabídková cena vykazuje znaky MNNC. Dle navrhovatele, trvá-li zadavatel na tom, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, je povinen vyvrátit i nejmenší dílčí indicie. Právo ponechat vybraného dodavatele v zadávacím řízení měl zadavatel až poté, když ověřil, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká z důvodu dle § 113 odst. 4 písm. a) nebo b) zákona.
18. Rozdíl nabídkových cen účastníků činil dle navrhovatele 150 mil. Kč, cca 35 % (pozn. Úřadu: rozdíl nabídkových cen činil 145 270 186 Kč, což odpovídá cca 33,6 %), přičemž takový rozdíl nemůže zadavatel ignorovat, aniž by ozřejmil, co může být důvodem pro tuto odchylku, přičemž v souvislosti s nemožností vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku (viz níže) byly indicie o neférovém postupu zadavatele a jeho MNNC zcela zřejmé.
19. V této souvislosti navrhovatel odkázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 1. 2015, č. j. ÚOHS-S541/2014/VZ-1903/2015/541/JCh. Zadavatel dle navrhovatele dopady tohoto rozhodnutí přehlíží a poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0106/2018/VZ-14022/2018/522/NRi ze dne 11. 5. 2018.
20. Navrhovatel se také vyjádřil k tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, kde zadavatel odkazuje na výrazně nižší očekávané hodnoty zakázky, vycházející ze Studie řešení ISMS po roce 2019 (dále jen „Studie“) a z předběžných tržních konzultací (dále jen „PTK“). Zadavatel uvedl, že ve Studii byla hodnota zakázky odhadnuta na 94,3 mil. Kč, v rámci PTK pak jeden z oslovených dodavatelů odhadl na 120 – 160 mil. Kč.

21. Nejprve uvádí, že rozptyl hodnot považuje za absurdní, když Studie uvádí částku 94,3 mil. Kč, hodnota získaná z PTK je v rozmezí 120 – 160 mil. Kč a samotné nabídkové ceny účastníků jsou v hodnotě 290 a 433 mil. Kč. Dle navrhovatele je tak zjevné, že zadavatel může dospět k hodnotě, která se mu zrovna hodí, ačkoliv situace na trhu je úplně jiná.
22. Navrhovatel uvádí, že Studie není veřejně dostupná a nelze tak konfrontovat jeho tvrzení a ověřit, co a v jakém rozsahu bylo ve Studii skutečně posuzováno. Co se týká hodnoty získané na základě PTK, ty považuje navrhovatel za zkreslené už z toho důvodu, že jediný dodavatel, který tuto informaci v rámci PTK poskytl, sám nabídku vůbec nepodal, a doplňuje, že oproti informacím v PTK byly informace v zadávací dokumentaci podstatně doplněny. Nelze také opomíjet časovou tíseň, ve které se zadavatel nachází, a která se nutně musela projevit v nabídkové ceně.
23. Za jediný relevantní indikátor o reálné nabídkové ceně tak navrhovatel označuje proběhlou soutěž v zadávacím řízení veřejné zakázky. Nesouhlasí se zadavatelem, že zásadní rozdíl v nabídkových cenách účastníků není průkazným indikátorem MNNC, a odmítá, že by jeho nabídková cena byla přehnaná. Dle navrhovatele si je zadavatel vědom toho, že vybraný dodavatel by nebyl schopen svou nabídkovou cenu objasnit, a proto její objasnění nepožadoval, čímž poskytl vybranému dodavateli neférovou soutěžní výhodu. Postup zadavatele pak dle navrhovatele povede k úpravě závazků ze smlouvy postupem dle § 222 zákona, čímž bude popřen smysl a účel zadávacího řízení.
24. Navrhovatel tak uzavírá, že nikde nezaznamenal informaci o tom, jakým způsobem a zda zadavatel posoudil nabídku vybraného dodavatele v kontextu MNNC. Pochybení spatřuje zejména v tom, že zadavatel ignoroval zjevné indicie o přítomnosti MNNC i relevantní rozhodovací praxi Úřadu a poskytl tak vybranému dodavateli nedůvodnou výhodu.

Neúplné posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem

25. Jak Úřad uvedl výše, zadavatel v rámci prokázání technické kvalifikace stanovil i požadavek na předložení seznamu významných služeb (srov. bod 5. tohoto odůvodnění). Dle navrhovatele však zadavatel pochybil, když splnění požadavků na technickou kvalifikaci u vybraného dodavatele posoudil pouze formálně, nikoliv materiálně. Vybraný dodavatel technickou kvalifikaci prokazoval mimo jiné prostřednictvím významné služby „*Pořízení aplikace MS2014+ a zajištění jejího provozu a rozvoje*“ pro objednatele Ministerstvo pro místní rozvoj (dále jen „objednatel“) s dobou plnění od června 2013 v objemu více než 90 mil. Kč bez DPH (dále jen „sporná reference“).
26. Dle navrhovatele neměl zadavatel bez dalšího podrobného objasnění spornou referenci akceptovat. Uvádí, že převažující část plnění sporné reference vznikla od 6. 6. 2013 do července 2014, tj. v době více než pět let před zahájením zadávacího řízení veřejné zakázky, a neměla tak být uznána. Uvádí k tomu, že zásadní je pouze doba, kdy byla aplikace vytvořena, dodána a implementována, nikoliv např. služby dodatečného vývoje, které nemají z materiálního hlediska vztah k zajištění ekonomického informačního systému. Navrhovatel dovozuje, že požadavek na významnou službu hovoří o dodávce „on premise“, tedy lokální instalaci systému a jeho následném provozu, přičemž obě tato plnění musí spadat do referenční doby 5 let a finančního objemu 90 mil. Kč.

27. Navrhovatel dále rozporuje i splnění samotného finančního objemu u sporné reference, který měl zadavatel uznat, když tvrdí, že jako maximálně přípustná hodnota měla být uznána pouze hodnota plnění související s vytvořením, dodáním a samotnou implementací systému. Místo podrobného objasnění se zadavatel spokojil s tím, že uznal plnění v hodnotě 529 mil. Kč, což navrhovatel považuje za přehnané.
28. Dalším důvodem, proč dle navrhovatele neměla být sporná reference uznána, je, že nebyla realizována řádně, tj. v odpovídající kvalitě. Přitom odkazuje na Zprávu o auditu monitorovacího systému pro období 2007 – 2020 Ministerstva financí (dále jen „zpráva Ministerstva financí“), kde Ministerstvo financí uvádí, že „*aplikace MS 2014+ není zcela funkční a nemá zpřístupněné veškeré deklarované funkcionality*“ a dále pak na kontrolní závěr Nejvyššího kontrolního úřadu (dále jen „NKÚ“), který mj. uvádí, že kvůli komplikovanosti má systém problémy se stabilitou, kontroloři se setkali s častými chybovými hláškami, pomalými odezvami či zamrzním systému, a že z hlediska kvality systému monitorovací systém ne vždy poskytoval srovnatelné a spolehlivé údaje.
29. Navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně, který v rozsudku ze dne 2. 9. 2015, sp. zn. 62 Af 15/2014, uvedl, že zadavatel nemá povinnost slepě přijmout jakékoliv osvědčení, ale musí mít oprávnění prověřit i obsahovou stránku osvědčení.
30. Dle navrhovatele výše uvedené vady aplikace MS 2014+ lze přičíst jedině vybranému dodavateli a nelze hovořit pouze o pochybení objednatele. Stejně tak dle navrhovatele nemůže obstát skutečnost, že objednatel odmítá závěry kontrolních orgánů, když tak činí, aby došlo k co nejmenšímu krácení dotačních prostředků. Podle navrhovatele se zadavatel nemůže přiklonit na stranu objednatele a jeho tvrzení bez vhodnějšího objasnění akceptovat. Navrhovatel pak uzavírá, že pokud je z nezávislého šetření zjevné, že ze strany vybraného dodavatele nebyla sporná reference splněna řádně, je povinností zadavatele pochybnosti vyvrátit.

Pouze formální posouzení a hodnocení nesrovnatelných nabídek a nezpůsobilost vybraného dodavatele

31. V úvodu této části návrhu navrhovatel uvádí, že tento bod zadavatel v rozhodnutí o námitkách řádně nevypořádal, když věcná podstata tvrzení navrhovatele uvedená v námitkách zůstala bez adekvátní reakce zadavatele, ačkoliv formálně se zadavatel vyjádřil ke všem namítaným bodům uvedeným v námitkách. Navrhovatel také odkazuje na svoji argumentaci v námitkách, kde uvádí, proč vybraný dodavatel nebude schopen veřejnou zakázku splnit.
32. Jeden z hlavních argumentů navrhovatele spočíval v tom, že za situace, kdy zadavatel vymezil předmět plnění pomocí relativně vágních funkčních požadavků, měl věcně a detailně posoudit nabídku vybraného dodavatele.
33. Navrhovatel uvádí, že námitky ani návrh nesměřují proti zadávacím podmínkám, když na jejich samotném stanovení nic závadného nespátřuje. Avšak tvrdí, že zadavatel při vágním stanovení technické specifikace byl povinen prověřit pochybnosti o souladnosti a funkčnosti řešení vybraného dodavatele, přičemž se nemůže pouze spoléhat na smluvní sankční mechanismy, kterými argumentoval v rozhodnutí o námitkách. Přitom odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-16786/2013/511/MOn ze dne 4. 9. 2013

a č. j. ÚOHS-S0043/2018/VZ-08742/2018/541/SLa ze dne 22. 3. 2018. Dle navrhovatele zadavatel reaguje na pochybnosti o souladnosti a funkčnosti nabízeného řešení vybraného dodavatele pouze vágním a povrchním způsobem, a námitky tak dle něj nevyřídil v souladu se zákonem, čímž spáchal přestupek dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.

34. Navrhovatel dále uvádí, že má objektivní pochybnosti o způsobilosti vybraného dodavatele realizovat tzv. primární migraci dat, když tvrdí, že ta není objektivně možná bez součinnosti navrhovatele, kterou navrhovatel není zavázán poskytnout.
35. Dle navrhovatele zadavatel nemůže provést primární migraci dat bez detailní znalosti datového modelu, který je však duševním vlastnictvím navrhovatele. Odmítá tvrzení zadavatele, že klíčoví uživatelé systému se podíleli na vytváření datového modelu stávajícího ISMS, a tvrdí, že jejich know-how nemůže nahradit součinnost navrhovatele. Stejně tak bez navrhovatele nemůže ani zadavatel ani nikdo jiný na základě datových záloh zrekonstruovat datový model, protože by si tím přisvojil duševní vlastnictví navrhovatele.
36. Obsáhle pak navrhovatel dokládá, proč vybraný dodavatel nebude objektivně schopen splnit předmět veřejné zakázky dle parametrů požadovaných zadavatelem.
37. Dále pak uvádí, že navrhovatel provedení primární migrace do své nabídky na rozdíl od vybraného dodavatele zohlednil, čímž došlo k podání fakticky neporovnatelných nabídek. S tím dle navrhovatele souvisí i skutečnost, že si zadavatel od navrhovatele v rámci jednání vyžádal příslib převodu systémové licence k dotčeným modulům, což navrhovatel opět zohlednil ve své nabídce. Navrhovatel uvádí, že zadavatel tak svým dřívějším jednáním vytvořil značnou nerovnost dodavatelů a jednoznačně znevýhodnil navrhovatele v rozporu s § 6 zákona.
38. Na závěr se pak navrhovatel vyjadřuje k některým dalším bodům námitek a jejich vypořádání zadavatelem, týkajících se možnosti vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku ve stanovených lhůtách. Dle navrhovatele zadavatel tyto námitky řádně nevypořádal a pochybnosti navrhovatele nevyvrátil. Odkazuje přitom i na výsledky PTK, kde vybraný dodavatel uvedl, že *„Komplexní plnění v daném řase a spolu s danými velkými sankcemi představuje významná rizika pro potenciální dodavatele této služby.“*
39. Na základě výše uvedeného navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil Rozhodnutí o výběru.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

40. Dne 10. 10. 2019, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, 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 o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. S0373/2019/VZ.
41. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou
 - zadavatel,
 - navrhovatel a
 - vybraný dodavatel.
42. Zahájení správního řízení Úřad jeho účastníkům oznámil přípisem č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-27990/2019/523/JMa ze dne 14. 10. 2019. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad

mj. zadavatele upozornil, že je dle § 252 odst. 1 zákona povinen doručit Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení v originále.

Vyjádření zadavatele k návrhu

43. Dne 21. 10. 2019 byla Úřadu prostřednictvím datové schránky doručena kompletní dokumentace o zadávacím řízení k předmětné veřejné zakázce společně s vyjádřením zadavatele k návrhu (dále jen „vyjádření k návrhu“).

K tvrzení MNNC vybraného dodavatele

44. Na úvod zadavatel uvádí, že navrhovatel účelově vykládá institut MNNC mimo jeho současné pojetí. Odkazuje přitom na důvodovou zprávu k zákonu, která mj. uvádí, že institut MNNC slouží k ochraně zadavatele. Dále uvádí, že MNNC je zadavatel před odesláním oznámení o výběru povinen posoudit vždy, pokud ji však neidentifikuje a účastníka nevyzve k jejímu objasnění, není povinen v dokumentaci o zadávacím řízení tento postup blíže zdůvodňovat.
45. Odmítá analogii navrhovatele s rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení jako nepřiléhavou, když zákon u tohoto rozhodnutí ukládá povinnost sdělit jej účastníkům. Z rozhodovací praxe pak skutečně plyne povinnost toto sdělení odůvodnit, oproti tomu však zákon nikde neukládá povinnost sdělit účastníkům výsledek posouzení MNNC. To dle zadavatele vyplývá z odlišné koncepce obou institutů, kdy zadávací řízení lze zrušit jen ze zákonem taxativně vymezených důvodů, jejichž naplnění musí zadavatel prokázat a takový postup musí být přezkoumatelný, neboť tato úprava směřuje k ochraně dodavatelů. Posouzení nabídkové ceny v kontextu MNNC však spočívá na uvážení zadavatele a zákon neobsahuje důvody, při jejichž naplnění musí zadavatel nabídkovou cenu jako MNNC posoudit či neposoudit a takové posouzení následně prokazovat, aby bylo přezkoumatelně zachycené v dokumentaci zadávacího řízení. Zadavatel na jiném místě svého vyjádření uvedl, že informaci o posouzení nabídky vybraného dodavatele a závěr, že MNNC neidentifikoval, zachytil v protokolech o jednání hodnotící komise.
46. Navrhovatelem odkazovaná rozhodovací praxe podle dřívější právní úpravy již není dle zadavatele aplikovatelná, když tato vycházela ze stavu, kdy nedostatečné zdůvodnění MNNC účastníka (uchazeče v tehdejší terminologii) vedlo k obligatornímu vyloučení ze zadávacího řízení, zatímco současná právní úprava pojímá institut MNNC pouze jako ochranu zadavatele. I kdyby dřívější rozhodovací praxe platná byla, pak zadavatel uvádí, že v průběhu zadávacího řízení nezískal žádné indicie, že by nabídková cena vybraného dodavatele byla mimořádně nízká.
47. Samotný rozdíl mezi nabídkovými cenami účastníků neznamení existenci MNNC. Pokud zadavatel nedospěje k závěru, že nabídková cena některého účastníka je mimořádně nízká, není povinen aktivovat postup podle § 113 odst. 4 zákona a je toliko povinen v dokumentaci zadávacího řízení zachytit, že nabídku vybraného dodavatele z hlediska MNNC posoudil, přičemž nemá povinnost zpracovat žádné odůvodnění svého závěru a zasílat jej účastníkům v rámci oznámení o výběru. Až s námitkami navrhovatele byl zadavatel povinen se k existenci či neexistenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele podrobně vyjádřit, a to v rámci své povinnosti reagovat na všechny skutečnosti uvedené v námitkách.
48. Navrhovatel dle zadavatele na žádném místě neuvádí konkrétní informaci, výpočet či důkaz prokazující MNNC v nabídce vybraného dodavatele a toto tvrzení zakládá toliko na svých

zkušenostech vybraného dodavatele, nejde tak dle zadavatele o nic víc než o prosté a ničím nepodložené vyjádření názoru. Odkazuje přitom na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0106/2018/VZ-14022/2018/522/NRi ze dne 11. 5. 2018, kde Úřad mj. uvedl, že „nezpochybňuje, že navrhovatel může být odborníkem na relevantním trhu, ani tento fakt však sám o sobě nemůže vést k tomu, že je to právě navrhovatel, kdo bez jakéhokoliv bližšího vysvětlení (vyjma dosavadních zkušeností), resp. prokázání relevantních skutečností určí hranici rentability, resp. mezní hranici pro MNNC.“ Dále pak Úřad v citovaném rozhodnutí uvedl, že jiná situace by byla, kdyby navrhovatel své tvrzení podložil relevantním propočtem. Dále v rozhodnutí pak uzavřel, že „navrhovatel v rámci námitek neprezentoval natolik relevantní argumenty podložené skutkovými okolnostmi, které by měly za následek existenci natolik silné indicie, na základě níž by měl zadavatel nabídkovou cenu vybraného dodavatele považovat za mimořádně nízkou ve smyslu § 113 zákona, přičemž za takovou indicii nelze považovat ani samotnou hodnotu nabídkové ceny ve srovnání s jinými nabídkovými cenami, resp. předpokládanou hodnotou (k tomu srov. bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).“ Mj. také v citovaném rozhodnutí Úřad uvedl, že MNNC nemůže sloužit jako univerzální námitka (neúspěšného) účastníka, který se umístil jako druhý v pořadí.

49. Zadavatel se také vyjadřuje k rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 57/2012 ze dne 7. 2. 2013, kterým argumentoval navrhovatel. Uvádí, že skutkově toto rozhodnutí vůbec nepřiléhá, když NSS řešil skutkový stav, kdy zadavatel ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl všechny relevantní informace o hodnocení, takže nebylo možné posoudit, zda nabídky hodnotil v souladu se stanovenými kritérii hodnocení. Nadto šlo o rozhodnutí podle tehdejší právní úpravy. Podle zákona zadavatel zpracovává pouze zprávu o hodnocení nabídek, přičemž posouzení MNNC není součástí hodnocení nabídek, a stejně tak není ani posouzením podmínek účasti. Nejvyšší správní soud nadto v citovaném rozhodnutí uzavřel, že postačuje, když je hodnocení nabídek dostatečně zachyceno v protokolu. Ve světle tohoto rozhodnutí tak zadavatel dle svého názoru splnil dostatečně svoji povinnost, když posouzení MNNC zachytil v protokolech z jednání komise. Smyslem oznámení o výběru je dle navrhovatele seznámit účastníky s hodnocením nabídek a výsledkem posouzení splnění podmínek účasti. V případě MNNC si zadavatel pomáhá analogií se zachycením neexistence střetu zájmů u členů komise, který také zadavatel musí zachytit v dokumentaci zadávacího řízení, ale nikoliv v oznámení o výběru dodavatele.
50. Zadavatel se pak opětovně vyjadřuje k tomu, proč se mu nabídková cena vybraného dodavatele nejevila jako mimořádně nízká, a tuto argumentaci dále rozvádí. Odkazuje přitom na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0106/2018/VZ-14022/2018/522/NRi ze dne 11. 5. 2018. Úřad v odkazovaném rozhodnutí dle zadavatele neříká, že rozdíl nabídkových cen větší než 30 % vždy indikuje MNNC, ale že tomu tak může být. Na okraj uvádí, že v šetřeném případě činí rozdíl 33,56 %. Odkazuje přitom na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0197/2018/VZ-03952/2019/322/JSu ze dne 7. 2. 2019
51. Zadavatel uvádí, že cena požadovaná navrhovatelem nijak neprokuje, že jde o cenu nejnižší možnou, a že jakákoliv nižší cena je MNNC. Zadavatel je naopak přesvědčen o neúměrnosti a nadhodnocení ceny navrhovatele, což ho ostatně vede ke snaze „vymanit“ se ze závislosti na navrhovateli jako dodavateli. Zadavatel odkázal na Studii, dle které byly celkové náklady na vlastnictví (dále jen „TCO“) obdobného systému pořizovaného na 5 let odhadnuty na 6,5 mil. GBP [britská libra, pozn. Úřadu], s možnou odchylkou do 15 %

[varianta počítala kromě samotného ISMS navíc s modulem CRAB (Centrální registr administrativních budov, jedná se o další informační systém zajišťující agendu zadavatele vedle ISMS), který není součástí veřejné zakázky a zadavatel jej soutěžil samostatně], přičemž výpočet vycházel ze zkušenosti s obdobnou zakázkou pro irský veřejný sektor. Z těchto údajů dovedl, že náklady na pořízení a provoz systému by měli činit 94,3 mil. Kč (zadavatel k této částce dospěl přepočtem z britských liber na české koruny v kurzu 29 Kč za 1 GBP a následným přepočtem výsledné částky z 5 let na 30 měsíců, tj. na dobu plnění veřejné zakázky). Zadavatel zároveň uvádí, že výpočet abstrahuje od vlivů cenové hladiny a od skutečnosti, že varianta ve Studii uvažovala o pořízení systému do vlastnictví zadavatele, nikoliv o poskytování systému jako služby. Dále zadavatel odkázal na výsledek otevřené PTK, ve které předpokládanou nabídkovou cenu navrhovatel ani vybraný dodavatel neuvedli, zatímco jeden z oslovených dodavatelů odhadl nabídkovou cenu mezi 120 – 160 mil. Kč. Navrhovatel však dle zadavatele na jakýkoliv konkrétní výpočet rezignoval a opírá tvrzení, že nabídková cena vybraného dodavatele je nepřiměřeně nízká, pouze o vlastní zkušenost.

52. Zadavatel uvádí, že si je velmi dobře vědom ceny, za níž obdobná plnění navrhovatel poskytuje, to však nepovažuje za relevantní údaj indikující MNNC. Dle zadavatele navrhovatel zohledňuje zejména nevýhodné postavení zadavatele a časovou tíseň, když významnou část ceny tak netvoří potřebné náklady, ale zisk navrhovatele. Nákladnost stávajícího řešení zadavateli vytýkají jak kontrolní orgány, tak odborná veřejnost a zadavatel měl indicie o tom, že cena veřejné zakázky by mohla být výrazně nižší, než za kterou ji bude nabízet navrhovatel. Zadavatel opakuje, že relevanci své ceny navrhovatel nijak nezdůvodnil. Měl-li zadavatel k dispozici hodnoty ze Studie a PTK (94,3 a 120 – 160 mil. Kč), neměl důvod považovat nabídkovou cenu vybraného dodavatele ve výši 287 675 000 Kč za MNNC. Neměl tak ani důvod provádět bližší analýzu nabídkové ceny. Co se týká hodnoty získané z PTK, nepodání nabídky dodavatelem, který takto hodnotu zakázky odhadl, nic neznačí a navrhovatel ani neuvádí, jak konkrétně by tato skutečnost informací získanou z PTK mohla zkreslit, když důvody k nepodání nabídky mohou být zcela různé.
53. Zadavatel odmítá úvahu, že jedinými signifikantními údaji o reálné ceně plnění mohly být pouze nabídkové ceny v zadávacím řízení. Nejprve na okraj uvádí, že v případech, kdy zadavatelé do zadávací dokumentace zachytí vzorce pro „automatické“ stanovení, co je MNNC, bývá takové stanovení vázáno na větší počet nabídek, aby je bylo možno zprůměrovat a bez určitého počtu nabídek se zpravidla nepoužijí. Z jediné nabídkové ceny navrhovatele, který si je nadto vědom svého exkluzivního postavení, dle zadavatele žádná objektivní souvztažná hodnota neplyne.
54. Zadavatel na závěr odmítá úvahu, že by zdůvodnění MNNC nežádal záměrně, když řádný provoz ISMS je pro něj zcela klíčový a získání dodavatele, který nebude schopen plnit předmět veřejné zakázky, není rozhodně v jeho zájmu. Navrhovatelem předestřené využití institutu změny smluv podle § 222 zákona pak označuje za ryzí spekulace.

K tvrzení neúplného posouzení splnění kvalifikace vybraného dodavatele

55. Na úvod k této části návrhu zadavatel uvádí, že rozhodné období pro uznání referenčních zakázek je od 15. 7. 2014 do 15. 7. 2019. I plnění, které by dle navrhovatele odpovídalo povaze významné služby, tj. vytvoření, dodávka a implementace aplikace MS2014+, bylo objednateli předáno dne 30. 7. 2014, tj. v rozhodném období. Dílo pak bylo dokončeno

k 28. 2. 2015, přičemž právě dokončení díla je dle § 79 odst. 3 zákona rozhodné pro uznání reference, pokud zadavatel nestanoví jinak, což se v šetřeném případě nestalo. Součástí plnění byla vedle smlouvy o dílo ze dne 6. 6. 2013 (dále jen „smlouva o dílo MS2014+“) dále smlouva o poskytování služeb servisní podpory a rozvoje aplikace MS2014+ (dále jen „servisní smlouva“) a smlouva o dodržování bezpečnostních opatření v rámci spolupráce (dále jen „bezpečnostní smlouva“), obě uzavřené dne 6. 6. 2013, přičemž servisní smlouva byla plněna od 1. 1. 2014, bezpečnostní smlouva od své účinnosti. Z pohledu uznatelnosti plnění nejsou dle zadavatele pochybnosti, že plnění bylo dokončeno v rozhodné době.

56. Zadavatel považuje námitku za ryze účelovou, když dle interpretace navrhovatele, požadujícího oddělení vytvoření, dodání a implementace, by mohlo mít touto optikou za následek neuznání i některých referencí navrhovatele. Nicméně zadavatel uvádí, že nabídku navrhovatele doposud neposuzoval a výsledek takového případného posouzení nepředjímá, pouze poukazuje na účelovost navrhovatelových tvrzení.
57. Zadavatel uvádí, že plnění celé sporné reference bylo sjednáno za cenu 529,7 mil. Kč bez DPH, když z popisu významné služby je zřejmé, že tato musí zahrnovat i samotný provoz služby, a že sporná reference splňuje stanovené podmínky, přičemž není relevantní, že celé plnění sporné reference bylo rozděleno do 3 dílčích smluv.
58. K tvrzení, že realizace sporné reference neproběhla ze strany vybraného dodavatele řádně, zadavatel uvádí, že ze zprávy NKÚ ani Ministerstva financí neplyne žádné pochybení na straně vybraného dodavatele. Navrhovatel nemá dle zadavatele důkaz o tom, že tvrzená nefunkčnost systému či absence některých deklarovaných funkcionalit vychází z pochybení způsobených vybraným dodavatelem, když tyto mohou být způsobeny i nevhodným zadáním. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí o námitkách, kde dle svého tvrzení prokázal, že uvedené závěry Ministerstva financí nemají na vybraného dodavatele dopad a významná služba byla vybraným dodavatelem plněna řádně, což platí i pro závěry NKÚ. Dodává, že objednatel závěry NKÚ dlouhodobě odmítá. Zároveň souhlasí s navrhovatelem, že i když objednatel „musí“ odmítat své pochybení, tak zadavatel nevidí důvod, proč by měl objednatel odmítat pochybení vybraného dodavatele, přesto tak však činí.
59. Zadavatel uvádí, že nemá o správnosti údajů uvedených v seznamu významných služeb vybraného dodavatele pochyby a je přesvědčen, že sporná reference nebyla navrhovatelem relevantně zpochybněna. Přesto se obrátil s dotazy jak na vybraného dodavatele, tak na objednatele. Oba odpověděli, že všechny informace uvedené ke sporné referenci jsou pravdivé, že plnění označené ve sporné referenci byla realizována v odpovídající kvalitě, tj. řádně a včas, a že vybraný dodavatel se při plnění svých závazků nedopustil pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 zákona, tj. závažných nebo dlouhodobých pochybení, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K časové realizaci plnění vybraný dodavatel uvedl, že dílo bylo předáváno postupně podle smlouvy o dílo, dokončeno a akceptováno bylo dílo dne 27. 2. 2015, přičemž etapa zahrnující design a vývoj aplikace MS2014+ byla předána dne 30. 7. 2014 a akceptována dne 31. 7. 2014. Objednatel pak uvedl, že protokol k fázi akceptačních testů byl akceptován dne 29. 8. 2014 a k oficiálnímu spuštění aplikace došlo dne 4. 11. 2014, etapa design a vývoj aplikace byla akceptována dne 31. 7. 2014.

60. Dle zadavatele navrhovatel žádné pochybení vybraného dodavatele neprokázal a kdo jiný by měl být hlavním zdrojem informací o tom, zda významná služba byla poskytnuta řádně, než sám objednatel. Dodává k tomu, že ke komu jinému by měl být v dobré víře, než k objednateli, který je zároveň gestorem zákona. V žádném z doložených dokumentů ani neplyne, že by objednatel v nějakém případě ustoupil od vymáhání sankcí od vybraného dodavatele.

K tvrzení ryze formálního posouzení a hodnocení nabídek a objektivní nezpůsobivosti vybraného dodavatele

61. Zadavatel nejprve uvádí, že navrhovatel reálně brojí proti zadávacím podmínkám (ačkoliv ten výslovně uvádí, že nikoliv), když zadavateli vytýká, že nepožadoval po dodavatelích popis způsobu realizace. Zadavatel uvádí, že stanovil soupis závazných požadavků na předmět plnění a jakýkoliv požadavek na popis plnění předložený v nabídce považuje za bezvýznamný. Ze zkušenosti zadavatele by se jednalo buďto o stručné konstatování splnění všech požadavků zadavatele, nebo obsáhlejší popis řečí „techniků“, který ale z pohledu právního vyvolává nejasnosti. Navíc dodává, že konkrétní popis plnění má být až součástí předmětu plnění v podobě systémové analýzy. Pokud navrhovatel vytýká zadavateli, že takový popis v nabídce nepožadoval nebo že se na něj po podání nabídek nedotazoval, pak se jedná dle zadavatele o námitku proti stanovení zadávacích podmínek, a tudíž námitku opožděnou. Totéž podle zadavatele platí i pro tvrzení navrhovatele, že zadavatelův postup zakládá riziko nedorozumění ohledně podmínek plnění veřejné zakázky. Zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, kdy se dle ní jeví jako souladné se zákonem, pokud zadavatel nestanoví předmět plnění do posledního detailu, ale ponechá prostor dodavatelům.
62. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by komise měla posuzovat, zda dodavatelé nabízejí kompletní a bezvadné plnění, když stanovil výčet funkčních požadavků a dodavatelé v nabídce potvrdili, že tento výčet naplní. Zadavatel neměl žádnou pochybnost o věrohodnosti poskytnutých údajů a dokladů vybraného dodavatele a neviděl žádný důvod pro požadavek na jejich doplnění či objasnění. Komise i zadavatel jednali plně v souladu se zadávacími podmínkami a běžnou praxí při zadávání veřejných zakázek.
63. Dále se zadavatel vyjadřuje k problematice primární migrace dat, když uvádí, že její provedení bude bez součinnosti navrhovatele obtížné, nikoliv však nemožné, a to s využitím know-how klíčových uživatelů, kteří přímo spolupracovali na tvorbě funkčního zadání a datového modelu stávajícího ISMS. K dispozici bude mít vybraný dodavatel také kompletní zálohy dat na datových nosičích, když tato data patří zadavateli. Dodavatelé na trhu jsou dle zadavatele se situací obeznámeni.
64. Zadavatel se dále vyjadřuje k námitkám navrhovatele ohledně schopnosti vybraného dodavatele realizovat veřejnou zakázku ve stanovených termínech. Zadavatel k těmto pochybnostem uvedl, že nemá důvod tuto skutečnost zpochybňovat, přičemž odkazuje na skutečnost, že navrhovatel sám uvádí, že schopnost vybraného dodavatele řádně a ve stanovených termínech plnit je krajně nepravděpodobná, nikoli však nemožná. Zadavatel na několika místech ve vyjádření k jednotlivým námitkám navrhovatele opakuje, že zavázal-li se vybraný dodavatel podáním nabídky k uzavření smlouvy za stanovených podmínek a potvrdil seznámení se se všemi zadávacími podmínkami, nemá zadavatel žádný relevantní důvod toto zpochybňovat.

65. K námitce navrhovatele, že není zřejmé, zda vybraný dodavatel nabídl skutečně informační systém veřejné správy, tj. systém, který je takto registrován, a pokud nikoliv, zda jej zadavatel stihne v termínu do 1. 1. 2020 zaregistrovat, zadavatel uvádí, že není zřejmé, jakou registraci považuje navrhovatel za nesplnitelnou v daném čase. Registrace v systému AIS RPP není dle zadavatele zákonem č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „z. č. 365/2000 Sb.“) nikde explicitně časově ukotvena, citovaný zákon nestanovuje lhůtu, kdy by k registraci mělo dojít. Zadavatel usuzuje, že pokud navrhovatel napadá požadavek na soulad systému se z. č. 365/2000 Sb., pak se jedná o napadení zadávací podmínky, a tedy o opožděnou námitku. Navíc jde dle něj o námitku bezpředmětnou, když z citovaného zákona nevyplývá, že by provizorní systém měl být k datu 1. 1. 2020 registrován, nebo že by registrace vyžadovala časovou dotaci převyšující kapacity zadavatele a dodavatele.
66. Zadavatel se dále vyjadřuje k navrhovatelem tvrzené objektivní neschopnosti provést ve stanoveném termínu migraci dat. Uvádí, že všichni 3 dodavatelé, kteří se zúčastnili PTK, nezávisle na sebe potvrdili schopnost nasadit požadované funkcionality do 1. 1. 2020, přičemž navrhovatel i vybraný dodavatel se k tomu zavázali v nabídkách. Ohledně tvrzené neschopnosti vybraného dodavatele provést inventarizaci v lednu 2020 a účetní závěrku za rok 2019, zadavatel uvádí, že nemá důvod se domnívat, že by je dodavatel nebyl schopen v systému, kde budou „namigrována“ data, provést.
67. Navrhovatel opakovaně uváděl, že vybraný dodavatel v rámci PTK projevil obavu z významných rizik. Dle zadavatele to jen potvrzuje fakt, že vybraný dodavatel byl se všemi riziky dostatečně seznámen a pokud se i přesto rozhodl podat nabídku, pak tato rizika akceptoval a zadavatel je v dobré víře, že vybraný dodavatel je schopen veškeré plnění realizovat ve stanovených lhůtách. Odkazuje přitom na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0342/2018/VZ-18305/2019/513/EPi ze dne 1. 7. 2019, kde Úřad uvedl, že byt' je zadávání veřejných zakázek formalizovaným procesem, výsledný vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem je vztahem soukromoprávním, s čímž jsou spojeny jisté nuance, mezi které patří například i fakt, že spolu do právního vztahu vstupují dva podnikatelé, u kterých platí presumpce odbornosti a profesionality. Úřad přitom odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 121/2016-196 ze dne 25. 10. 2017. Z povahy věci tak dle Úřadu jak zadavatel, tak dodavatel podstupují určitou míru podnikatelského rizika a je na dodavateli, aby zhodnotil, zda je pro něho podnikatelské riziko přípustné, nebo nikoli.
68. Zadavatel se také vyjádřil ke dvěma rozhodnutím Úřadu, na které se odvolával navrhovatel, tj. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-16786/2013/511/MOn ze dne 4. 9. 2013 a rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0043/2018/VZ-08742/2018/541/SLa ze dne 22. 3. 2018 (srov. bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K prvně jmenovanému zadavatel uvádí, že rozhodnutí na šetřený případ skutkově nedopadá, neboť se jednalo o situaci, kdy zadavatel stanovil požadavek na předložení návrhu technického a realizačního řešení, kdy navíc zadavatel měl pochybnosti o tom, že nabízená technologie splňuje zadávací podmínky, přičemž ani jedna ze situací v šetřeném případě není. Co se týče druhého jmenovaného rozhodnutí, to se týkalo dostatečného posouzení a zachycení výsledku tohoto posouzení a zadavatel uvádí, že je s ním zcela v souladu.
69. K otázce nemožnosti provést primární migraci bez součinnosti navrhovatele z důvodu práv duševního vlastnictví zadavatel připouští, že aplikační logika, stejně jako datový model,

mohou být duševním vlastnictvím navrhovatele, ale samotná data jsou vlastnictvím zadavatele. Ten tak má právo s nimi plně disponovat a na jejich základě zrekonstruovat či vytvořit nový datový model.

70. Zadavatel dále popírá tvrzení navrhovatele, že by si od něj vyžádal příslib převodu systémové licence k dotčeným modulům a že navrhovatel tento požadavek musel zohlednit v nabídkové ceně. Dle zadavatele mu ze strany navrhovatele byl nabídnut pouze tzv. expertní balíček, jehož využití by však znamenalo, že pro část veřejné zakázky by musel navrhovatel být poddodavatelem. Zadavatel se obrátil na Ministerstvo pro místní rozvoj jako gestora zadávání veřejných zakázek, které došlo k závěru, že by se mohlo jednat o skrytou formu jednacího řízení bez uveřejnění. Dále dodává, že ze zadávacích podmínek nikde neplyne povinnost jakéhokoliv dodavatele, aby v rámci své nabídky zohlednil převod systémové licence ke stávajícímu ISMS. Zadavatel uvádí, že i kdyby požadavek na systémovou licenci vnesl, nemohl by tak učinit mimo zadávací dokumentaci, např. zápisem ze společného jednání. Z příloh návrhu dle zadavatele toliko plyne, že navrhovatel byl ochoten poskytnout zadavateli systémovou licenci v případě pořízení expertního balíčku, který však nebyl předmětem veřejné zakázky a ani předmětu veřejné zakázky neodpovídá.
71. K argumentaci navrhovatele, že se nedostatečně nebo vůbec nevyjádřil k některým tvrzením v námitkách, zadavatel uvedl, že navrhovatel v této své argumentaci poskytuje stručný výčet argumentačních bodů zadavatele a polemizuje s nimi. Dle zadavatele je tak zřejmé, že zadavatel na námitky reagoval, navrhovatel se však neztotožňuje s jeho závěry, což však dle rozhodovací praxe Úřadu neznamena, že zadavatel tyto námitky nevyřídil řádně.
72. Zadavatel se dále vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že primární migraci bez detailní znalosti a použití datového modelu, který je navrhovatelovým duševním vlastnictvím, nepůjde provést. Zadavatel uvádí, že aplikační logika systému vznikala za úzké spolupráce navrhovatele a pracovníků zadavatele, a to na základě jejich požadavků, kteří jsou nositeli know-how stávajících postupů a procesů v ISMS, a toto bude využito při tvorbě datového modelu vybraného dodavatele. Dle zadavatele není pravda, že primární migraci nelze bez součinnosti navrhovatele provést, nicméně jeho součinnost by tento proces podstatně zjednodušila.
73. Dále zadavatel uvádí, že nehodlá třetí straně předat datový model stávajícího ISMS, zejména proto, že jím nedisponuje a navrhovatel jeho žádosti o předání zamítnul. Zadavatel předpokládá, že procesní modely systému vybraného dodavatele budou od stávajícího ISMS odlišné, stejně jako datový model, na který budou procesní modely navazovat. Rekonstrukcí datového modelu tak zadavatel nemyslí identický datový model, jako je stávající ISMS, ale propojení dat ze stávajícího ISMS s provizorním ISMS. Nemůže tak dojít k tomu, že by byl vytvořen identický datový model, ale bude vytvořen nový datový model vycházející z dat stávajícího ISMS. Kroky ke získání datových záloh pak zadavatel provedl ke konci září 2019.
74. Zadavatel ve vztahu k migraci dat odmítá, aby navrhovatel určoval, co je a není technicky proveditelné, a uvádí způsob, jakým hodlá datovou migraci provést, přičemž opakuje, že v žádném případě nehodlá použít duševní vlastnictví navrhovatele. Uvádí, že způsob propojení dat stávajícího ISMS na datový model provizorního ISMS bude předmětem analytické a návrhové fáze implementace. Zadavatel očekává, že mu budou ze strany

navrhovatele předána data kompletní, strojově čitelná, nepoškozená a v takové podobě, která neznemožní jejich využití při datové migraci.

75. V dalších bodech vyjádření k návrhu se zadavatel vyjadřuje k technickým otázkám, které dle navrhovatele mohou být problematické při přechodu na jiný systém. Zadavatel k tomu uvádí, že datová migrace je součástí každé výměny informačního systému a v ideálním případě by měla probíhat ve spolupráci stávajícího a nového dodavatele. Datová migrace bez součinnosti navrhovatele bude dle zadavatele vysoce obtížná, ale možná.
76. Dále se zadavatel vyjadřuje k tvrzení navrhovatele ohledně schopnosti vybraného dodavatele dodat požadované funkcionality ve stanovených termínech. Odvolává se přitom na PTK, kde se výslovně na schopnost dodavatelů poskytovat funkční systém k 1. 1. 2020 dotazoval.
77. Zadavatel se pak vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že nedostatečně vypořádal námítky zadavatele týkající se tvrzené krajní nepravděpodobnosti splnění smluvních podmínek ve stanoveném termínu (konkrétně realizovat 72 specifických reportů, dodat veškerou požadovanou funkcionality a provést testování provizorního ISMS). Zadavatel uvádí, že námítku vypořádal dostatečně a uvádí, že navrhovatel nepředkládá žádný důvod, kterým by jeho argumentaci vyvracel, pouze uvádí, že s ní nesouhlasí.
78. Zadavatel v závěru odmítá tvrzení navrhovatele, že by některou z námitek věcně a srozumitelně nevypořádal, stejně jako tvrzení, že skutečnosti a tvrzení uváděné v rozhodnutí o námítkách jsou zkreslující či přímo nepravdivé, přičemž odkazuje na výše uvedenou argumentaci.
79. Zadavatel tak s ohledem na výše uvedené skutečnosti nadále trvá na svých závěrech uvedených v rozhodnutí o výběru a v rozhodnutí o námítkách a navrhuje, aby Úřad v souladu s § 265 písm. a) návrh zamítl a ve vztahu k některým tvrzením obsaženým v návrhu zadavatel navrhuje, aby k nim Úřad nepřihlížel, případně řízení o těchto otázkách zastavil, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.

Další průběh správního řízení

80. Usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-29199/2019/523/JMa ze dne 24. 10. 2019 uložil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
81. Usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-31229/2019/523/JMa ze dne 15. 11. 2019 uložil Úřad vybranému dodavateli lhůtu v délce 5 dnů od doručení tohoto usnesení ke sdělení, jakým způsobem má zajištěno, aby byl schopen řádně a včas v souladu se zadávacími podmínkami plnit veřejnou zakázku a jakým způsobem hodlá provést primární migraci dat tak, aby provizorní ISMS odpovídal všem funkčním, technickým, legislativním a procesním požadavkům zadavatele. Dne 19. 11. 2019 Úřad obdržel odpověď vybraného zadavatele na uvedené usnesení, ve které sdělil, že bude schopen řádně a včas realizovat veřejnou zakázku (např. vyčlenit dostatečné a odborné personální kapacity, využít své know-how a zkušenosti). Dále vybraný dodavatel sdělil, že při realizaci veřejné zakázky by mohl navrhnout rozhraní a postupy pro datovou migraci do provizorního ISMS s tím, že aktuálně nelze předvídat, v jaké formě bude dodavateli předán zálohovací plán a data stávajícího ISMS, proto vybraný

dodavatel počítá i s variantou obnovy dat ze zálohových pásek (např. obnovou Oracle DB z magnetické pásky, následným spuštěním nástrojů umožňujících automatizovaně identifikovat jednotlivé struktury a jejich vzájemné vztahy, analýzou vygenerovaného datového modelu ve spolupráci s klíčovými uživateli a migrací dat pomocí běžných ETL nástrojů).

Sdělení zadavatele k předpokládané hodnotě a mimořádně nízké nabídkové ceně

82. Usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-30591/2019/523/JMa ze dne 11. 11. 2019 uložil Úřad zadavateli lhůtu ke sdělení, v jaké výši a jakým způsobem stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a dále, zda a jakým způsobem byla pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zohledněna Studie. Zároveň zadavateli uložil, aby Studii a případné další dokumenty, které zadavatel pro stanovení předpokládané hodnoty využil, Úřadu zaslal. Dále zadavateli uložil, aby mu sdělil, jakým způsobem a na základě jakých podkladů dospěl k závěru o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
83. Zadavatel k usnesení č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-30591/2019/523/JMa ze dne 11. 11. 2019 Úřadu Studii zaslal a sdělil, že předpokládanou hodnotu stanovil ve výši 400 mil. Kč bez DPH, a to na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného plnění v souladu s § 16 odst. 6 zákona. Jako zakázku stejného či podobného plnění pak bral náklady na provoz stávajícího ISMS, zároveň však uvedl, že na základě dalších informací, zejména Studie a PTK, očekával, že nabídková cena by mohla a měla být výrazně nižší. Uvedl, že předpokládaná hodnota slouží zejména k určení režimu veřejné zakázky a výše jejího stanovení neměla vliv na postup zadavatele.
84. Dále pak zadavatel veskrze zopakoval svoji argumentaci k MNNC z vyjádření k návrhu a zároveň apeloval na Úřad, „*aby se neodchyloval od rozhodovací praxe a nenahrazoval úvahu zadavatele o indikaci a existenci MNNC svou úvahou o tom, jaká nabídková cena je či není MNNC, ale posuzoval toliko otázku, zda zadavatel dodržel všechny shora popsané kroky*“. Uvedl, že na základě dostupných informací bylo možné očekávat nabídkové ceny v rozmezí 120 – 400 mil. Kč, přičemž nabídková cena vybraného dodavatele ve výši 287 675 000 Kč představovala cca 72 % výše předpokládané hodnoty a zadavatel neměl důvod se domnívat, že je mimořádně nízká.
85. Pro úplnost pak dodal, že mezi členy hodnotící komise byli i dva spoluautoři Studie a obsah Studie byl znám i ostatním členům komise, stejně jako výsledek PTK. Členové hodnotící komise tak disponovali informací o tom, že reálná nabídková cena může být podstatně nižší než předpokládaná hodnota.
86. Nad rámec uvedených argumentů zadavatel uvedl, že s navrhovatelem vedl jednání v rámci jednacího řízení bez uveřejnění, ve kterém navrhovatel sice nepodal nabídku, ale písemně zadavateli sdělil, že pokud by zadavatel přistoupil na úpravu některých smluvních podmínek, byl by schopen poskytnout v podstatě totožné plnění jako je předmět veřejné zakázky, a to za cenu dokonce nižší, než je nabídková cena vybraného dodavatele, kterou sám navrhovatel označuje za MNNC. Zadavatel uvádí, že navrhovatel tak po zúžení předmětu plnění nabízí nabídkovou cenu dokonce nižší než vybraný dodavatel, přičemž takové zúžení rozhodně neodpovídalo cenovému rozdílu mezi jeho nabídkou a nabídkou vybraného dodavatele, přičemž nabídkovou cenu vybraného dodavatele však navrhovatel označuje za MNNC.

87. Zadavatel také poukázal na závěry kontrolní akce NKÚ, který dospěl k závěru, že stávající dodávky navrhovatele byly vysoce finančně nadhodnocené. Poukazuje dále na to, že souběžně se šetřeným zadávacím řízením realizoval také zadávací řízení na poskytování systému CRAB jako služby na stejnou dobu, jako v případě veřejné zakázky, která byla zadána a v současnosti probíhá její realizace, a to za cenu 15 248 000 Kč bez DPH. Měsíční náklad tak lze dle zadavatele stanovit na cca 0,51 mil. Kč, přičemž reálné měsíční náklady na provoz stávajícího systému CRAB od navrhovatele lze stanovit dle Studie na cca 4,83 mil. Kč, což dle zadavatele osvědčuje, že úvahy zadavatele o dosažitelnosti podstatné úspory oproti současným cenám, z nichž byly odvozeny předpokládané hodnoty, byly správné a odůvodněné.
88. Usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-32909/2019/523/JMa ze dne 2. 12. 2019 uložil Úřad zadavateli lhůtu k vysvětlení nejasností v uváděných hodnotách či údajích, na základě kterých dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, ke sdělení, zda tyto hodnoty či údaje vyplývají z konkrétních údajů obsažených ve Studii a nakonec k vysvětlení, jak dospěl ze Studie k částce 94,3 mil. Kč na pořízení a provoz systému na dobu 30 měsíců.
89. Zadavatel ve vyjádření k usnesení ze dne 5. 12. 2019 nejprve uvedl, že stanovil interval cen pro posouzení MNNC, a to z jemu dostupných cenových informací ze Studie, PTK a z provozu stávajícího ISMS v rozmezí 94,3 – 400 mil. Kč, přičemž pokud se nabídková cena pohybovala v tomto intervalu nebo nad ním, jako v případě nabídky vybraného dodavatele, zadavatel neměl důvod se domnívat, že se jedná o MNNC.
90. Zadavatel nejprve uvádí, jak určil cenu stávajícího ISMS na 400 mil. Kč, která slouží také jako předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Odkázal přitom na náklady dle Studie, od kterých odečetl náklady na provoz systému CRAB (který byl ve Studii rovněž posuzován, ale není součástí veřejné zakázky), přičemž dospěl k částce 395 mil. Kč, kterou zaokrouhlil na 400 mil. Kč. K částce 120 – 160 mil. Kč pak uvedl, že se jedná o odhad externího dodavatele získaný na základě PTK.
91. Dále se zadavatel vyjádřil k dalším cenovým hodnotám, získaným ze Studie. První z nich je částka 126,5 mil. Kč, která odpovídá odhadovaným nákladům na provoz alternativního ISMS, tj. zajištění stávajících procesů prostřednictvím jiných softwarových prostředků, a to jiným dodavatelem na trhu, než je stávající dodavatel. Uvedl, že roční náklady na takový systém jsou stanoveny ve výši 44 mil. Kč (přičemž zahrnují i systém CRAB, který však součástí veřejné zakázky není), tj. 110 mil. Kč na období 30 měsíců. V této částce nejsou zahrnuty náklady na vývoj/customizaci systému. Dle předložených nabídek vybraného dodavatele a navrhovatele se zadavatel mohl domnívat, že tyto činí 5 – 15 % celkových nákladů služby (kdy v nabídce vybraného dodavatele tvoří 4,9 %, v nabídce navrhovatele pak 14,7 % celkových nákladů). Částku 110 mil. Kč navýšenou o 15 % pak zadavatel vyčíslil na 126,5 mil. Kč. K tomu dodává, že pokud by částku 110 mil. Kč odečetl od celkové nabídkové ceny vybraného dodavatele, zůstalo by na iniciaci systému 177 mil. Kč, tedy částku převyšující cenu za iniciaci jak v nabídce navrhovatele, tak vybraného dodavatele.
92. Druhou cenovou hodnotu ze studie, kterou zadavatel vysvětluje, je částka 94,3 mil. Kč. Ta vychází z odhadů nákladů na variantu 3 ve Studii, tj. variantu pořízení již existujícího řešení, bez nutnosti nákladného vývoje, která se podobá pořízení služby provizorního ISMS. Tento

postup zadavatel zvolil z důvodu časové tísně, aby zajistil softwarovou podporu po ukončení provozu stávajícího ISMS. Zadavatel dále zopakoval, že k odhadu 6,5 mil. GBP za 5 let, přepočteného na 188,5 mil. Kč, dospěl na základě rozhovoru s britskou kanceláří Deloitte, obeznámenou s průběhem irského tendru (srov. bod 51. tohoto odůvodnění) a dodal, že výpočet vychází ze Studie, nicméně samotná částka (ani částka 94,3 mil. Kč za dobu 30 měsíců odpovídající veřejné zakázce) v ní uvedena není, přiložil proto zápis z šetření k variantě 3, kde tento odhad zachytil.

93. Zadavatel tak uzavřel, že na základě výše uvedených referenčních hodnot vyhodnotil, že nabídková cena vybraného dodavatele rozhodně není MNNC. Zadavatel zdůrazňuje, že zachycení podrobných výpočtů (v rozhodnutí o námitkách a vyjádřeních pro Úřad) nebylo pro posouzení nabídkové ceny třeba, protože všichni členové komise byli obeznámeni s cenovými intervaly a bylo tak na první pohled zřejmé, že nabídková cena je výrazně nad cenovými intervaly, s nimiž zadavatel uvažoval v „ideální“ variantě.
94. Dne 6. 11. 2019 a dne 12. 12. 2019 bylo navrhovateli umožněno nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0373/2019/VZ. Dne 12. 11. 2019 a dne 17. 12. 2019 bylo vybranému dodavateli umožněno nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0373/2019/VZ. Dne 16. 12. 2019 bylo zadavateli umožněno nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0373/2019/VZ.
95. Dne 4. 12. 2019 Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-33417/2019/523/JMa nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli zakázal uzavřít v zadávacím řízení na veřejnou zakázku smlouvu.
96. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-34401/2019/523/DFi ze dne 12. 12. 2019 určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
97. K podkladům rozhodnutí zadavatel dne 17. 12. 2019 Úřadu sdělil, že odkazuje na svá dřívější vyjádření a sdělení ve věci.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 19. 12. 2019

98. K podkladům rozhodnutí se ve stanovené lhůtě vyjádřil navrhovatel dne 19. 12. 2019 (dále jen „vyjádření navrhovatele k podkladům I“).
99. Navrhovatel se ve vyjádření k podkladům I nejprve vyjadřuje k otázce tvrzené MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Uvádí, že tato je výsledkem technicky nerealizovatelného řešení vybraného dodavatele. Zároveň rozporuje relevantnost Studie a PTK, když Studie dle navrhovatele pracuje s fiktivními a nesrovnatelnými situacemi pro posouzení MNNC ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Uvádí, že v souladu se zákonem se MNNC posuzuje ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, který však není definován Studií. Opětovně pak poukazuje na velké rozptyly mezi nabídkovými cenami účastníků a cenovými odhady vycházejícími z PTK a Studie. Dle navrhovatele je předmět veřejné zakázky relevantním způsobem kvantifikován a vyjádřen pouze předpokládanou hodnotou, nikoliv dalšími spekulativními výpočty zadavatele.
100. K otázce neuznatelnosti sporné reference navrhovatel pouze opakuje, že sporná reference dle jeho názoru nebyla splněna řádně, přičemž uvádí, že je na zadavateli, aby prezentoval konstruktivní úvahu, na základě které bude možné relativizovat nastíněné indicie o pochybení vybraného dodavatele při plnění zakázky na spornou referenci.

101. Na závěr vyjádření navrhovatele k podkladům I navrhovatel uvádí, že vybraný dodavatel de facto potvrdil, že počítá s řešením, které je nereálné, resp. založené na porušení licenčních práv navrhovatele, potažmo dalších osob. Uvádí, že pokud bude mít vybraný dodavatel k dispozici zálohový plán, potažmo datový model stávajícího ISMS, bude to jednoznačný důkaz porušení licenčních práv navrhovatele, který závazek k jejich poskytnutí neakceptoval. Odmítá zároveň variantu obnovy dat ze zálohovacích pásek, když tyto nemohou být dle navrhovatele předány vybranému dodavateli bez porušení licenčních práv dalších subjektů. Postup primární migrace nastíněný vybraným dodavatelem v jeho vyjádření pak dle navrhovatele nemá oporu v textu zadávací dokumentace. Dle navrhovatele nejspíš nemohl vybraný dodavatel získat v souladu se zákonem informace o tom, že by mu zadavatel dal k dispozici zálohovací pásky či přístup do databáze Oracle.

IV. ROZHODNUTÍ VE VĚCI

102. Dne 30. 12. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-35864/2019/523/JMa z téhož dne (dále jen „napadené rozhodnutí“ nebo také „původní rozhodnutí“), kterým Úřad podle § 265 písm. a) zákona návrh zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

V. ŘÍZENÍ O ROZKLADU

Řízení o rozkladu

103. Dne 13. 1. 2020 byl Úřadu prostřednictvím datové schránky doručen rozklad navrhovatele z téhož dne (dále jen „rozklad“) proti původnímu rozhodnutí, ve kterém se domáhal zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci prvnímu stupni k dalšímu šetření.

104. V podaném rozkladu navrhovatel primárně tvrdí, že Úřad zásadně pochybil, když rezignoval na dostatečné vyhodnocení skutkového stavu, o kterém by nebyly důvodné pochybnosti. Tato rozkladová námitka míří zejména na tvrzenou neschopnost vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku v souladu s požadavky zadavatele, zejména na primární migraci dat. Dle navrhovatele měl Úřad vyhodnotit podrobnou technicko-právní argumentaci navrhovatele.

105. V případě tvrzené MNNC vybraného dodavatele Úřad zcela nedostatečně posoudil existenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele a vychází z dokumentů, které nebyly součástí dokumentace o zadávacím řízení, srovnávající abstraktní úvahy o možných variantách řešení bez zohlednění souvislosti a složitosti předmětu veřejné zakázky a všech povinností budoucího dodavatele. Takový postup dle navrhovatele nemá oporu v zákoně a nemůže popřít jeho konkrétní argumentaci.

106. Dle navrhovatele se Úřad nedostatečně zabýval argumentací týkající se neprokázání technické kvalifikace a na podkladě „formalistické úvahy“ přehlížel materiální aspekty a bez věcných argumentů se přiklonil na stranu zadavatele, aniž by vyhodnotil důkazy o tom, že klíčová reference vybraného dodavatele nebyla plněna řádně a v požadovaném objemu.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 3. 2020

107. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-09092//2020/323/PBI ze dne 23. 3. 2020, vydaným v řízení o rozkladu vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0009/2020/VZ

(dále jen „rozhodnutí o rozkladu“), které nabylo právní moci téhož dne, napadené rozhodnutí zrušil.

108. Dle předsedy Úřadu nebyly ze strany Úřadu řádně vyřízeny námitky týkající se tvrzeného nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem podle odst. 4.5 zadávací dokumentace, konkrétně že *„převažující rozsah aplikace MS2014+ prokazatelně vznikl (byl vytvořen, dodán a implementován Ministerstvu pro místní rozvoj) v termínu od 6. 6. 2013 do července roku 2014, tedy v době předcházející limitu pěti let před zahájením zadávacího řízení na Veřejnou zakázku“*, a že *„podle příslušné Smlouvy o dílo však později než v červenci roku 2014 měla být účtována částka nanejvýše cca 26,9 mil. Kč“*.
109. Dle předsedy Úřadu dále nebyla ze strany Úřadu řádně vyřízena námitka týkající se uznatelného rozsahu sporné reference, kdy dle navrhovatele nelze do finančního objemu 90 mil. Kč bez DPH v rozhodném období zahrnout i rozvoj a údržbu, resp. servisní podporu aplikace MS2014+.
110. Úřad by se tedy dle předsedy Úřadu měl věci opakovaně zabývat, řádně vypořádat námitky uvedené v bodech 108. a 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí a posoudit tak, zda zadavatel postupoval správně, když dospěl k závěru, že sporná reference (společně se zakázkami Informační systém evidence majetku a Informační systém pro jednotnou evidenci majetku) splňuje jeho požadavky na významnou službu č. 1. Za tím účelem Úřad doplní skutková zjištění opřena o důkazy vycházející z důkazních prostředků založených ve spisu a zařazených mezi podklady rozhodnutí.
111. Ve vztahu k námitce uvedené v bodě 108. odůvodnění tohoto rozhodnutí by Úřad měl vyjasnit datum dokončení plnění dle smlouvy o dílo a tuto skutečnost podložit řádným důkazním prostředkem nebo prostředky (např. potvrzením objednatele, které v odůvodnění nového rozhodnutí dostatečně identifikuje a zařadí mezi jeho podklady).
112. Ve vztahu k námitce uvedené v bodě 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad doplní zjištění skutkového stavu o informace ohledně dalších dvou smluv (tj. smluv odlišných od smlouvy o dílo) uzavřených na plnění sporné reference. Úřad zejména zjistí předmět, dobu a cenu plnění těchto smluv a v návaznosti na to posoudí, zda plnění na základě těchto smluv – společně se smlouvou o dílo a zakázkami Informační systém evidence majetku a Informační systém pro jednotnou evidenci majetku – naplňuje požadavky zadavatele na významnou službu č. 1. V rámci tohoto posouzení vypořádá Úřad námitku navrhovatele, že do souhrnného finančního objemu 90 mil. Kč bez DPH nelze zahrnout rozvoj (vývoj) a údržbu (servisní podporu) aplikace MS2014+, a to ve vztahu k požadavku zadavatele, že předmětem prokazované služby má být instalace informačního systému zahrnujícího ekonomicko-správní procesy a následný provoz tohoto systému, a/nebo hosting systému.

VI. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI ÚŘADEM

113. Úřad oznámil účastníkům řízení pokračování správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-10025/2020/523/JMa ze dne 1. 4. 2020.
114. Úřad se přípisem č. j. ÚOHS-11951/2020/523/JHn ze dne 21. 4. 2020 obrátil na objednatele s žádostí o zaslání informací a podkladů týkajících se dokončení a předání díla MS2014+, jakožto jednotlivých fází plnění smlouvy o dílo MS2014+, a to včetně zaslání podkladů, z nichž bude termín dokončení díla patrný, a dále kopie smlouvy o dílo MS2014+, servisní

smlouvy a bezpečnostní smlouvy, a to včetně případných dodatků uzavřených k citovaným smlouvám.

115. Objednatel požadované informace a podklady zaslal Úřadu dne 29. 4. 2020 a sdělil, že celé dílo bylo předáno objednateli ke dni 27. 2. 2015, kdy byla dokončena fáze A.9 „*Školení uživatelů*“ a uvedl i datum akceptace ostatních fází, přičemž tyto navíc podložil akceptačními protokoly. Z uvedených informací vyplývá, že poslední fází dokončenou před rozhodným obdobím byla fáze A.6 „*Pilotní provoz a akceptační testy*“ akceptovaná dne 28. 11. 2013, zatímco následující fáze A.7 „*Detailní design a vývoj Aplikace MS2014+*“ (dále jen „*fáze A.7*“) byla akceptována dne 31. 7. 2014 a fáze A.8 „*Akceptační testy*“ (dále jen „*fáze A.8*“) dne 29. 8. 2014, tj. již v rozhodném období.
116. Usnesením č. j. ÚOHS-13666/2020/523/JMa ze dne 7. 5. 2020 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
117. Dne 12. 5. 2020 byl navrhovatel a dne 13. 5. 2020 byl zadavateli odeslán prostřednictvím datové schránky obsah správního spisu k nahlédnutí, a to v jimi požadovaném rozsahu, přičemž Úřad dodává, že takovýto postup byl zvolen s ohledem k omezení provozu pro veřejnost v době nouzového stavu.
118. Usnesením č. j. ÚOHS-14020/2020/523/JMa ze dne 12. 5. 2020 byla na žádost zadavatele účastníkům řízení prodloužena lhůta, v níž byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 15. 5. 2020

119. K podkladům rozhodnutí se ve stanovené lhůtě vyjádřil navrhovatel dne 15. 5. 2020 (dále jen „*vyjádření navrhovatele k podkladům II*“).
120. Úřad nejprve uvádí, že navrhovatelova argumentace se do značné míry překrývá s jeho dřívější argumentací (zejména s argumentací v rozkladu).
121. Navrhovatel ve svém vyjádření uvedl, že vybraný dodavatel podle podané nabídky a ke dni podání nabídky nebyl a z větší části ani není schopen provést plnění předmětu veřejné zakázky bez porušení právních předpisů. To je dle navrhovatele prokázáno tím, že si zadavatel své pochybení uvědomil a uzavřením „*Smlouvy o poskytování služeb majetkového a ekonomického modulu - Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu III.*“ uzavřenou v jednacím řízení bez uveřejnění mezi zadavatelem a navrhovatelem dne 9. 12. 2019 (dále jen „*Provizorní smlouva na stávající ISMS*“) si sjednal jistou součinnost navrhovatele. Dle navrhovatele tím dal navrhovatel zadavatel fakticky za pravdu a mj. to potvrzuje, že nabídková cena vybraného dodavatele neobsahovala ocenění všech položek a složek potřebných k realizaci předmětu veřejné zakázky a byla mimořádně nízká z důvodu porušení právních předpisů, když každý účastník zadávacího řízení kalkuloval s odlišným rozsahem úkonů a činností pro realizaci předmětu veřejné zakázky.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 18. 5. 2020

122. K podkladům rozhodnutí se ve stanovené lhůtě vyjádřil zadavatel dne 18. 5. 2020 (dále jen „*vyjádření zadavatele k podkladům*“).
123. Zadavatel se nejprve odkazuje na svá dřívější vyjádření. Ve svém vyjádření pak blíže objasňuje data týkající se doby dokončení sporné reference a finančního rozsahu tohoto

plnění. V otázce řádnosti poskytnutého plnění pak zadavatel odkazuje na potvrzení objednatele služby a opakuje své dřívější argumenty z vyjádření k návrhu.

124. Dále zadavatel uvedl, že Provizorní smlouva na stávající ISMS je rozsahem a obsahem téměř totožná s plněním předmětu šetřené veřejné zakázky, přičemž navrhovatel toto plnění nabídl v ceně 286 900 000 Kč bez DPH. Jedná se tak o nižší cenu, než je nabídková cena vybraného dodavatele, kterou navrhovatel označuje za mimořádně nízkou. Navíc zadavatel doplňuje, že uzavřením citované smlouvy si zajistil provedení a převedení příslušných dokumentací a systémové příručky, na základě čehož má zadavatel v této chvíli již bez jakýchkoliv pochybností zajištěny podmínky pro úspěšnou primární migraci vybraným dodavatelem. I bez toho by však dle něj byla primární migrace sice složitá, ale proveditelná. Zadavatel však uvádí, že platí závěr prvostupňového rozhodnutí Úřadu, dle kterého nenáleží do pravomoci Úřadu přezkoumávat, zda vybraný dodavatel bude či nebude schopen veřejnou zakázku splnit.
125. Zadavatel pak dále ve svém vyjádření upozorňuje na to, že některá tvrzení navrhovatele přicházejí opožděně, tj. mohly být tvrzeny již v námitkách navrhovatele a je třeba je odmítnout podle § 82 odst. 4 správního řádu. Toto se dle zadavatele týká právě tvrzení souvisejících s faktickou nemožností plnění vybraného dodavatele, případně tvrzení, že vybraný dodavatel bude moci plnit pouze při porušení práv duševního vlastnictví.

VII. ZÁVĚRY ÚŘADU

Relevantní ustanovení právních předpisů

126. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
127. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
128. Podle § 16 odst. 6 zákona se předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanoví na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.
129. Podle § 33 zákona je zadavatel oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž; ustanovení § 211 odst. 1 se použije obdobně.
130. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může 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.
131. Podle § 79 odst. 3 zákona, pokud zadavatel nestanoví v zadávací dokumentaci jinak, považují se doby podle odstavce 2 písm. a) a b) za splněné, pokud byla dodávka, služba nebo stavební práce uvedená v příslušném seznamu v průběhu této doby dokončena; to neplatí u zakázek

pravidelné povahy, u nichž se pro účely prokázání technické kvalifikace považuje za rozhodný rozsah zakázky realizovaný v průběhu doby podle odstavce 2 písm. a) a b).

132. Podle § 113 odst. 1 zákona posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
133. Podle § 113 odst. 4 zákona zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že
- a. při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a
 - b. neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.
134. Podle § 123 zákona zadavatel odešle bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení
- a. zpráva o hodnocení nabídek, pokud proběhlo hodnocení nabídek,
 - b. výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat
 - (1) seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a
 - (2) u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,
 - (3) seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a),
 - (4) výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b).

K výroku rozhodnutí

K tvrzené mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dodavatele

135. Úřad se na úvod vyjadřuje k argumentaci navrhovatele, že zadavatel měl povinnost „řádně komunikovat“ s účastníky zadávacího řízení ohledně závěru o neexistenci MNNC u vybraného dodavatele, a to pro zachování transparentnosti zadávacího řízení.
136. Zásada transparentnosti zadávacího řízení pro zadavatele mj. znamená, že musí svůj postup v zadávacím řízení zaznamenat takovým způsobem, aby mohl být později přezkoumatelný jeho soulad se zákonem. Jinak řečeno, zásada transparentnosti zadávacího řízení by byla narušena tehdy, kdy by přezkum, zda zadavatel některou svou povinnost v zadávacím řízení neporušil, nebyl možný.

137. V šetřeném případě zadavatel zachytil posouzení existence MNNC v obou protokolech z jednání komise, přičemž dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká. Tyto protokoly jsou součástí dokumentace zadávacího řízení, účastníkům je však zadavatel nezaslal. Zadavatel účastníkům zadávacího řízení odeslal toliko oznámení o výběru, které v souladu se zákonem obsahovalo zprávu o hodnocení nabídek a výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele.
138. Úřad k tomu uvádí, že zákon na žádném místě zadavateli neukládá povinnost sdělovat účastníkům zadávacího řízení výsledek posouzení MNNC. Takovou povinnost však dle Úřadu nelze dovodit ani z povinnosti zadavatele postupovat v zadávacím řízení transparentně. Zákon po skončení lhůty pro podání nabídek nepočítá s žádným jiným úkonem oznamovaným účastníkům než s odesláním oznámení o výběru, před nímž má zadavatel povinnost MNNC posoudit. Zákon obsahuje taxativní výčet povinných obsahových náležitostí oznámení o výběru (srov. bod 137. tohoto odůvodnění). Jelikož však posouzení MNNC nespadá ani pod hodnocení nabídek, ani pod posouzení splnění podmínek účasti, zadavatel není povinen výsledek takového posouzení do oznámení o výběru zachytit.
139. Zásada transparentnosti tímto „nesdělením“ nikterak netrpí, když posouzení MNNC zadavatel provádí pro svou vlastní ochranu před příliš nízkou nabídkovou cenou, za kterou by vybraný dodavatel nebyl schopen veřejnou zakázku řádně a včas (s)plnit. Je pravdou, že uvedením výsledku posouzení MNNC v oznámení o výběru by zadavatel předešel pochybnostem o tom, zda se problematikou MNNC v nabídce vybraného dodavatele vůbec zabýval. To však nic nemění na skutečnosti, že zákon mu takovou povinnost neukládá, a to ani odvozeně. Práva navrhovatele tím přitom nebyla nikterak dotčena, když mu takovýto postup zadavatele nebránil podat kvůli tvrzené MNNC v nabídce vybraného dodavatele námitky a později návrh k Úřadu. Až v těchto fázích (za situace, že MNNC v nabídce vybraného dodavatele neshledal) byl zadavatel povinen se k otázce MNNC v nabídce vybraného dodavatele vyjádřit a zároveň svůj postup i odůvodnit, což také učinil.
140. Používá-li navrhovatel analogii s oznámením o zrušení veřejné zakázky, kde v souladu s rozhodovací praxí musí zadavatel zrušení veřejné zakázky odůvodnit, a to z důvodu zachování transparentnosti, musí Úřad uvést, že není příležitá. Úřad na tomto místě souhlasí se zadavatelem, že rozdíl spočívá v tom, že oznámení o zrušení zadávacího řízení musí zadavatel účastníkům v souladu s § 128 odst. 1 zákona sdělit a odůvodnění tohoto zrušení je pak již jen rozšířením zákonem dané povinnosti, která však u posouzení MNNC vůbec není. Celý institut zrušení zadávacího řízení je pak koncipován odlišně, než institut MNNC. Taxativním výčtem důvodů zrušení zadávacího řízení a jeho odůvodněním je zadavatelům bráněno, aby svévolně rušili zadávací řízení (například v případech, kdy by jim „nevyhovoval“ výsledek zadávacího řízení). Slouží tak k ochraně dodavatelů a jejich právu účastnit se otevřené hospodářské soutěže. Naproti tomu institut MNNC chrání primárně zadavatele a nesdělení výsledku posouzení MNNC účastníkům řízení transparentnost soutěže nikterak nenarušuje. Narušen by byl dle Úřadu až ve chvíli, kdy by zadavatel takové posouzení vůbec neprovedl (kromě skutečnosti, že by nesplnil svou zákonem stanovenou povinnost), neboť by mohly vzniknout pochybnosti o pravých důvodech nevyužití tohoto institutu, který má chránit zadavatele před situací, kdy se dostane do smluvního závazku s dodavatelem, který za „vysoutěžených“ podmínek nebude moci reálně veřejnou zakázku splnit.

141. Úřad tak v této dílčí otázce uzavírá, že pokud zadavatel neidentifikoval MNNC v nabídce vybraného dodavatele, nebyl povinen tento výsledek posouzení účastníkům sdělit. Pro úplnost dodává, že navrhovatelem odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu (srov. bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí) na daný případ taktéž skutkově nedopadá, když zmíněný rozsudek se zabýval nesdělením všech relevantních informací o hodnocení nabídek. Posouzení MNNC není součástí procesu hodnocení nabídek.
142. K samotné navrhovatelem namítané mimořádně nízké nabídkové ceně u vybraného dodavatele Úřad nejprve uvádí, že se nelze ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že trvá-li zadavatel na tom, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, je povinen vyvrátit i nejmenší dílčí indicie. Dle Úřadu takovýto výklad neodpovídá reálnému postupu při posuzování nabídkových cen z hlediska MNNC. Jak zadavatel uvedl, očekával nabídkové ceny v určitém intervalu, určeném na základě různých cenových informací. Ve chvíli, kdy se nabídková cena vybraného dodavatele v tomto intervalu pohybovala a nezískali žádné jiné indicie o tom, že by se mohlo jednat o MNNC, byl jeho závěr, že nabídkovou cenu neposoudil jako MNNC, správný.
143. Úřad upozorňuje, že jeho pravomoc spočívá toliko v přezkumu zákonnosti postupů zadavatele. V případě splnění zadavatelovy povinnosti posoudit MNNC tak může přezkoumat toliko skutečnost, zda tuto povinnost splnil a zda tak učinil v souladu se zásadami zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti. Není naopak na Úřadu, aby svými úvahami nahrazoval myšlenkové postupy zadavatele při posuzování MNNC. V šetřeném případě zadavatel uvádí, že v době před výběrem dodavatele neměl indicie o tom, že by nabídka vybraného dodavatele obsahovala MNNC, přičemž své posouzení Úřadu podrobně objasnil zejména ve vyjádření ze dne 5. 12. 2019 (srov. body 89. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž z tohoto objasnění je patrné, že zadavatel se cenovými relacemi, ve kterých by se potenciální dodavatelé mohli se svými nabídkovými cenami pohybovat, poměrně podrobně zabýval. To dokazuje i skutečnost, že provedl PTK a nechal si zpracovat Studii, které také použil jako podklady pro očekávané rozmezí nabídkových cen.
144. Co se týká rozdílu mezi nabídkovými cenami navrhovatele a vybraného dodavatele přesahujícího 30 %, pak tento dle Úřadu sám o sobě indicií o MNNC v šetřeném případě pro zadavatele být nemusel. Ačkoliv procentuální rozdíl v cenových nabídkách jednotlivých účastníků může v některých případech sám o sobě existenci MNNC indikovat, dle Úřadu je uplatnění tohoto přístupu při obdržení pouze dvou nabídek přinejmenším problematické, když zadavatel nemá k dispozici dostatečný „vzorek“ nabídek. Zejména pak v situaci, kdy druhou nabídkou byla nabídka navrhovatele, jakožto současného dodavatele, jehož současné řešení zadavatel považoval na základě svých cenových informací (závěry NKÚ, Studie) za příliš drahé a očekával nabídkové ceny výrazně nižší. Úřad na tomto místě upozorňuje, že posuzuje toliko postup zadavatele při posouzení MNNC před výběrem dodavatele, konkrétně jeho zákonnost a transparentnost, nikoliv samotné myšlenkové postupy zadavatele. Přitom na základě všech výše uvedených skutečností uzavírá, že zadavatelem provedené posouzení bylo provedeno v souladu se zákonem. Pro úplnost Úřad dodává, že zadavatel v takové situaci tedy ani nebyl povinen aktivovat postup podle § 113 odst. 4 zákona. Ačkoliv samotný zadavatel nemusel mít indicie o existenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele, mohly mu vzniknout na základě námitek, resp. návrhu navrhovatele.

145. Navrhovatel odkazoval zejména na své zkušenosti, kterými vybraný dodavatel nedisponuje, a vybraný dodavatel tak dle něj nedocenil rizika, která budou na straně budoucího poskytovatele služeb. Úřad k tomu uvádí, že takový argument je zcela obecný a navrhovatel žádným způsobem neprokazuje (např. výpočtem nutných nákladů), že by službu za nabídkovou cenu vybraného dodavatele nebylo možné poskytnout.
146. Otázka, zda je dřívější rozhodovací praxe k institutu MNNC aplikovatelná za současné úpravy, není v dané situaci relevantní, když zadavatel ani s navrhovatelem odkazovanou rozhodovací praxí není v rozporu. Co se týká samotného rozdílu nabídkových cen, odkazuje Úřad na bod 144. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Rozhodnutí č. j. ÚOHS-S541/2014/VZ-1903/2015/541/JCh ze dne 20. 1. 2015 pak mluví o rozdílech dvou. Nejprve o rozdílu mezi předpokládanou hodnotou veřejné zakázky a nabídkovou cenou posuzovaného účastníka (rozhodnutí používá výraz uchazeč dle terminologie tehdejší právní úpravy), který v šetřeném případě činí cca 28 %, tj. nepřesahuje hranici 30 %. I kdyby tak Úřad souhlasil s tvrzením navrhovatele ve vyjádření k podkladům, že jediným relevantním způsobem kvantifikace předmětu veřejné zakázky je předpokládaná hodnota veřejné zakázky, pak ani v takovém případě by nešlo o jednoznačnou indikaci MNNC, když rozdíl mezi předpokládanou hodnotou a nabídkovou cenou vybraného dodavatele nepřesahuje hranici 30 % (uváděnou např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0106/2018/VZ-14022/2018/522/NRi ze dne 11. 5. 2018, na které odkazovali ve svých podáních jak navrhovatel, tak zadavatel). Navíc, jak je uvedeno výše, zadavatel na základě svých cenových informací očekával nabídky s nižší nabídkovou cenou, než jaká byla stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Citované rozhodnutí dále hovoří o rozdílu mezi průměrnou nabídkovou cenou účastníků (přičemž neuvádí, že by měl být z tohoto průměru posuzovaný účastník vyjmut), který v šetřeném případě činí cca 20 %. Úřad však pro úplnost uvádí, že i tento způsob indikace MNNC není příhodný pro situaci, kdy zadavatel obdržel toliko dvě nabídky.
147. Jak sám navrhovatel uvedl, se Studií nebyl seznámen a nemohl tak konfrontovat tvrzení zadavatele, který se na Studii v rozhodnutí o námitkách, stejně jako i v pozdějších vyjádřeních, odkazoval. Navrhovatel tedy neposkytl Úřadu žádný reálný argument, proč by závěry Studie nemohly být použity jako informace o očekávaných nabídkových cenách. Ve vztahu ke Studii tak nelze souhlasit s navrhovatelovým tvrzením, že jediným indikátorem zadavatele o nabídkové ceně, která nevykazuje znaky MNNC, je pouze a jediné samotná soutěž v zadávacím řízení, když navrhovatel neví, jaké informace Studie obsahuje.
148. Zadavatel Studii poskytl Úřadu a ten po jejím prostudování uvádí, že ve Studii bylo stávající řešení ISMS vyhodnoceno pro zajištění agendy zadavatele jako velice nákladné. Byly zvažovány různé varianty řešení, z nichž se zadavatel zahájením zadávacího řízení nejvíce přiblížil variantě třetí, na základě které také dospěl k odhadu nabídkové ceny 94,3 mil. Kč. Úřad tak znovu opakuje, že zadavatel se odhadu, v jakých nabídkových cenách by se mohli dodavatelé „pohybovat“, věnoval a navrhovatel nepředložil žádný konkrétní důvod, proč by takto získané cenové informace nemohly být relevantní pro určení hranice MNNC.
149. Ve vztahu k cenové informaci získané z PTK je pak situace obdobná. Navrhovatel s její relevancí sice nesouhlasí, zároveň však nijak nedokládá, proč není reálná. Uvádí toliko, že dodavatel, který odhad 120 – 160 mil. Kč uvedl, sám nabídku nepodal a že zadávací podmínky byly oproti informacím z PTK podstatným způsobem doplněny. Ke skutečnosti, že dodavatel nepodal v zadávacím řízení nabídku, Úřad uvádí, že nevidí souvislost mezi

nepodáním nabídky a odhadem nabídkové ceny v rámci PTK. Odhadem nabídkové ceny dodavatel nebyl vázán, pokud by mu po zveřejnění zadávacích podmínek přišla příliš nízká, nic mu nebránilo nabídnout cenu vyšší. Reálný důvod pro nepodání nabídky dodavatele však může být jakýkoliv a dle Úřadu její nepodání o ničem nesvědčí. Stejně tak Úřad nevidí důvod, proč by doplnění zadávacích podmínek samo o sobě muselo vést k navýšení nákladů, a to zejména v situaci, kdy navrhovatel neuvádí ani příkladmo, jaké doplněné zadávací podmínky měly mít za následek tvrzený nárůst nabídkových cen.

150. Úřad přitom uvádí, že do jisté míry teoretická povaha Studie (ale koneckonců i PTK), kdy posuzované varianty neodpovídají zcela přesně požadavkům na předmět plnění podle zadávacích podmínek veřejné zakázky, nijak nesnižuje její relevanci jako podkladu pro zadavatele, jaké může očekávat nabídkové ceny. Pokud zadavatel dospěl na základě Studie a PTK k přesvědčení, že stávající plnění je příliš nákladné, a že může očekávat v zadávacím řízení nabídkové ceny veřejné zakázky nižší, pak mu dle Úřadu nemusela vzniknout žádná pochybnost o nabídkové ceně vybraného dodavatele jako mimořádně nízké. Pro úplnost Úřad uvádí, že na základě těchto podkladů zadavatel dle svého tvrzení toliko očekával „nižší“ nabídkové ceny a bral je tak v potaz při posuzování existence MNNC v nabídce vybraného dodavatele, tj. nestanovoval podle nich předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a nebyl tak dle Úřadu povinen učinit je součástí zadávací dokumentace. Předpokládanou hodnotu naopak stanovil podle stávajícího řešení a Úřad na tomto místě připomíná, že rozdíl mezi předpokládanou hodnotou a nabídkovou cenou vybraného dodavatele nedosahuje ani rozdílu 30 % (srov. bod 146. tohoto odůvodnění).
151. Tvrzení navrhovatele o tom, že zadavatel nevyzval vybraného dodavatele k objasnění nabídkové ceny, protože ten by si svou cenotvorbu nedokázal racionálně obhájit, jsou zcela spekulativní a ničím nepodložené. To ostatně platí i pro tvrzení, že postup zadavatele povede k úpravám závazků ze smlouvy postupem dle § 222 zákona, čímž bude popřen smysl a účel zadávacího řízení (bez ohledu na skutečnost, že zadavatel má právo změn závazků využít, pokud tak učiní v souladu se zákonem).
152. Úřad tak uzavírá, že zadavatel při posuzování nabídky vybraného dodavatele i při vyřizování námitek navrhovatele ve vztahu k MNNC z hlediska zákona nijak nepochybil. Pokud navrhovatel tvrdí, že zadavatel měl k dispozici jasné indicie o MNNC v nabídce vybraného dodavatele (ať už ve fázi před výběrem nabídek, tak na základě argumentů navrhovatele), pak Úřad uvádí, že s tímto tvrzením navrhovatele nemůže souhlasit.

K tvrzení neúplného posouzení technické kvalifikace vybraného dodavatele

153. Na úvod k otázce posouzení technické kvalifikace ze strany zadavatele Úřad uvádí, že rozhodné období pěti let [zadavatel tak využil možnosti zohledňovat doklady za dobu delší než 3 roky pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže v souladu s § 79 odst. 2 písm. b) zákona, pozn. Úřadu] pro uznání významné služby podle čl. 4 odst. 4.5 zadávací dokumentace je ohraničeno daty 15. 7. 2014 a 15. 7. 2019. Pokud tedy navrhovatel uvádí, že převažující část plnění sporné reference vznikla v termínu od 6. 6. 2013 do července roku 2014, pak se částečně shoduje se zadavatelem, který uvedl (a objednatel mu tuto informaci potvrdil), že vytvoření, dodávka a implementace aplikace MS2014+ byly dokončeny a předány ve lhůtě do 31. 7. 2014, tj. v rozhodném období, když právě dokončení referenční zakázky je v souladu s § 79 odst. 3 zákona rozhodující.

154. Zadavatel si datum dokončení díla MS2014+, jakož i další informace týkající se sporné reference, ověřoval u objednatele žádostí o informace ze dne 24. 9. 2019 (dále jen „žádost zadavatele na objednatele“), když se objednatel nejprve dotazoval, zda informace uvedené vybraným dodavatelem týkající se sporné reference (které zadavatel zároveň uvedl v rozhodnutí o výběru) jsou pravdivé, tj. včetně finančního objemu „více než 90 mil. Kč bez DPH“ a doby plnění „06/2013 – dosud“. Dále si u objednatele ověřoval, k jakému datu bylo dílo předáno, k jakému datu jej objednatel považuje za řádně dokončené a kdy byla fáze A.7 předána a akceptována objednatelem. Dále se zadavatel dotazoval, zda sporná reference byla realizována řádně a včas a zda se vybraný dodavatel při jejím plnění dopustil pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 zákona.
155. Objednatel zadavateli v odpovědi ze dne 25. 9. 2019 (dále jen „odpověď objednatele zadavateli“) potvrdil správnost všech informací uvedených vybraným dodavatelem týkajících se sporné reference. Zároveň uvedl, že fáze A.8 byla akceptována dne 29. 8. 2014 a k oficiálnímu spuštění aplikace MS2014+ došlo 4. 11. 2014. Fáze A.7 pak byla akceptována 31. 7. 2014. Dále objednatel sdělil, že plnění bylo realizováno v odpovídající kvalitě a vybraný dodavatel se při plnění nedopustil pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 zákona.
156. Úřad uvádí, že v souladu s rozhodnutím o rozkladu výše uvedenou žádost zadavatele na objednatele a odpověď objednatele zadavateli zařadil mezi podklady rozhodnutí. Úřad se rovněž obrátil na objednatele s žádostí o další informace a podklady, jak je uvedeno v bodě 114. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Z informací a podkladů zaslanych objednatelem Úřad ověřil, že fáze A.7 a A.8 byly akceptovány dne 31. 7. 2014, resp. 29. 8. 2014, a že k akceptaci poslední fáze díla A.9 došlo dne 27. 2. 2015. K předání celého díla tak došlo až posledně uvedeného dne a právě k tomuto dni tak objednatel (a na základě provedeného šetření ostatně i Úřad) považuje dílo za řádně dokončené. Úřad však zároveň uvádí, že i kdyby snad měly vzniknout pochybnosti o tom, že dílo bylo dokončeno až tímto datem (které však Úřadu nevznikly a tuto úvahu uvádí pouze pro ilustraci), nepochybně to mohlo být nejdříve po provedení akceptačních testů, tj. fáze A.8, která rovněž spadá do rozhodného období pro uznání sporné reference (tj. období od 15. 7. 2014 do 15. 7. 2019). K právě uvedenému pak lze doplnit, že v žádném případě též nelze dle smlouvy o dílo MS2014+ dílo považovat za dokončené v případě, kdy je teprve předáno k pilotnímu provozu a ještě není dokončena ani fáze designu a vývoje aplikace, tj. teprve po akceptaci fáze A.6, která je poslední fází, jež byla akceptována před rozhodným obdobím. To ostatně potvrzuje i zpráva Ministerstva financí na str. 107, kde je uvedeno, že předání vlastního plnění podle smlouvy o dílo MS2014+ bylo uskutečněno dne 27. 8. 2014 a plánované ukončení realizace pak bylo ke dni 28. 2. 2015.
157. Na základě výše uvedeného Úřad dospěl k dílčímu závěru, že plnění ze smlouvy o dílo MS2014+ lze považovat za ukončené v rozhodném období. Zároveň však uvádí, že podle odst. 5.1 smlouvy o dílo MS2014+ byla cena plnění pouze 49 402 400 Kč bez DPH, tj. sama o sobě nedosahovala výše 90 mil. Kč bez DPH podle čl. 4 odst. 4.5 zadávací dokumentace. Úřad tak na tomto místě dospěl toliko k dílčímu závěru, že plnění podle smlouvy o dílo MS2014+ lze pro splnění reference uznat z hlediska časového rozmezí, a že částku za toto plnění lze do celkové částky požadované pro uznání Významné služby zahrnout.
158. Následně se Úřad zabýval otázkou, zda lze v rámci posouzení splnění Významné služby uznat i plnění související s pořízením aplikace MS2014+, tj. služby servisu a rozvoje aplikace podle servisní smlouvy.

159. Úřad na tomto místě uvádí, že zadavatel pro uznání Významné služby požadoval dodávku „on premise“, tzn. lokální instalaci systému a jeho následný provoz, a/nebo poskytnutí systému jako služby, tzn. hosting systému (dále jen „SaaS“). Úřad uvádí, že v případě aplikace MS2014+ se jednalo o dodávku *on premise*, a to právě na základě smlouvy o dílo MS2014+, přičemž následný servis a rozvoj byl zajištěn na základě servisní smlouvy. Úřad uvádí, že při posuzování splnění kvalifikace ze strany zadavatele (resp. následného posuzování tohoto posouzení ze strany Úřadu) musí být mj. přihlíženo také k účelu, ke kterému kvalifikace slouží, tj. k omezení okruhu dodavatelů pouze na ty, kteří jsou „kvalifikováni“ řádně splnit předmět veřejné zakázky.
160. Předmětem veřejné zakázky je přitom poskytování služeb provizorního ISMS, sestávajících se z poskytnutí přístupu zadavateli k provizornímu ISMS, technické a provozní podpory, zajištění školení uživatelů při nasazení provizorního ISMS i dalších školení na objednávku a dále pak i služby rozvoje provizorního ISMS (srov. bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného je patrné, že předmětem plnění veřejné zakázky jsou vedle samotné iniciace systému i služby servisu a provozu (které jsou v zadávací dokumentaci uváděny dohromady a nelze je dle Úřadu oddělovat tak, jak činí navrhovatel, ostatně jako tomu bylo i u servisní smlouvy u aplikace MS2014+ dle čl. III, odst. 3.1, bodu 3.1.1, kde je rovněž provoz a služby servisní podpory vymezen v témže bodě, zatímco rozvoj aplikace je pak uveden samostatně v násl. dvou bodech servisní smlouvy) a dále služby rozvoje systému.
161. Úřad uvádí, že je-li předmětem plnění veřejné zakázky vedle samotné iniciace služby i její provoz, servis a rozvoj, pak dle Úřadu postupoval zadavatel správně, když v rámci posouzení sporné reference uznal i plnění spočívající v servisu a rozvoji. Servis systému Úřad považuje za plnění úzce spojené s pojmem provoz. Rozvoj systému pak lze dle názoru Úřadu považovat za plnění, které lze z logiky věci považovat za náročnější, než „pouhý“ provoz již vytvořeného systému. Úřad k tomu uvádí, že i z laického pohledu je zřejmé, že obecně bude náročnější systém rozvíjet o další požadavky a funkcionality na základě potřeb a požadavků zákazníka, než již hotový systém „pouze“ udržovat při chodu, tj. zajišťovat jeho provoz. Dle Úřadu by tak bylo od zadavatele naopak nepřiměřené, resp. nesledující účel stanovení kritérií kvalifikace, neuznat v rámci posuzování kvalifikace plnění, které vedle samotného dodání a následného provozu, zahrnovalo i rozvoj. Vzhledem ke skutečnosti, že cena služeb podle servisní smlouvy za 4 roky dle zprávy Ministerstva financí činí více než 444 mil. Kč a objednatel zadavateli potvrdil, že finanční objem sporné reference přesahuje 90 mil. Kč, nebylo důvodu, aby zadavateli vznikly pochybnosti o tom, že sporná reference požadavky na finanční rozsah pro uznání Významné služby splňuje. K uvedenému je nutno doplnit, že přitom cena jen za služby servisu a provozu činila dle čl. V. odst. 5.1 bodu 5.1.1 servisní smlouvy 7 711 200 Kč bez DPH měsíčně (přede dnem 1. 9. 2014 to bylo podle cit. bodu servisní smlouvy s odkazem na čl. IV. odst. 4.1 bod 4.1.2 servisní smlouvy pouze 80 % z této částky). Lze proto učinit dílčí závěr, že jen od 1. 9. 2014 tak bylo do července 2019 (tj. do posledního celého měsíce před koncem lhůty pro podání nabídek, která byla dle čl. 11 odst. 11.3 zadávací dokumentace stanovena na 15. 8. 2019) poskytnuto plnění podpory a servisních služeb v celkové hodnotě 454 960 800 Kč bez DPH (toto číslo tvoří součin počtu celých měsíců od září 2014 do července 2019, tj. 59 a ceny servisu a podpory za měsíc plnění ve výši 7 711 200 Kč). I kdyby snad Úřad přistoupil k výkladu, že pro posouzení splnění požadavků na Významnou službu nebylo možné uznat plnění spočívající v rozvoji (což však Úřad nečiní a považuje takové plnění za uznatelné), stále by cena za dodání a následný

provoz systému (zahrnující servis) činila téměř půl miliardy korun bez DPH a mnohonásobně by přesahovala požadavky zadavatele. Pro úplnost Úřad uvádí, že bezpečnostní smlouva, ačkoliv byla uzavřena na základě veřejné zakázky na pořízení aplikace MS2014+, zahrnuje toliko závazek stran týkající se důvěrných informací získaných v souvislosti s cit. veřejnou zakázkou a neobsahuje žádnou cenu plnění.

162. Navrhovatel dále tvrdil, že sporná reference neměla být uznána z důvodu, že nebyla realizována řádně, tj. v odpovídající kvalitě, přičemž se odkazuje na zprávu Ministerstva financí a kontrolní závěr NKÚ. Uvedl, že závěry zmíněných kontrolních orgánů hovořily o nedostatcích z hlediska funkčnosti či o nezpřístupnění veškerých deklarovaných funkcionalit.
163. Úřad k tomuto nejprve uvádí, že ze zprávy Ministerstva financí ani z kontrolního závěru NKÚ neplyne, že by uvedené nedostatky vznikly pochybením na straně vybraného dodavatele, či že by vybraný dodavatel veřejnou zakázku jinak neplnil řádně a včas. Navrhovatelovo tvrzení, že pochybení ohledně funkčnosti systému lze přičíst pouze a jediné vybranému dodavateli, nemá ve zmíněných dokumentech oporu. Stejně tak si lze totiž představit situaci, kdy případné nedostatky v dodávaném produktu jsou způsobeny nesprávným nastavením požadavků či jinými externími vlivy.
164. Pokud navrhovatel tvrdí, že se zadavatel nemůže „tendenčně“ přiklonit na stranu objednatele, pak Úřad reaguje tak, že není nikdo povolanejší, na čí tvrzení by měli zadavatelé při ověřování referencí dát, než právě objednatelé. Není pravdou, že by takový postup zadavatele odmítala navrhovatelem prezentovaná judikatura, tj. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 9. 2015, sp. zn. 62 Af 15/2014. Ten toliko tvrdí, že zadavatel nemá povinnost slepě přijmout jakékoliv osvědčení, ale musí mít oprávnění prověřit i obsahovou stránku těchto osvědčení a závěr ohledně splnění kvalifikace učinit právě s ohledem na tuto obsahovou stránku. Z uvedeného je patrné, že citovaný rozsudek hovoří toliko o tom, že zadavatel má právo blíže ověřovat reference, nikoliv, že by měl povinnost tak činit. To vychází zejména z povahy technické kvalifikace, kdy se zadavatel použitím technické kvalifikace brání před tím, aby musel vybrat dodavatele, jehož nabídka sice bude ekonomicky nejvýhodnější, nicméně tento dodavatel nebude dostatečně kvalifikovaný k plnění veřejné zakázky (tj. nebude dána dostatečná pravděpodobnost poskytnutí plnění v odpovídající kvalitě). Z citovaného rozsudku tedy nevyplývá, že by se zadavatel při ověřování reference nemohl spolehnout na tvrzení objednatele.
165. Úřad naopak uvádí, že pokud by zadavatel v rámci posouzení nabídek odmítl uznat spornou referenci vybraného dodavatele nebo by jej vyloučil ze zadávacího řízení, a to navzdory potvrzení od objednatele, že plnění sporné reference ze strany vybraného dodavatele byla realizována v odpovídající kvalitě, a že vybraný dodavatel se nedopustil při plnění svých závazků pochybení závažných, nebo dlouhodobých, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, pak naopak tímto postupem by se zadavatel mohl dopustit porušení zákona. Zadavatel by totiž mohl tyto instituty použít pouze za předpokladu, že by mohl prokázat, že vybraný dodavatel spornou referenci neplnil řádně.
166. Úřad pro úplnost uvádí, že z důvodu ochrany důvěrných informací v ní obsažených záměrně nezařadil nabídku vybraného dodavatele mezi podklady rozhodnutí, když veškeré informace

důležité pro posouzení postupu zadavatele při posuzování splnění kvalifikace ze strany vybraného dodavatele obsahuje rozhodnutí o výběru dodavatele, tj. obsahuje zejména znění sporné reference a mezi účastníky řízení o obsahové správnosti údajů v něm uvedených není jakýchkoliv pochyb.

167. Úřad tak uzavírá, že zadavatel při posouzení technické kvalifikace nepochybil, když uznal spornou referenci jako Významnou službu a posoudil technickou kvalifikaci vybraného dodavatele z tohoto důvodu jako prokázanou, neboť sporná reference splňuje požadavky na finanční objem i časový rozsah stanovené zadávací dokumentací. Zadavatel přitom správně přistoupil k ověření údajů u objednatele, pro kterého byla sporná reference realizována, tj. u subjektu k potvrzení správnosti reference z podstaty věci nejpopovolanějšího. Ten mu potvrdil, že všechny informace uvedené ke sporné referenci jsou pravdivé, že plnění označené ve sporné referenci byla realizována v odpovídající kvalitě, tj. řádně a včas, a že vybraný dodavatel se při plnění svých závazků nedopustil pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 zákona, tj. závažných nebo dlouhodobých pochybení, která by vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Zároveň potvrdil i časový rozsah, ve kterém byla sporná reference plněna (k tomu viz bod 155. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K tvrzení pouze formálního posouzení a hodnocení nesrovnatelných nabídek a nezpůsobilost vybraného dodavatele

168. Na úvod se Úřad na tomto místě vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že se zadavatel s částí námitek týkajících se pouze formálního posouzení nabídek a nezpůsobilosti vybraného dodavatele v rozhodnutí o námitkách řádně nevypořádal. Navrhovatel tvrdí, že ačkoliv se zadavatel ke všem namítaným bodům vyjádřil, tak věcná podstata tvrzení navrhovatele zůstala bez adekvátní reakce zadavatele.
169. Institut námitek představuje stěžejní nástroj obrany dodavatelů v zadávacím řízení. Zákon tak klade poměrně vysoké požadavky na zadavatele při jejich vyřizování v rozhodnutí o námitkách, konkrétně na odůvodnění tohoto rozhodnutí. Touto otázkou se zabýval předseda Úřadu např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0030/2019/VZ-10933/2019/322/DJa ze dne 17. 4. 2019, ve kterém uvedl: „Z výše uvedeného vyplývá, že rozhodnutí o námitkách musí být podloženo odpovídajícím a komplexním odůvodněním. Rozhodnutí o námitkách musí zadavatel odůvodnit přezkoumatelným způsobem, tj. rozhodnutí musí být srozumitelné a musí být opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč zadavatel námitky odmítl, či jim vyhověl. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách je zadavatel povinen vypořádat veškeré stěžejní argumenty a skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách. Odůvodnění námitek musí být dostatečně podrobné a srozumitelné. Pokud námitky obsahují zcela irelevantní argumenty a skutečnosti, je zadavatel povinen se k takovým argumentům a skutečnostem jednotlivě vyjádřit, a to alespoň v tom rozsahu, že s daným zadávacím řízením a postupem zadavatele v něm nesouvisí, a konstatovat, že proto nejsou předmětem dalšího podrobnějšího vypořádání ze strany zadavatele. Naopak argumenty a skutečnosti obsažené v námitkách, které se vztahují k danému zadávacímu řízení a postupu zadavatele v něm (relevantní argumenty a skutečnosti), je zadavatel povinen vypořádat tak, že se k nim jednotlivě vyjádří a vypořádá je v adekvátně podrobném rozsahu. Zadavatel zejména uvede, zda se s jednotlivým relevantním argumentem stěžovatele ztotožňuje, či nikoliv a tento svůj závěr řádně odůvodní.“ V souladu s citovaným rozhodnutím tak byl zadavatel povinen se ke

všem relevantním argumentům a skutečnostem uvedeným v námitkách jednotlivě vyjádřit a v adekvátně podrobném rozsahu je vypořádat, tj. uvést, zda s nimi souhlasí a závěr řádně odůvodnit.

170. Jak uvádí sám navrhovatel, zadavatel se ke všem jednotlivým tvrzením v námitkách vyjádřil. Úřad po přezkoumání námitek a rozhodnutí o námitkách došel k závěru, že zadavatel k odmítnutí každé námitky uvedl i úvahu, na základě které námitku odmítá. Úřad tak neshledal, že by rozhodnutí o námitkách, nebo některá jeho část byla nepřezkoumatelná, když se zadavatel ke všem námitkovým bodům vyjádřil včetně odůvodnění, a Úřad tak neshledal důvod ke zrušení rozhodnutí o námitkách. Úřad k tomuto doplňuje, že samotný navrhovatelův nesouhlas s odpovědí zadavatele nemůže zakládat nepřezkoumatelnost rozhodnutí.
171. K námitce, že zadavatel měl v případě relativně vágního stanovení funkčních požadavků na předmět plnění přistoupit k věcnému a detailnímu posouzení nabídky vybraného dodavatele, uvádí Úřad následující. Úřad se na tomto místě nemůže ztotožnit s názorem zadavatele, že by tato námitka měla být odmítnuta jakožto směřující proti stanovení zadávacích podmínek, a tudíž v této fázi zadávacího řízení opožděná. Z námitek i návrhu dle Úřadu vyplývá, že navrhovatel neshledává stanovené zadávací podmínky v rozporu se zákonem, ale nesouhlasí toliko s postupem zadavatele při posuzování nabídek.
172. Úřad k tomu uvádí, že ačkoliv se nejedná o námitku opožděnou, nelze navrhovatelovi přisvědčit, že by zadavatel byl v případě vágně stanovených požadavků na plnění povinen provádět nějaké detailnější posouzení nabídky vybraného dodavatele. Naopak v situaci, kdy technická specifikace v nabídce účastníka splňuje bez pochybností veškeré požadavky stanovené v zadávacích podmínkách, zadavatel dle Úřadu již nemá nástroj, jak po takovém účastníkovi požadovat další technickou specifikaci, může toliko požadovat vysvětlení či doplnění informací, které již byly, nebo měly být obsaženy v nabídce účastníka. Je odpovědností zadavatele, aby stanovil požadavky na předmět plnění takovým způsobem, který nejlépe odpovídá jeho požadavkům. Ačkoliv Úřad obecně nerozporuje, že vágní stanovení požadavků na předmět plnění v zadávací dokumentaci může přinášet zadavateli vyšší riziko toho, že podané nabídky nebudou ve výsledku odpovídat přesně jeho představám, po podání nabídek je již na eliminaci tohoto rizika v případě obdržení nabídek, které veškeré tyto „vágně“ stanovené požadavky splňují, pozdě. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokud jde o navrhovatelem uváděná rozhodnutí, pak ani jedno z nich názor navrhovatele nijak nepodporuje. Rozhodnutí č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-16786/2013/511/MOn ze dne 4. 9. 2013 se týká v zadávacích podmínkách dopředu stanoveného požadavku, aby uchazeči o veřejnou zakázku v nabídkách předložili návrh technického a realizačního řešení. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0043/2018/VZ-08742/2018/541/SLa ze dne 22. 3. 2018 pak šlo o nedostatečné posouzení technické kvalifikace ze strany zadavatele, tj. opět o posouzení dopředu v zadávacích podmínkách stanovených požadavků.
173. K tvrzení navrhovatele, že vybraný dodavatel nebude objektivně schopen splnit veřejnou zakázku, přičemž navrhovatel opakovaně zmiňoval zejména nemožnost realizace bez zajištění jeho součinnosti provést primární migraci dat, uvádí Úřad následující.
174. Ačkoliv je zadávací řízení formalizovaným procesem, nic to nemění na skutečnosti, že jeho výsledkem je soukromoprávní vztah zadavatele s vybraným dodavatelem. K tomu

např. rozsudek Krajského soud v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019: „vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je vztahem soukromoprávním (...), a to nejen ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nýbrž i v průběhu jejího kontraktace (např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 25.4.2013, č.j. 31 Af 38/2012-52, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7.8.2013, č.j. 1 Afs 57/2013-39). Samotný proces kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem je nicméně ovládán povinností dodržet požadavky vyplývající ze ZZVZ, který závazně upravuje postup zadavatelů coby jedné kontraktační strany směřující k tomu, aby takový úplatný smluvní vztah vznikl, a zároveň upravuje i kontraktační postupy dodavatelů coby druhé kontraktační strany. ZZVZ obsahuje pravidla povinně aplikovatelná jak v kontraktační fázi, tak ve fázi předkontraktační (např. § 33 ZZVZ) a pokontraktační (např. § 222 ZZVZ). Prostřednictvím jednotlivých pravidel vyplývajících ze ZZVZ pro fázi kontraktační je regulován proces výběru smluvního partnera, se kterým pak zadavatel vstoupí do soukromoprávního závazkového vztahu.“

175. V citovaném rozsudku dle rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0068/2019/VZ-18441/2018/322/DJa ze dne 3. 7. 2019 „Krajský soud v Brně vymezil hranice přezkumné pravomoci Úřadu, a uvedl, že přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany Úřadu, neboť není úkolem Úřadu, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení § 6 zákona konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní. Úřad je nicméně oprávněn (a povinen) podrobit přezkumu i smluvní podmínky z toho pohledu, zda jejich nastavením nedochází k porušení zákona. V okamžiku, kdy smluvní nebo obchodní podmínky oklešťují hospodářskou soutěž obdobným způsobem jako nepřiměřeně nastavené zadávací podmínky, lze uvažovat o tom, že i tyto podmínky byly stanoveny v rozporu se zákonem. Otázka zda obchodní a smluvní podmínky umožňují splnění předmětu veřejné zakázky, resp. v jaké kvalitě takové splnění umožňují, již ale není aspektem, který by měl vliv na soutěž o veřejnou zakázku. Za daných okolností pak stanovení takových smluvních nebo obchodních podmínek nepředstavuje porušení zákona. Jak již bylo řečeno výše, je to zadavatel kdo má výlučnou povinnost (a zároveň i právo) koncipovat zadávací podmínky takovým způsobem, aby co nejlépe reflektovaly jeho konkrétní potřebu a aby byly v souladu se zákonem.“
176. Z výše citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu tak lze vyvodit, že není na Úřadu, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci. Je toliko oprávněn zkoumat, zda se zadavatel stanovením zadávacích podmínek nedopustil porušení zákona. Mimo jeho přezkum je tak v souladu s citovaným rozhodnutím i otázka, zda obchodní a smluvní podmínky umožňují splnění předmětu veřejné zakázky, či v jaké kvalitě umožňují splnění, neboť se nejedná o aspekt s vlivem na soutěž o veřejnou zakázku.
177. Ačkoliv citované rozhodnutí mluví o stanovení smluvních a obchodních podmínek v zadávacích podmínkách (či soukromoprávních podmínek, stanovených v zadávací dokumentaci), úvahy v něm uvedené jsou dle Úřadu plně aplikovatelné i na šetřenou situaci. Úřad je toliko oprávněn, aby přezkoumával soulad zadavatelova postupu při zadávání veřejné zakázky se zákonem. V zadavatelově výlučné pravomoci bylo stanovit zadávací podmínky způsobem, který co nejlépe odpovídá jeho potřebám, a pokud tak učinil

(a navrhovatel ani nikdo jiný jejich stanovení zákonem předvídaným způsobem nenapadl) a obdržel nabídku vybraného dodavatele splňující požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, nespátřuje Úřad v takovémto postupu narušení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku či jiné porušení zákona, které by zakládalo jeho pravomoc přezkoumávat, zda vybraný dodavatel bude či nebude schopen veřejnou zakázku splnit.

178. Nad rámec výše uvedené argumentace pak Úřad dodává, že usnesením č. j. ÚOHS-S0373/2019/VZ-31229/2019/523/JMa ze dne 15. 11. 2019 si ověřoval schopnost vybraného dodavatele řádně a včas v souladu se zadávacími podmínkami plnit veřejnou zakázku a jakým způsobem hodlá provést primární migraci dat. Vybraný dodavatel mu v odpovědi na usnesení sdělil, že na splnění veřejné zakázky je připraven a zároveň nastínil způsob, jakým hodlá provést primární migraci (srov. bod 81. tohoto odůvodnění). Pokud navrhovatel v podaném rozkladu či ve vyjádření navrhovatele k podkladům I a II tvrdil, že nastíněný způsob provedení primární migrace dat není možné uskutečnit bez porušení práv duševního vlastnictví jeho nebo třetích osob, pak k tomu Úřad uvádí, že z odpovědi vybraného dodavatele nevznikly Úřadu jednoznačné pochybnosti o tom, že by tomu tak mělo být. Úřad přitom nepopírá, že šlo spíše o formální potvrzení toho, že vybraný dodavatel hodlá předmět veřejné zakázky plnit. Úřad přitom opětovně uvádí, že v souladu s dřívější rozhodovací praxí není příslušný k přezkumu smluvních podmínek vycházejících ze zadávací dokumentace, kterými nedochází k porušení zákona o zadávání veřejných zakázek (srov. bod 175. tohoto odůvodnění).
179. Úřad tak v této dílčí otázce uzavírá, že není jeho úlohou, aby přezkoumával, zda vybraný dodavatel bude schopen veřejnou zakázku řádně a včas realizovat, když tato otázka leží mimo přezkum zákonnosti postupu zadavatele.
180. Na závěr se Úřad vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že tento na rozdíl od vybraného dodavatele zohlednil náklady na primární migraci ve své nabídce, čímž mělo dojít k podání vzájemně neporovnatelných nabídek. Úřad uvádí, že navrhovatel na žádném místě návrhu nedoložil, že by na jednotlivé dodavatele zadavatel v zadávacích podmínkách stanovoval odlišné požadavky na nacenění jejich nabídek, ani nijak nepodložil své tvrzení, že vybraný dodavatel s primární migrací dat ve své nabídce nijak nekalkuloval. Úřad k tvrzené neporovnatelnosti nabídek dále uvádí, že pokud si zadavatel od navrhovatele na jednáních vyžádal závazek převedení systémové licence, neznamená to, že by po navrhovateli požadoval zahrnutí těchto systémových licencí do nabídkové ceny. Požadavky na zpracování nabídek v otevřeném zadávacím řízení, tj. i nabídkové ceny, mohou dle Úřadu vycházet toliko ze zadávacích podmínek obsažených v zadávací dokumentaci, které byly stanoveny pro všechny dodavatele stejně. Tvrzení navrhovatele, že byl povinen zahrnout převod systémových licencí do nabídkové ceny, je tak dle Úřadu mylné.
181. Tvrdí-li navrhovatel, že zajištěním si součinnosti navrhovatele uzavřením Provizorní smlouvy na stávající ISMS bylo jednoznačně prokázáno, že argumenty o možnosti dodat požadované řešení jsou liché, nemůže mu Úřad dát za pravdu. Naopak to dle Úřadu spíše prokazuje, že součinnost navrhovatele není vyloučená a o to spíše tak zadavateli, ale ani Úřadu, nevznikly důvodné pochybnosti o tom, že vybraný dodavatel může veřejnou zakázku splnit. Skutečnost, že mezi navrhovatelem a zadavatelem k dohodě o zajištění součinnosti došlo, je výsledkem dohody mezi těmito stranami a nijak to nedokládá, že bez takové dohody by provedení primární migrace vybraným dodavatelem nebylo možné. Pro úplnost Úřad uvádí,

že dodatečné zajištění součinnosti navrhovatele dle Úřadu nemohlo mít vliv na porovnatelnost nabídek, když s tímto zajištěním vybraný dodavatel nemohl ve své nabídce s jistotou kalkulovat a pokud se zajištěním takové součinnosti počítal, bylo to v rámci jeho vlastního obchodního uvážení (obchodního rizika) při tvorbě nabídky. Úřad tak na základě výše uvedeného nepovažuje uzavření Provizorní smlouvy na stávající ISMS za podstatné pro rozhodnutí Úřadu, když nemá žádný vliv na výrok ani argumentační linii Úřadu uvedenou v odůvodnění tohoto rozhodnutí a Úřad tedy nezařadil tuto smlouvu mezi podklady rozhodnutí, neboť z ní při rozhodování této věci nečerpal žádné informace.

182. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
183. Na základě všech zjištění a argumentů uvedených v odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad ve věci návrhu navrhovatele ze dne 10. 10. 2019 rozhodl o jeho zamítnutí podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. IBM Česká republika, spol. s r.o., sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4
3. TESCO SW a.s., tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne

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