



UOHSX00DOJWS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0109/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-26219/2020/321/ZSř

Brno 24. srpna 2020

V řízení o rozkladu ze dne 5. 6. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném obviněným -

- **Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj**, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp.zn. ÚOHS-S0145/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15019/2020/532/VZi ze dne 21. 5. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 1. 4. 2020 z moci úřední a vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, výše označeným obviněným při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Výběr provozovatele systému NEN**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 9. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031891, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 9. 2019, dne 10. 10. 2019 a dne 18. 10. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 178-433681, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 182-444106, dne 11. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 197-479641 a dne 18. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 202-492662, na jejíž plnění byla dne 9. 12. 2019 uzavřena „Smlouva o zajištění provozu národního elektronického nástroje“,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0145/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15019/2020/532/VZi ze dne 21. 5. 2020

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Obviněný - Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha - Staré Město (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**obviněný**“), zahájil jako veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), dne 11. 9. 2019 odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek otevřené řízení na veřejnou zakázku s názvem „Výběr provozovatele systému NEN“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031891, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 9. 2019, dne 10. 10. 2019 a dne 18. 10. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 178-433681, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 182-444106, dne 11. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 197-479641 a dne 18. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 202-492662 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dle bodu 4 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) mělo být předmětem veřejné zakázky zajištění provozních služeb Národního elektronického nástroje (dále jen „**NEN**“) v definovaném rozsahu, a to i s ohledem na povahu NEN jako kritické infrastruktury státu ve smyslu zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o kybernetické bezpečnosti**“). Dle bodu 17.2 smlouvy na veřejnou zakázku s názvem „Smlouva o zajištění provozu národního elektronického nástroje“ (dále též jen „**smlouva**“) měla být smlouva uzavřena na dobu neurčitou. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky - za 4 roky plnění ve smyslu § 21 odst. 1 písm. b) zákona - zadavatel stanovil v částce 200 000 000 Kč.
3. V rámci podmínek kvalifikace zadavatel v bodu 6.4.1 ZD pod písm. a) požadoval předložení seznamu tří významných služeb poskytnutých dodavatelem za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona.

4. Jako významnou službu 1 (dále jen „**významná služba 1**“) zadavatel požadoval doložení služby, jejímž předmětem bylo poskytování provozních služeb v rozsahu definovaných procesů dle ITIL v3: Řízení událostí, Řízení incidentů, Řízení problémů, Řízení přístupových oprávnění, Plnění požadavků souvisejících se zajištěním provozu, Řízení dostupnosti, Řízení kapacity, Správa bezpečnosti informací, Změnové řízení, Testování, Správa releasů a nasazení, Správa aktiv a konfigurací (dále též jen „**definované procesy**“) pro informační systém o definovaných charakteristikách (dále též jen „**definovaný informační systém**“), a jejíž finanční objem dosáhl v posledních třech letech minimálně 30 milionů bez DPH ročně (dále též jen „**finanční objem**“).
5. Jako významnou službu 2 (dále jen „**významná služba 2**“) zadavatel požadoval doložení služby, jejímž předmětem bylo poskytování provozních služeb v rozsahu definovaných procesů pro definovaný informační systém, který se oproti významné službě 1 lišil SW architekturou, na níž byl vystavěn, v totožném finančním objemu jako u významné služby 1, tj. minimálně 30 milionů bez DPH ročně. Jako významnou službu 3 (dále jen „**významná služba 3**“) zadavatel požadoval doložení služby, jejímž předmětem bylo poskytování uživatelské podpory k elektronickému nástroji pro nejméně 10 000 uživatelů.
6. Z Oznámení o výsledku zadávacího řízení, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 12. 2019, vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek jedinou nabídku, a to společnou nabídku společnosti O2 Czech Republic a.s., ICO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 14022 Praha 4 - Michle a společnosti TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, Hodolany, 779 00 Olomouc (dále jen „**vybraný dodavatel**“). Dne 9. 12. 2019 uzavřel zadavatel s vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky smlouvu.
7. Dne 3. 1. 2020 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, podnět k přezkoumání postupu zadavatele v souvislosti se zadáním veřejné zakázky.
8. Na základě posouzení obsahu podnětu a vyžádané dokumentace o zadávacím řízení získal Úřad pochybnost o tom, zda se zadavatel nedopustil přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že porušil postup stanovený v § 73 odst. 6 písm. b) zákona v návaznosti na zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 odst. 2 zákona tím, že nevymezil minimální úroveň kritérií technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, když v bodě 6.4.1 ZD požadoval doložení významných služeb 1 a 2 o stanoveném finančním objemu, a zadal veřejnou zakázku.
9. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad obviněnému, který je podle § 256 zákona jediným účastníkem tohoto správního řízení, přípisem č. j. ÚOHS-09998/2020/532/VZi ze dne 1. 4. 2020, který byl obviněnému doručen téhož dne. Dnem doručení předmětného oznámení o zahájení správního řízení obviněnému bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky

a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 21. 5. 2020 vydal Úřad ve správním řízení z moci úřední na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0145/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15019/2020/532/VZi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
11. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že porušil pravidlo stanovené v § 73 odst. 6 zákona v návaznosti na zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 odst. 2 zákona, tím, že nevymezil minimální úroveň kritérií technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, když v bodě 6.4.1 ZD požadoval doložení významných služeb 1 a 2 o stanoveném finančním objemu, ačkoliv finanční objem poskytnutých služeb (odměna za poskytnuté služby) nemusí mít vazbu na kvalitu a náročnost poskytovaného referenčního plnění, což může působit na relevantním trhu pro dodavatele diskriminačně, přičemž tak stanovil zadávací podmínky v části týkající se prokazování technické kvalifikace v rozporu se zákonem a uzavřel s vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky smlouvu.
12. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku dle výroku I. v souladu s § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 300 000 Kč. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému povinnost uhradit paušální náklady ve výši 1 000 Kč.
13. Svůj závěr odůvodnil Úřad s odkazem na provedený průzkum trhu zejména tím, že finanční hodnota referenčního plnění nemusí mít dostatečnou vypovídací hodnotu o kvalitách a zkušenostech dodavatele, neboť mohou existovat i dodavatelé, kteří patřičnými zkušenostmi disponují, nikoliv však ve stanoveném finančním objemu, načež mohou být stanovením podmínek kvalifikace (v rozsahu významné služby 1 a 2) nedůvodně diskriminováni. V konkrétním případě pak Úřad dospěl k závěru, že samotné stanovení finančního objemu je nezákonné, neboť vytvořilo reálnou překážku hospodářské soutěže, bez ohledu na skutečnost, zda byl finanční objem stanoven přiměřeně předpokládané hodnotě veřejné zakázky.

III. Námitky rozkladu

14. Dne 5. 6. 2020 podal obviněný Úřadu proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 5. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
15. V rozkladu obviněný namítá, že podmínky kvalifikace byly v zadávací dokumentaci stanoveny přiměřeně a zcela v souladu se zákonem a že Úřad dostatečně nevysvětlil, proč by právě u intelektuálních referencí (v oblasti provozování informačních systémů) neměla jejich finanční hodnota vypovídat o kvalitě a schopnosti dodavatele veřejnou zakázku plnit. Obviněný vysvětluje, že reference sice vymezil i kvalitativně co do struktury realizovaných činností, konkrétní způsob realizace těchto činností se však může co do náročnosti značně lišit, což je reflektováno právě finanční hodnotou.

16. Obviněný doplňuje, že NEN je součástí kritické infrastruktury státu, a odkazuje na doložený znalecký posudek č. 3318-98/2019, z něhož má (personální) náročnost plnění veřejné zakázky vyplývat. Přiměřenost požadovaného finančního objemu významné služby 1 a 2 ve vztahu k předpokládané hodnotě a předmětu veřejné zakázky pak měl připustit i Úřad.
17. K Úřadem provedenému průzkumu trhu obviněný namítá, že Úřad na něm do značné míry postavil své závěry ve věci, ačkoliv je rovněž nevypovídající, neboť většina oslovených dodavatelů neposkytuje služby odpovídající předmětu veřejné zakázky, a nebyl tedy proveden na relevantním trhu.
18. Obviněný má napadené rozhodnutí za překvapivé, bez opory v dosavadní rozhodovací praxi, v rozporu s principem legitimního očekávání a s ohledem na nevyořádní vyjádření obviněného a absenci relevantního odůvodnění též za nepřezkoumatelné.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že dospěl k závěru, že obviněný porušil § 73 odst. 6 zákona a zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona a uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, za což byla obviněnému uložena pokuta a povinnost k úhradě nákladů řízení, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K nezákonnosti napadeného rozhodnutí

23. Jak bylo výše uvedeno, Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 73 odst. 6 zákona a zásadou zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona, neboť u požadavku na doložení významných služeb 1 a 2 stanovil rovněž podmínku finančního objemu, která nemusí mít vazbu na kvalitu a náročnost poskytovaného referenčního plnění,

což může na relevantním trhu působit diskriminačně, a na plnění veřejné zakázky uzavřel smlouvu.

24. Před vlastním odůvodněním tohoto rozhodnutí považuji za účelné poukázat na výslovné znění některých relevantních právních ustanovení, která vymezují možnosti zadavatele při stanovení požadavku na předložení seznamu významných služeb.
25. Podle § 73 odst. 3 písm. b) zákona zadavatel může v nadlimitním režimu požadovat prokázání technické kvalifikace podle § 79 zákona.
26. Podle § 73 odst. 6 zákona zadavatel, pokud požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.
27. Podle § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
28. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace 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.
29. K posouzení věci Úřadem úvodem konstatuji, že se plně ztotožňuji s obecnými zákonnými předpoklady stanovení podmínek kvalifikace, jak je Úřad vysvětlil v bodech 47 - 56 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V dalších částech odůvodnění napadeného rozhodnutí však Úřad dospěl k závěru, že stanovení finančního objemu v rámci významných služeb 1 a 2 bylo samo o sobě diskriminační a nezákonné, neboť finanční objem nereflektuje kvalitu a náročnost referenčního plnění, na relevantním trhu však může působit diskriminačně.
30. K posouzení věci předesílám, že mám označený právní názor Úřadu o nezákonnosti finančního objemu za příliš zjednodušující a ve svém důsledku nesprávný, neboť nemá oporu ve skutkových okolnostech případu ani v zákoně. S ohledem na skutečnost, že se jedná současně o stěžejní právní názor Úřadu, na kterém jsou vystavěny závěry Úřadu o spáchání přestupku obviněným, jedná se o vadu, která má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí a odůvodňuje jeho zrušení a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Tento svůj závěr dále odůvodňuji.
31. Úřad svůj závěr o nezákonnosti finančního objemu odůvodnil v bodě 59 odůvodnění napadeného rozhodnutí tím, že finanční vyjádření referenční zakázky samo o sobě nevyovídá o kvalitě poskytovaného plnění a je nadbytečné v případě, kdy zadavatel podmínky významných služeb 1 a 2 vymezil kvalitativně prostřednictvím definovaných procesů a definovaných informačních systémů referenčních služeb.
32. V bodě 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad doplnil, že nezpochybňuje, že zákon obecně připouští, aby byl seznam významných služeb definován též jeho finanční hodnotou,

i v takovém případě je však nutno zajistit, aby se jednalo o postup - s přihlédnutím k charakteru plnění veřejné zakázky - přiměřený. Úřad v bodě 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétně uvedl: „*Tudíž i optikou zásady přiměřenosti je třeba posuzovat dílčí podmínky stanovené na prokázání kritérií kvalifikace, tudíž i to, zda a případně jakou mají reálnou vypovídací hodnotu. Ve zde posuzovaném případě a závěru o nevhodnosti stanoveného požadavku na odměnu za referenční služby, je klíčové i to, že se de facto jedná o služby, spočívající výlučně v činnostech, se kterými nejsou spjaty finanční výdaje, kromě personálního zajištění osob, které budou předmět veřejné zakázky realizovat (tzn., nejedná se například o veřejnou zakázku na stavební práce, kde v rámci referenční zakázky mají dodavatelé výdaje i se samotným plněním v podobě materiálu, který je potřeba pro splnění veřejné zakázky zajistit; oproti tomu v případě plnění, které spočívá de facto výlučně v intelektuální činnosti, jsou další nutné výdaje, vyjma „zaplacení dotčených osob a s tím souvisejícího“ minimální). Proto v případě tohoto typu plnění je dle názoru Úřadu vždy třeba velmi pečlivě zvažovat, zda skutečně a jakou vůbec vypovídací hodnotu má požadavek týkající se finanční hodnoty referenčního plnění.“*

33. V bodě 61 odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad konstatoval: „*Úřad připouští, že zadavatel sice stanovil hodnotu odměny v rámci referenční zakázky ve výši 30 mil Kč/rok, což samo o sobě není nepřiměřené hodnotě, kterou bude zadavatel vynakládat za 1 rok poskytovaných služeb za plnění veřejné zakázky, nicméně Úřad shledává s ohledem na v tomto rozhodnutí zachycené úvahy, **obecně samotný požadavek na vyšší finanční odměny za referenční plnění jako nezákonný** a je lhostejno, zda je obviněným stanovená hodnota přiměřená hodnotě, kterou bude za získané plnění sám vynakládat. Úřad má na základě provedeného šetření za prokázané, že požadavek zadavatele na minimální finanční limit významných zakázek 1 a 2 na relevantním trhu reálně vytvořilo překážky hospodářské soutěže, neboť i zcela etablovaným dodavatelům působícím na relevantním trhu byla ze strany zadavatele vymezením obligatorního finančního limitu a priori znemožněna účast v šetřeném zadávacím řízení.“*
34. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí shledal jako nepřiměřené, potažmo nezákonné již samotné stanovení finančního objemu v rámci významných služeb 1 a 2, bez ohledu na přiměřenost jeho konkrétně stanovené výše ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
35. K citované právní úpravě a odůvodnění napadeného rozhodnutí předně konstatují, že zadavatel byl obecně oprávněn požadavek na předložení seznamu významných služeb v ZD na veřejnou zakázku stanovit, neboť ustanovení § 73 odst. 3 písm. b) zákona ve spojení s § 79 odst. 2 písm. b) zákona takový postup výslovně předvídá.
36. Rozhodne-li se zadavatel uvedeného oprávnění využít a požadavek na předložení seznamu významných služeb stanoví, je tak povinen učinit v souladu s dalšími zákonem stanovenými podmínkami. V uvedeném kontextu zadavatel zejména musí ve smyslu § 73 odst. 6 zákona kritéria technické kvalifikace stanovit přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu veřejné zakázky a stanovit minimální úroveň pro jejich splnění. Zadavatel je též povinen při stanovení podmínek technické kvalifikace postupovat v souladu se zásadami přiměřenosti, transparentnosti a zákazu diskriminace dle § 6 zákona. Podmínky tedy musí být stanoveny především jednoznačně a srozumitelně, nesmí vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a nesmí působit nedůvodně diskriminačně.

37. V uvedeném kontextu je třeba nejprve posoudit, zda zadavatel při stanovení požadavku na finanční objem významných služeb 1 a 2 postupoval v souladu s formálními podmínkami dle zákona. Zde především poukazují, jak ostatně připouští i Úřad v napadeném rozhodnutí, že stanovení minimální hodnoty referenčního plnění je obecně přípustné, neboť § 79 odst. 2 písm. b) zákona u požadavku na doložení seznamu významných služeb výslovně předpokládá též uvedení ceny referenčního plnění. Následně záleží na zadavateli, zda minimální úroveň finanční hodnoty referenčního plnění ve smyslu § 73 odst. 6 zákona stanoví a případně v jaké výši. Možnost stanovení minimální ceny referenčního plnění, jak ostatně plyne i z bohaté praxe zadávání veřejných zakázek a rozhodovací praxe Úřadu, proto zákon jednoznačně dovoluje.
38. Akcentuji proto, že stanovení finančního objemu jakožto minimální ceny referenčního plnění - bez ohledu na druh poskytovaných služeb - je obecně rovněž přípustné.
39. V dané souvislosti je třeba si uvědomit, že významné služby k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zpravidla mají svou „cenu“. Referenční služby, jejichž prostřednictvím dodavatelé prokazují svou technickou kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky, jsou totiž poskytovány v rámci běžné podnikatelské činnosti dodavatelů a za úplatu.
40. Otázkou zůstává toliko výše předmětné ceny. Cena referenčního plnění jakožto minimální úroveň pro splnění podmínky významné služby musí být v souladu s § 73 odst. 6 zákona stanovena přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky a v souladu s § 79 odst. 1 zákona za účelem prokázání lidských a technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Stanovení minimální ceny referenčního plnění proto nesmí být svévolné. To v řadě případů zahrnuje též zohlednění situace na relevantním trhu, neboť stanovený finanční objem nesmí působit (nedůvodně) diskriminačně.
41. Úřad v napadeném rozhodnutí shledal **stanovení finančního objemu** u významných služeb 1 a 2 jako **nepřiměřené samo o sobě** (srov. bod 61 odůvodnění), bez ohledu na skutečnost, zda byl finanční objem v konkrétní výši stanoven přiměřeně předmětu veřejné zakázky či nikoliv. Uvedený právní závěr však odporuje shora citované a vyložené právní úpravě § 73 odst. 4 a § 79 odst. 2 písm. b) zákona, která příslušný postup zadavatele fakticky dovoluje. Žádné mimořádné okolnosti (např. způsobilí dodavatelé na relevantním trhu, kteří referenční plnění poskytovali bezúplatně) pak v nyní řešené věci nebyly zjištěny. S ohledem na zákonný podklad pro stanovení podmínky finančního objemu a logický předpoklad určité výše ceny u každého referenčního plnění, konstatuji, že v daném případě absentuje relevantní důvod, pro který by bylo možno shledat stanovení finančního objemu (bez ohledu na jeho výši) nepřiměřeným.
42. Argumentuje-li Úřad v bodě 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí charakterem poskytovaných služeb, u nichž náklady na straně dodavatele sestávají zejména ze mzdových nákladů, aniž bych hodnotil správnost tohoto náhledu, poukazují, že rovněž u takového druhu služeb je třeba kalkulovat s určitou minimální výší finančního plnění, za kterou lze zakázku realizovat a která je dána - v návaznosti na předpokládanou pracnost - přinejmenším minimální (či spíše zaručenou) mzdou zapojených osob a dalšími provozními náklady. Ustanovení § 79 odst. 2 písm. b) zákona pak seznam významných *služeb, včetně uvedení jejich ceny*, výslovně předpokládá.

43. V nyní řešené věci jsem proto neshledal žádné zvláštní okolnosti, které by stanovení finančního objemu obecně u provozování definovaných informačních systémů v rozsahu definovaných procesů - v rámci seznamu významných služeb - činily nepřiměřeným. Žádné takové okolnosti neuvádí ani Úřad.
44. Od právě uvedeného je třeba odlišit **otázku přiměřenosti finančního objemu co do konkrétně nastavené výše** (v daném případě 30 milionů Kč ročně za poslední 3 roky pro každou z významných služeb 1 a 2). Touto (pro posouzení zákonnosti zadávacích podmínek relevantní) právní otázkou se však Úřad v napadeném rozhodnutí výslovně nezabýval. K označené právní otázce tak v napadeném rozhodnutí absentuje dostatek skutkových zjištění a přezkoumatelné odůvodnění.
45. K přiměřenosti výše stanoveného finančního limitu Úřad v bodě 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl: *„V daném případě předmětný požadavek zadavatele ve svém důsledku vedl k tomu, že ze soutěže o posuzovanou veřejnou zakázku byli a priori vyloučeni ti potenciální dodavatelé, kteří by disponovali patřičnými zkušenostmi pro její realizaci, avšak nikoliv v rozsahu a o finanční hodnotě požadované zadavatelem. To znamená, že z účasti byl diskvalifikován i ten dodavatel, který služby, jež byly předmětem i této konkrétní veřejné zakázky, realizoval (resp. takový dodavatel, který disponoval zkušeností s informačním systémem o zadavatelem vymezených kvalitativních vlastnostech), avšak jeho finanční odměna za poskytnuté plnění ve dvou případech nedosahovala minimální výše 30 mil Kč za každý rok v uplynulých třech letech, tzn., za tyto služby mu byla zaplacená částka nižší.“*
46. Takové posouzení, které směřuje k nepřiměřenosti výše stanoveného finančního objemu, však není dostačující. V nyní řešené věci nelze opomenout, že je vedeno správní řízení o přestupku, na které klade správní řád (ve spojení se zákonem o přestupcích) vysoké nároky na pečlivé zjištění skutkového stavu bez důvodných pochybností a přezkoumatelné odůvodnění (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Ads 44/2010 - 132 ze dne 30. 12. 2010). Z výše uvedených důvodů napadené rozhodnutí nemůže z hlediska zákonnosti obstát.
47. K výše uvedenému shrnuji, že jsem závěr Úřadu o nezákonnosti finančního objemu u významných služeb 1 a 2 shledal nepodloženým, neboť byl vystaven na nesprávném právním posouzení. Z uvedeného důvodu není postaveno najisto splnění prvního znaku skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, neboť nelze učinit jednoznačný závěr, že obviněný stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Z téhož důvodu nelze jednoznačně konstatovat, zda se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona.

K postupu Úřadu při novém projednání věci

48. S ohledem na zrušující výrok tohoto rozhodnutí, poukazuji dále na některá východiska pro postup Úřadu při novém projednání věci.
49. V uvedené souvislosti předně poukazuji, že obecně hodnotím jako legitimní úvahu Úřadu, vyjádřenou například v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že cena referenční zakázky nemusí být nutně přiměřená kvalitě takto poskytnutého plnění, neboť služby o srovnatelné kvalitě lze nepochybně poskytovat za výrazně nižší i výrazně vyšší ceny. Přiměřenost výše finančního objemu je tak nutno hodnotit s ohledem na všechny relevantní

okolnosti dané věci. Nelze však ani konstatovat, že cena referenční zakázky nijak nevypovídá o kvalitě a náročnosti referenčního plnění.

50. V daném kontextu Úřad odkázal v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí na rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně na právní závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0760/2016/VZ-03609/2017/531/VNe ze dne 3. 2. 2017 (dále jen „rozhodnutí „**ÚOHS-S0760/2016/VZ**““), které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0044/2017/VZ-35406/2017/323/PMo ze dne 4. 12. 2017 (dále jen „rozhodnutí „**ÚOHS-S0044/2017/VZ**““).
51. K relevanci právních závěrů rozhodnutí ÚOHS-S0760/2016/VZ a ÚOHS-R0044/2017/VZ sdělují, že se v odkazovaném případě jednalo o skutkově odlišnou situaci, kdy zadavatel pro účely prokázání kvalifikace pro plnění veřejné zakázky na právní služby požadoval předložení referenčních služeb z různých právních oblastí, u nichž stanovil minimální úroveň pro splnění pouze cenou. Zadavatel tedy v odkazovaném případě vedle minimální požadované ceny nestanovil žádné požadavky na kvalitu referenčního plnění, na rozdíl od nyní řešené věci, kdy obviněný stanovil v rámci významných služeb 1 a 2 další závazné požadavky (definované procesy a definované informační systémy). K tomu odkazují na bod 97 odůvodnění rozhodnutí ÚOHS-S0760/2016/VZ, v němž Úřad konstatoval: *„Úřad v dalším poznamenává, že nijak nepopírá, že zadavatelem vyžadované významné služby se vztahovaly k předmětu plnění posuzované veřejné zakázky. Nicméně je nutno akcentovat, že zadavatel svůj požadavek na kvalifikovanost dodavatelů uvedl výlučně ve vztahu k finanční odměně, kterou dodavatelé obdrželi za jimi poskytnuté významné služby, jejichž předmětem bylo poskytování právního poradenství, přičemž tím však nikterak nevyjádřil požadavek na kvalitu, resp. náročnost poskytnutého referenčního plnění. Úřad totiž akcentuje, že v případě poskytování právních služeb nutně nemusí být obdržená finanční odměna přímo úměrná náročnosti těchto služeb a projeveným znalostem a dovednostem příslušného dodavatele, čímž se logicky do značné míry snižuje její vypovídací hodnota.“*.
52. V odkazovaném případě tedy s ohledem na konkrétní okolnosti dané věci, zejména výlučnost ceny jako minimální úrovně kvality pro splnění daného kritéria a na relativní poměr ceny a kvality referenční zakázky, bylo stanovení finančního limitu shledáno jako nedostatečně vypovídající. Právní názory odkazovaných rozhodnutí tak nejsou bez dalšího aplikovatelné v nyní řešené věci, neboť je třeba přihlídnout ke skutkovým odlišnostem. Na tyto odlišnosti ostatně upozornil předseda Úřadu v bodě 49 odůvodnění rozhodnutí ÚOHS-R0044/2017/VZ, v němž současně poukázal, že je zřejmé, že za složitější a náročnější právní služby budou dodavatelé požadovat vyšší odměnu.
53. S posledně jmenovanou úvahou se ztotožňují i v nyní řešené věci. Je třeba konstatovat, že cena referenčního plnění, utvářená na konkurenčním trhu, určitou - byť třeba nikoliv zcela přesnou - vypovídací hodnotou o rozsahu, kvalitě a náročnosti referenčního plnění disponuje. Nejedná se tak o hledisko bezvýznamné či nadbytečné. Vymezil-li zadavatel v nyní řešené věci významné služby 1 a 2 současně kvalitativními požadavky (definované procesy, definované informační systémy), cena referenčního plnění se může jevit jako vhodné doplňující kritérium, bude-li stanovena přiměřeně předmětu veřejné zakázky, jakož i relevantnímu trhu.

54. K vypovídací hodnotě ceny referenčního plnění odkazují na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0442/2019/VZ, č. j. ÚOHS-07707/2020/531/MKe ze dne 9. 3. 2020, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0058/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15746/2020/321/EDo ze dne 28. 5. 2020, a v jehož bodě 114 odůvodnění bylo konstatováno: *„Určitou indicií, že tento dodavatel disponuje potřebnými zkušenostmi, je nepochybně i to, že v minulosti zrealizoval veřejnou zakázku o určitém finančním objemu. Lze se proto ztotožnit s názorem zadavatele, že nepřiměřeně nízká hodnota referenční zakázky nemusí být schopna prokazovat schopnost dodavatele dodat poptávané plnění v požadované velikosti a složitosti (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad má za to, že zadavatelem stanovená hodnota referenčních zakázek je přiměřená předpokládané hodnotě veřejné zakázky, jež rozhodně není nijak marginální (téměř 50 mil. Kč), a proto nezjistil, že by se zadavatel v tomto ohledu dopustil porušení zákona. Úřad nepopírá, že i tato ‚minimální‘ hodnota referenčních zakázek může pro určité dodavatele představovat překážku z hlediska jejich účasti v zadávacím řízení, ale to je ostatně smyslem samotné kvalifikace, jak o ní bylo Úřadem pojednáno výše. Kritéria technické kvalifikace není možné už ze samotné podstaty nastavit tak, aby tato vyhovovala všem dodavatelům, jež působí na relevantním trhu. V zásadě vždy se totiž najde určitý dodavatel, popř. vícero dodavatelů, kteří budou se zadavatelem nastavenou úrovní kvalifikace nespokojeni. To však ještě bez dalšího neznamená, že takto nastavená kvalifikace je rozporná se zákonem.“*
55. Určitá (přiměřená) výše minimální ceny referenčního plnění (finančního objemu) tedy o kvalitě referenčního plnění vypovídá a jeví se jako legitimní, neboť reflektuje zdroje, jimiž musí odborně způsobilý dodavatel disponovat, a náklady, za které lze veřejnou zakázku realizovat. Zde doplňuji, že jakkoliv byly významné služby 1 a 2 vymezeny též prostřednictvím kvalitativních požadavků (definované procesy a definované informační systémy), faktická náročnost například co do rozsahu a náročnosti realizace může být do určité míry reflektována právě i finančním objemem.
56. Rovněž v případě, kdy by byl stanovený finanční objem nadbytečný, jak Úřad uvádí v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neměla by tato skutečnost bez dalšího za následek porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 zákona, neboť referenční zakázky v zásadě všech dodavatelů určitou finanční hodnotou disponují. Rozhodná a klíčová - pro konstatování porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 zákona - by v daném případě měla být výše minimální požadované ceny referenčního plnění (finančního objemu), jejíž konkrétní hodnotou se Úřad podrobněji nezabýval.
57. V uvedené souvislosti doplňuji, že finanční objem je třeba posuzovat v souvislostech a s přihlédnutím k ostatním zadávacím podmínkám. Zde především poukazuji, že finanční objem byl požadován u dvou významných služeb, načež jeho celková požadovaná výše přesahovala jak předpokládanou hodnotu, tak i cenu veřejné zakázky. Stanovení takového finančního objemu nemusí být nepřiměřené, při posuzování jeho přiměřenosti by však mělo být přihlédnuto jak k situaci na relevantním trhu (a počtu odborně způsobilých dodavatelů, kteří příslušnými referencemi ve stanoveném finančním objemu disponují), tak k náročnosti požadovaného plnění veřejné zakázky, která může přísné podmínky kvalifikace odůvodňovat. Posouzení přiměřenosti, potažmo zákonnosti významných služeb 1 a 2 si tedy vyžaduje pečlivé posouzení se zřetelem ke všem relevantním individuálním okolnostem případu.

58. Pro úplnost pak podotýkám, že za daných okolností je možné zabývat se též tím, zda jednotlivé podmínky stanovených významných služeb 1, 2 a 3 (popřípadě s jinými zadávacími podmínkami) nepůsobí diskriminačně kumulativně, tedy ve svém souhrnu.
59. Pokud Úřad při novém projednání věci setrvá na svém stanovisku, že podmínky kvalifikace byly stanoveny v rozporu se zákonem, považují za vhodnější, aby se Úřad zabýval tím, zda finanční objem významných služeb 1 a 2 nebyl (kumulativně) stanoven v nepřiměřené výši, načež své závěry podloží objektivními skutečnostmi a přezkoumatelně odůvodní. To může zahrnovat též posouzení toho, zda by například stanovení nižšího finančního objemu fakticky vedlo k rozšíření okruhu dodavatelů schopných příslušné podmínky kvalifikace splnit, aniž by tím současně došlo k ohrožení kvality plnění veřejné zakázky, či nikoliv. Takové posouzení však v napadeném rozhodnutí chybí. V daném kontextu nelze opomenout, že se jedná o vysoce odbornou veřejnou zakázku (včetně uplatnění hledisek kritické infrastruktury dle zákona o kybernetické bezpečnosti), u níž nelze předpokládat, že jejím potřebám vyhoví každý dodavatel se zkušenostmi s provozem definovaných informačních systémů.
60. Tímto není nijak předjíáno, zda zadávací podmínky na veřejnou zakázku, potažmo významné služby 1 a 2 byly či nebyly stanoveny v souladu se zákonem. Pro učinění jednoznačného závěru však nebyla v návaznosti na nesprávný nosný právní názor Úřadu v napadeném rozhodnutí učiněna dostatečná skutková zjištění a absentuje relevantní odůvodnění. Případný znovu učiněný závěr o nezákonnosti postupu zadavatele, potažmo o odpovědnosti obviněného za přešůpek musí být dostatečně podložen objektivními skutečnostmi a řádně odůvodněn. V tomto smyslu je třeba zohlednit rovněž náročnost předmětu veřejné zakázky. Úřad v uvedeném kontextu vezme v úvahu též znalecký posudek, doložený obviněným ve správním řízení (aniž by byl jeho obsahem vázán).
61. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci. Podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad v prvním stupni, zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků.
62. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
63. Vzhledem k výše uvedenému konstatuji, že závěr Úřadu vyjádřený ve výroku I. napadeného rozhodnutí, že zadavatel porušil § 73 odst. 6 zákona a zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona a zadáním veřejné zakázky se dopustil přešůpku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, není v napadeném rozhodnutí dostatečně podložen a odůvodněn.
64. Současně jsem neshledal naplnění podmínek pro postup podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, dle kterého odvolací správní orgán, dojde-li k závěru, že je napadené rozhodnutí nesprávné nebo v rozporu s právními předpisy, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a správní řízení zastaví, neboť je zde prostor pro doplnění skutkových zjištění

a nové projednání věci ze strany Úřadu. Závěry Úřadu v návaznosti na nové projednání věci nelze v tuto chvíli předjímat. Za dané situace nelze vyloučit ani rozšíření předmětu správního řízení či zastavení správního řízení podle § 257 písm. f) zákona, dospěje-li Úřad k závěru, že v řízení z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona nebo pro uložení sankce podle § 268 zákona. Tímto není nijak předjíáno rozhodnutí Úřadu v návaznosti na nové projednání věci.

65. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

VI. Závěr

66. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.
67. Vzhledem k výše uvedenému, kdy jsem shledal důvody, pro které je nutno napadené rozhodnutí zrušit a vrátit Úřadu k novému projednání, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Česká republika - Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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