



UOHSX00EXO7K

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0082/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-21830/2021/162/BVa

Brno 01.07.2021

V řízení o rozkladu ze dne 27. 4. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky**, IČO 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0084/2021/VZ, č. j. ÚOHS-12653/2021/500/Alv ze dne 14. 4. 2021, vydanému ve správním řízení o návrhu navrhovatele –

- **SlovShore, s.r.o.**, IČO 35953713, se sídlem Ventúrská 3, 811 01 Bratislava, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 3. 2021 JUDr. Janem Lukešem, Ph.D., advokátem, IČO 66253462, se sídlem Hybernská 1007/20, 110 00 Praha 1,

na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Smlouva o poskytování Integrovaných zdrojů v rámci IS VZP ČR**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 11. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 11. 2020 pod ev. č. Z2020-041457, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 11. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 11. 2020 pod ev. č. 2020/S 230-567140, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 12. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů a ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě

návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a dále podle § 61 odst. 1 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0084/2021/VZ, č. j. ÚOHS- 12653/2021/500/Alv ze dne 14. 4. 2021

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Nařizuji z moci úřední podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, toto

p ř e d b ě ž n é o p a t ř e n í:

Zadavateli - Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, IČO 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3, **se ukládá zákaz uzavřít smlouvu** na veřejnou zakázku s názvem „Smlouva o poskytování Integračních zdrojů v rámci IS VZP ČR“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 11. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 11. 2020 pod ev. č. Z2020-041457, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 11. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 11. 2020 pod ev. č. 2020/S 230-567140, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 12. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021, a to do pravomocného ukončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0084/2021/VZ.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 2. 3. 2021 návrh navrhovatele - SlovShore, s.r.o., IČO 35953713, se sídlem Ventúrská 3, 811 01 Bratislava, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci

ze dne 2. 3. 2021 JUDr. Janem Lukešem, Ph.D., advokátem, IČO 66253462, se sídlem Hybernská 1007/20, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, IČO 41197518, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Smlouva o poskytování Integračních zdrojů v rámci IS VZP ČR“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 11. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 11. 2020 pod ev. č. Z2020-041457, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 11. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 11. 2020 pod ev. č. 2020/S 230-567140, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 28. 12. 2020, dne 12. 1. 2021 a dne 1. 2. 2021 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

2. Dne 14. 4. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0084/2021/VZ, č. j. ÚOHS-12653/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
3. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku v rozporu se zásadou přiměřenosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, ve spojení se zásadou transparentnosti vyjádřenou rovněž v § 6 odst. 1 zákona, když jako podmínku účasti v zadávacím řízení v bodu 11 ve spojení s bodem 14. 1 zadávací dokumentace stanovil nejasným způsobem požadavek na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“, která nebude součástí předmětu plnění veřejné zakázky, čímž kladl neúměrné nároky na dodavatele při přípravě nabídky.
4. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku v rozporu s § 115 odst. 1 písm. b) zákona, ve spojení s § 36 odst. 3 zákona a se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 14. 1 zadávací dokumentace nespécifikoval dostatečně konkrétně pravidla pro hodnocení nabídek ve vztahu k dílčímu kritériu hodnocení A1 - „Splnění požadavků na prototyp aplikace, prostředí aplikace, procesy, postupy vzájemné spolupráce“, jelikož zejména u požadavků hodnocených bodovou škálou neuvedl, jaké hodnoty (řešení/procesy) v rámci předloženého prototypu aplikace „Cestovní příkazy“ považuje za vhodnější a vyspělejší, a které tedy následně budou hodnoceny vyšším bodovým ohodnocením, čímž neposkytl dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení.
5. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
6. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
7. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli stanovil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč se splatností dvou měsíců ode dne nabytí právní moci rozhodnutí.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí k tomuto výroku dále uvedl, že v obecné rovině nevyklučuje možnost ověřit si na vzorovém řešení schopnosti dodavatele a seznámit se tak se způsobem, stylem, vyspělostí či originalitou jeho práce. Ve vztahu k řešenému případu proto Úřad připustil, že za účelem poskytování mj. vývojářských služeb týkajících se inovace informačního systému lze jejich kvalitu či úroveň ověřit na jejich ukázce v rámci zjednodušeného zadání pro vývoj aplikace. Současně uvedl, že v případě, kdy zadavatel hodlá

kvalitu služeb hodnotit prostřednictvím úrovně splnění jednotlivých procesů či postupů, jež jsou při vývoji aplikace realizovány, lze v uvedeném spatřovat jistou provázanost. Nicméně dle závěrů Úřadu je zákonnost požadavků na prototyp aplikace potřeba posuzovat rovněž optikou základních zásad zadávacího řízení, a to zejména zásadou přiměřenosti. Ačkoliv Úřad v daném případě připouští, že požadavek na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“ představuje vzorek poptávaného plnění (kdy vzájemná provázanost vzorku a realizovaného plnění je postavena na obdobnosti prováděných postupů a procesů při vývoji aplikací), považuje za nezbytné, aby příslušné společné atributy (vzorku a předmětu plnění) byly jasně definovány. Ani v případě, kdy by požadavky na vzorek nevybočily z oboru či oblasti předmětu veřejné zakázky, ale svou povahou či charakterem by znamenaly vůči předmětu plnění rozšíření či neúměrné požadavky kladené na dodavatele při zpracování nabídky, nebylo by dle názoru Úřadu možné tyto označit za přiměřené.

9. Dle závěrů Úřadu však požadavek zadavatele přináší, ve spojení s nejasně stanovenými požadavky na jednotlivé funkcionality prototypu (architekturu a procesy, formuláře prototypované aplikace, procesní zpracování a design aplikace), nepřiměřené náklady a současně vyvstala pochybnost, zda zadavatel nemohl stanovit požadavek na jinou aplikaci, která by byla rovněž součástí předmětu veřejné zakázky.
10. Dále Úřad uvedl, že zadávací podmínky, tak jak jsou nastaveny, zadavateli umožňují, aby nabídky hodnotil dle vlastních (ovšem dodavatelům neznámých) preferencí, tedy dle své libovůle, netransparentně a nepřezkoumatelně, namísto aby hodnotil nabídky, dle předem známých, v zadávacích podmínkách dostatečně podrobně, určitě a jednoznačně stanovených kritérií hodnocení, z nichž by byly zadavatelovy preference zřejmé. Bez určení preferencí zadavatele se tak jedná o pouhé obecné atributy, které skýtají zadavateli naprostou volnost při samotném hodnocení a neposkytují dodavatelům představu o tom, jak jimi předkládaný prototyp naplňuje požadavky zadavatele.

Rozklad zadavatele

11. Dne 27. 4. 2021 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 4. 2021. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

12. Zadavatel má za to, že z vyjádření, které již zaslal Úřadu v průběhu řízení, vyplývá, že požadavek na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“ byl zcela v souladu se zákonem. Na podané vyjádření pak v podrobnostech odkazuje.
13. Zadavatel trvá na tom, že jednotlivé požadavky na kvalitu, které bude na prototypu hodnotit, zcela odráží jeho potřeby a rovněž se vztahují k plnění, které bude dále poskytováno na základě smlouvy. Předloženým prototypem mají dodavatelé demonstrovat, že požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky splní. K tomu dále zadavatel argumentoval tím, že pokud chce pro plnění veřejné zakázky získat opravdové odborníky, pak nebylo možné stanovit jako jediné kritérium hodnocení nabídkovou cenu. Dle zadavatele je třeba vnímat rovněž to, že nepoptává pouze dodavatele služeb v oblasti vývoje, ale také dodavatele v oblasti odborných konzultací. Očekává tedy, že vybraný dodavatel nebude pouze realizátorem, nýbrž skutečným odborníkem v oblasti integrací a IT řešení.

14. Dále zadavatel trvá na tom, že pracnost přípravy požadovaného prototypu je zcela přiměřená rozsahu plnění veřejné zakázky, a že navrhovatelem uváděná pracnost přípravy nekoresponduje s konkrétními a jasnými požadavky zadavatele. Má tak za to, že jeho požadavek je v souladu se zásadou přiměřenosti a transparentnosti.
15. Zadavatel opakovaně uváděl, že souhlasí s obecnými východisky, z nichž Úřad vycházel, a má za to, že tato východiska beze zbytku naplnil právě stanovením požadavku na předložení prototypu.
16. Současně se domnívá, že jím nastavený způsob hodnocení je zcela v souladu se zákonem. Účelem hodnocení a přidělování bodů dle hodnotícího kritéria A1 není preferovat jedno řešení nebo představy hodnotící komise, ale posoudit, jestli prototyp splnil definované kritérium, a zda tak dodavatel prokázal příslušnou odbornou kvalifikaci.
17. Zadavatel dále uvedl, že s ohledem na skutečnost, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nezabýval požadavky na certifikaci, předpokládá, že tento jeho požadavek je stanoven v souladu se zákonem a v případě potvrzení napadeného rozhodnutí ho tak bude moci v dalším zadávacím řízení opakovaně použít.

Závěr rozkladu

18. Podaný rozklad neobsahuje návrh zadavatele, který by směřoval k vydání určitého rozhodnutí. S ohledem na § 82 správního řádu, tak správní orgán vychází z předpokladu, že se zadavatel domáhá zrušení napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích.

III. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

20. 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, byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
21. Napadené rozhodnutí trpí nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů ve vztahu k závěrům, na nichž stojí výrok I napadeného rozhodnutí. Současně je napadené rozhodnutí nezákonné ve výroku II. Takový nedostatek ovšem nemůže být zhojen v rámci řízení o podaném rozkladu a je tak nutné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit zpět Úřadu k novému projednání. Výroky III, IV a V napadeného rozhodnutí jsou závislé na výrocích I a II, a proto bylo napadené rozhodnutí zrušeno ve všech výrocích.

IV. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

Obecně k rozsahu přezkumu

22. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
23. Podle § 68 odst. 3 správního řádu v odůvodnění se uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
24. Správní řád v citovaném ustanovení klade na správní orgán požadavky, které musí dodržet nejen při vydání správního rozhodnutí, ale také při jeho odůvodnění. Zejména pak jde o požadavky na přezkoumatelnost, určitost, srozumitelnost, dostatečné odůvodnění a vypořádání se s námitkami a důkazními návrhy účastníků řízení. Takové požadavky na odůvodnění správního rozhodnutí dovozuje i judikatura správních soudů, např. Nejvyšší správní soud, který v rozsudku ze dne 20. 9. 2005, č. j. 2 As 18/2004-68 uvádí: *„Judikatura dospěla k závěrům, že odůvodnění musí být jasné a přesvědčivé nejen pro účastníky správního řízení, ale i ostatní orgány a osoby, aniž by se k pochopení rozhodnutí musely seznamovat s obsahem správního spisu a zjišťovat, o jakém nároku a podle jakého ustanovení bylo rozhodnuto.“* Dále pak Nejvyšší správní soud v rozsudku NSS ze dne 23. 7. 2009, č. j. 9 As 71/2008-109 uvedl, že: *„V odůvodnění musí být uvedeno, které skutečnosti vzal správní orgán za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a jaké úvahy jej vedly k uložení sankce v konkrétní výši (shodně srov. rozsudek NSS ze dne 24. 6. 2010, č. j. 9 As 66/2009-46). Nelze slevit z požadavku, že z odůvodnění každého správního rozhodnutí musí být dostatečným způsobem zřejmý vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů a právními závěry, z nichž rozhodnutí vychází.“* (pozn. ztuchnění doplněno předsedou Úřadu)
25. Správní orgán je tak povinen své rozhodnutí odůvodnit takovým způsobem, z něhož bude zřejmé, z čeho při rozhodování vycházel, k jakému dospěl k závěru a jaké důvody a úvahy ho vedly k vyslovenému závěru. Rozhodnutí a jeho odůvodnění tak musí být srozumitelné, určité a přezkoumatelné.

K nepřezkoumatelnosti ve vztahu k Úřadem uvedenému skutkovému stavu

26. Výchozími pro posouzení nepřezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů vyplývá zejména z judikatury správních soudů. K tomu lze odkázat např. na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 8 Afs 267/2017-38, ze dne 27. 2. 2019, který uvádí: *„Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno. (...) Zrušení rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost je vyhrazeno těm nejzávažnějším vadám rozhodnutí, kdy pro absenci důvodů či pro nesrozumitelnost skutečně nelze rozhodnutí meritorně přezkoumat.“*

27. V posuzovaném případě lze po posouzení napadeného rozhodnutí dospět k závěru, že toto rozhodnutí je ve vztahu k výroku I nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť nelze seznat, jaké konkrétní úvahy vedly Úřad k závěrům vysloveným v odůvodnění tohoto výroku.
28. Úřad v napadeném rozhodnutí ve výroku I rozhodl tak, že se zadavatel dopustil porušení zásady přiměřenosti a transparentnosti, ***kdýž jako podmínku účasti v zadávacím řízení v bodu 11 ve spojení s bodem 14. 1 zadávací dokumentace stanovil nejasným způsobem požadavek na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“, která nebude součástí předmětu plnění veřejné zakázky, čímž kladl neúměrné nároky na dodavatele při přípravě nabídky.***
29. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve uvedl, že obecně nevylučuje možnost zadavatele ověřit si na vzorovém řešení schopnosti dodavatele, přičemž následně naznačil, že lze spatřovat jistou provázanost požadavku zadavatele s předmětem veřejné zakázky, pokud zadavatel hodlá kvalitu služeb hodnotit prostřednictvím úrovně splnění jednotlivých procesů a postupů, které jsou při vývoji aplikace realizovány. Poté Úřad pokračoval ve svých úvahách v tom smyslu, že požadavek zadavatele na předložení vzorku musí naplňovat požadavky na přiměřenost. Po provedeném posouzení uzavřel, že požadavek zadavatele přiměřený není, neboť na dodavatele klade nepřiměřené požadavky.
30. Nepřiměřenost požadavku zadavatele Úřad dovedl v bodu 59 takto: *„V nyní prověřovaném případě navrhovatel mj. upozornil na skutečnost, že reálná pracnost vytvoření prototypu činí 100 MD s náklady v řádu stovek tisíc korun. Uvedené tvrzení tak jednoznačně koliduje s tvrzením zadavatele uvedeným ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 ze dne 23. 12. 2020, podle něhož zadavatel odhaduje pracnost na vytvoření prototypu do 5 MD a na související dokumentaci a prezentaci řešení 10 až 15 MD.“* Dále Úřad odkázal na odůvodnění k výroku II napadeného rozhodnutí a uvedl, že zadavatelem stanovený způsob hodnocení neposkytuje dodavatelům jednoznačnou odpověď na to, jaké řešení zadavatel preferuje. V takovém případě dle Úřadu nelze vyloučit, že dodavatelé přistoupí k podrobnějšímu zpracování, které je současně také řešením pracnějším. Dle závěrů Úřadu tak zadavatel tím, že nestanovil dostatečně podrobně požadavky na zpracování vzorku, zapříčinil nadměrnou pracnost jeho vytvoření, a proto je nutné takový požadavek zadavatele považovat za nepřiměřený.
31. Takto učiněný závěr však nedostojí požadavkům na přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí ve smyslu výše citovaných závěrů judikatury Nejvyššího správního soudu, neboť trpí nedostatečným odůvodněním.
32. Předně je nutné uvést, že závěr Úřadu o nepřiměřenosti požadavku zadavatele je postaven na rozpornosti odhadů zadavatele a navrhovatele ohledně pracnosti vytvoření vzorku. Zatímco zadavatel odhadl pracnost v rozsahu od 5 do 15 MD, navrhovatel v podaném návrhu odhadoval pracnost na cca 100 MD, přičemž jako přílohu návrhu zaslal Úřadu dokument, který Úřad označuje v napadeném rozhodnutí jako rozpad ceny. Úřad pak na tomto rozporu vystavěl svůj závěr o nepřiměřenosti požadavku zadavatele. Tím ovšem zatížil napadené rozhodnutí nepřezkoumatelností, neboť s tvrzením navrhovatele obsaženým v návrhu a se zasláným dokumentem naložil jako se zjištěným a prokázaným skutkovým stavem, aniž by z napadeného rozhodnutí bylo zřejmé, z jakého důvodu takto učinil. Pokud Úřad měl v úmyslu tvrzení zadavatele vzít za prokázané, bylo nutné, aby se v napadeném rozhodnutí vypořádal s tím, zda dokument předložený navrhovatelem skutečně prokazuje jeho tvrzení, a současně aby takovou úvahu srozumitelně vyložil. Teprve po takovém posouzení by mohl

dále posuzovat přiměřenost požadavku zadavatele. Za situace, kdy však takový postup Úřad nezvolil, nelze jeho závěry považovat za přezkoumatelné.

K nepřezkoumatelnosti ve vztahu k vytýkanému porušení zásad

33. Úřad v napadeném rozhodnutí ve výroku I vymezil pochybení zadavatele tak, že zadavatel postupoval „v rozporu se zásadou přiměřenosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou transparentnosti vyjádřenou rovněž v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když jako podmínku účasti v zadávacím řízení v bodu 11 ve spojení s bodem 14. 1 zadávací dokumentace stanovil nejasným způsobem požadavek na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“, která nebude součástí předmětu plnění veřejné zakázky, čímž kladl neúměrné nároky na dodavatele při přípravě nabídky.“ Takový způsob vymezení výroku ovšem nelze považovat za přezkoumatelný.
34. Úřad vymezil pochybení zadavatele ve vztahu k porušení dvou zákonných zásad, a to jednak zásady transparentnosti a jednak zásady přiměřenosti. Z obsahu samotného výroku vyplývá, že zadavatel se tohoto pochybení měl dopustit tím, že kladl neúměrné nároky na dodavatele při přípravě nabídky. Toto vymezení však z jazykového hlediska logicky směřuje toliko k porušení zásady přiměřenosti (*neúměrný* je synonymní k *nepřiměřený*), nikoliv k porušení zásady transparentnosti. Současně ovšem ani odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje žádné závěry, které by Úřad vztáhl k zásadě transparentnosti. V bodu 64 napadeného rozhodnutí Úřad poté, co se v předchozích bodech zabývá postupem zadavatele ve vztahu k zásadě přiměřenosti, konstatuje závěr, že se zadavatel dopustil porušení zásady přiměřenosti „ve spojení“ se zásadou transparentnosti. K tomuto závěru však Úřad žádné posouzení transparentnosti postupu zadavatele neprovedl.
35. Výrok I. proto nemůže obstát, neboť napadené rozhodnutí ve výrokové části ani v odůvodnění neobsahuje žádné závěry či úvahy Úřadu směřující k vyslovenému závěru o tom, že by se zadavatel kromě porušení zásady přiměřenosti měl dopustit rovněž porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona. Napadené rozhodnutí je proto i v této části nepřezkoumatelné, neboť nelze zjistit, z jakého důvodu Úřad rozhodl tak, jak rozhodl.

K nesprávnému závěru Úřadu

36. Nicméně je třeba současně Úřad upozornit na to, že jeho následný závěr o nepřiměřenosti požadavku zadavatele je nesprávný a nezákonný. I pokud by Úřad postupoval při zjištění skutkového stavu tak, jak bylo naznačeno výše, neměnilo by to nic na skutečnosti, že úvaha Úřadu o nepřiměřenosti požadavku zadavatele, která je založena na poměření představ zadavatele a navrhovatele o pracnosti vytvoření vzorku, není správná. Úřadu je možné dát částečně za pravdu v části, v níž se zabývá obecnými úvahami o zásadě přiměřenosti. Avšak v daném případě Úřad nastíněným východiskům nedostál.
37. Předmětem přezkumu úkonu zadavatele je v daném případě požadavek na předložení vzorku. Přiměřenost tohoto je tak nutné zkoumat ve vztahu k charakteru nebo předmětu veřejné zakázky, a nikoliv ve vztahu k představám účastníků zadávacího řízení, a to bez ohledu na to, jak konkrétně jsou vyjádřené. V daném případě ovšem Úřad porušení zásady přiměřenosti dovodil bez toho, aniž by poměřil požadavek zadavatele s charakterem nebo předmětem

veřejné zakázky, čímž se odchýlil od smyslu a účelu zásady přiměřenosti stanovené v § 6 zákona.

38. Ačkoliv zákon přímo nehovoří o přiměřenosti ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, lze tento smysl a účel vysledovat zejména z důvodové zprávy k zákonu, která k § 6 uvádí: *„Zásada přiměřenosti je nově výslovně uvedena a vychází z evropských směrnic. Zadavatel musí podle této zásady kromě dalšího nastavit parametry zadávacího řízení tak, aby byly přiměřené charakteru či předmětu veřejné zakázky. To platí například pro nastavení požadavků zadavatele, nebo pro stanovení délky lhůt.“* (pozn. ztůčnění provedeno předsedou Úřadu) Obdobně pak zásadu přiměřenosti vykládá i komentářová literatura, např. publikace *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017*, podle níž: *„Zásada přiměřenosti je zásadou v normativním textu evropských zadávacích směrnic i ZVZ zásadou novou. Právu veřejných zakázek však zcela cizí není, neboť byla uvedena (ještě se zásadou vzájemného uznávání) již v odst. 2 preambule Směrnice 2004/18/ES, resp. odst. 9 preambule Směrnice 2014/17/ES; v ZVZ 2006 však uvedena výslovně nebyla. S ohledem na tyto skutečnosti k ní neexistuje dosud žádná relevantní národní či evropská judikatura vztahující se přímo k veřejným zakázkám. Ústavní soud v obecné rovině rozlišuje dvojí pojetí přiměřenosti. Může se jednat buď o zásadu umožňující srovnávání s obecnými hledisky (srov. nálezn sp. zn. III. ÚS 350/03), anebo přímé srovnávání srovnatelných kategorií (proporcionalitu) (srov. nálezn pléna sp. zn. Pl. ÚS 33/97). Anglické znění směrnic používá výraz „proportionality“ nebo „in a proportionate manner“, které je v českém znění přeloženo jako „přiměřenost“ (ve Směrnici 2014/18/ES jako „proporcionalita“). Německá verze však používá výraz „Verhältnismäßigkeit“, které je možno (doslovně) přeložit jako přiměřenost poměrům. Spíše by mělo jít o pojetí první, což ostatně naznačují i konkrétní projevy této zásady, které bylo možné najít (bez použití slova „přiměřený“) již v ZVZ 2006. Jednalo se například o stanovení požadavků na kvalifikaci [například § 50 odst. 3 nebo § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ 2006], ve kterých byl referenčním rámcem předmět veřejné zakázky. Obdobně také stanovení délky lhůt v zadávacích řízeních (§ 39 a násl. ZVZ 2006). ZVZ pak již slovo přiměřeně používá nad rámec uvedené zásady často i výslovně, zejména v ustanoveních, která se týkají stanovení lhůt (například § 36, 46, 48, 61, 62, 72 či 85), ale rovněž ve vztahu k přiměřeným opatřením (§ 36, 49, 96), k zajištění přiměřené hospodářské soutěže (§ 79) či k přiměřenosti vůči hodnotě a cílům veřejné zakázky (§ 89). V negativním pojetí se hovoří o nepřiměřených obtížích (§ 64), nepřiměřeném úsilí (§ 118), nepřiměřených nákladech (§ 168) a nepřiměřených důsledcích (§ 264). Veškeré tyto situace mohou dle názorů autorů komentáře sloužit jako pomůcky při hledání významu této nové základní zásady.“*
39. Je tak zřejmé, že pokud je konkrétní požadavek zadavatele přezkoumáván z pohledu zásady přiměřenosti, pak za referenční rámec takového přezkumu je třeba považovat charakter či předmět veřejné zakázky. S ohledem na zde uvedené je proto uvedený závěr Úřadu nutné považovat za nezákonný. To ovšem nic nemění na tom, že tomuto nezákonnému dílčímu závěru nejprve předchází nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů ve vztahu ke zjištěnému skutkovému stavu.
40. Jako první tedy napadené rozhodnutí stíhá nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů, která zatěžuje napadené rozhodnutí takovým způsobem, který nelze odstranit v řízení o rozkladu. V důsledku toho je nutné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení.

K nedostatečnému vymezení předmětu veřejné zakázky

41. Jak bylo uvedeno výše, je nutné zásadu přiměřenosti při zkoumání požadavku zadavatele poměřit s charakterem a předmětem veřejné zakázky. Z obsahu napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad pouze nastínil úvahu o tom, zda požadavek zadavatele má či nemá souvislost s předmětem veřejné zakázky, aniž by o tomto učinil jednoznačný závěr. Následně pak výrok I napadeného rozhodnutí vymezil pouze ve vztahu k porušení základních zásad.
42. V bodu 55 napadeného rozhodnutí Úřad k předmětu veřejné zakázky uvedl následující: *„Z bodu 6.2 zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem plnění prověřované veřejné zakázky je poskytování služeb v oblastech odborných konzultací a vývoje. Služby odborných konzultací se mají týkat oblasti integrací, zpracování studií, procesů a analytické a zadávací dokumentace pro vývoj. Služby oblasti vývoje pak budou zahrnovat vývoj a řešení incidentů z testování, nasazování a provozu integračních služeb, statistických sestav, reportů a dashboardů o provozu integračních služeb v centrálním úložišti logů, integračních a aplikačních komponent, integrace a konfigurace agentů a nástrojů Azure DevOps s Oracle. V rámci prověřované veřejné zakázky tedy zadavatel poptává specializované služby (konzultační a vývojové) za účelem inovace integrační platformy svého stávajícího informačního systému.“*
43. Toto vymezení předmětu je však pouze doslovným přepisem předmětu plnění tak, jak jej uvedl zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně v bodu 6.2 zadávací dokumentace. Stejně tento předmět vymezil Úřad i v bodech 47 a 48 napadeného rozhodnutí jako skutkový stav daného případu. Dále ovšem Úřad, aniž by jakkoliv hodnotil, co je skutečně předmětem veřejné zakázky, uvedl v tomtéž bodu výše, že: *„Ve vztahu k obsahu předmětu plnění a požadavku na předložení prototypu aplikace „Cestovní příkazy“ tedy Úřad nejprve posoudil jejich souvislost (tj. zda předmětný požadavek na prototyp souvisí s předmětem veřejné zakázky).“* Dále pak Úřad v bodu 56 napadeného rozhodnutí uvedl: *„že ačkoliv zadavatel neplánuje požadovaný prototyp aplikace nikdy využít v praxi (tedy ani v rámci předmětu plnění prověřované veřejné zakázky), spatřuje jeho souvislost s předmětem plnění v jednotlivých požadavcích stanovených na prototyp pro účely hodnocení (v požadavcích na architekturu, technologie, procesy, design a dokumentaci). Uvedenou skutečnost zadavatel potvrdil i ve vyjádření k návrhu, kde uvedl: „Dodavatelé na předloženém prototypu (...) mají demonstrovat, že požadavky Zadavatele na architekturu, technologie, procesy aj. budou schopni plnit v rámci následného poskytování služeb, které tvoří (...) předmět plnění této veřejné zakázky.“. Je tedy zřejmé, že zadavatel hodlá na prototypu aplikace sledovat přístup dodavatelů ke konkrétnímu zadání a při porovnání jednotlivých předložených řešení vyhodnotit, do jaké míry jsou dodavatelé schopni splnit jednotlivé požadavky, které dle jeho vyjádření budou rovněž promítnuty do předmětu plnění.“*
44. Úřad tak v zásadě pouze převzal tvrzení a vyjádření zadavatele bez toho, aby si učinil úsudek o tom, zda tvrzení a vyjádření zadavatele skutečně odpovídají předmětu plnění, které vymezil v zadávací dokumentaci. Následně pak k takto „převzatému“ předmětu plnění poměřuje požadavek zadavatele na předložení vzorku. Takový závěr Úřadu však nelze považovat za přezkoumatelný. Úřad měl nejprve jasným a srozumitelným způsobem vymezit, co je skutečně předmětem veřejné zakázky a teprve následně mohl poměřovat požadavek na předložení prototypu s takto jasně vymezeným předmětem veřejné zakázky. Pokud tak neučinil, jeho rozhodnutí nemůže ve světle § 68 odst. 3 správního řádu obstát a je nutné je označit za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

K nesprávnému posouzení právní otázky ve vztahu k výroku II

45. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se zadavatel dopustil porušení § 115 odst. 1 písm. b) zákona, ve spojení s § 36 odst. 3 zákona a se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 14. 1 zadávací dokumentace nespécifikoval dostatečně konkrétně pravidla pro hodnocení nabídek ve vztahu k dílčímu kritériu hodnocení A1 s tím, že nedostatečně přesně vymezil, jaké řešení bude považovat za lepší či vyspělejší, a neposkytl tak dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení.
46. Úřad se při odůvodnění tohoto závěru zaměřil na ta hodnotící kritéria a podkritéria, která měla být při hodnocení nabídek hodnocena bodovým rozmezím. Dle závěru Úřadu zadavatel u takto nastavených kritérií a podkritérií hodnocení v zadávací dokumentaci nevymezil, jaké řešení bude považovat za lepší a které tedy dostane více bodů. Dle názoru Úřadu tak dodavatelé nedostali informaci o tom, co bude zadavatel hodnotit lépe, přičemž poskytnutí takových informací je podstatné pro to, aby dodavatelé mohli odpovídajícím způsobem koncipovat své nabídky.
47. Takové závěry Úřadu ovšem v daném případě neodpovídají smyslu a účelu zákonné úpravy, a proto je nelze považovat za správné.
48. Podle § 115 odst. 1 zákona zadavatel musí v zadávací dokumentaci stanovit pravidla pro hodnocení nabídek, která zahrnují a) kritéria hodnocení, b) metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích a c) váhu nebo jiný matematický vztah mezi kritérii.
49. Úřad pochybení zadavatele spatřuje v tom, že nestanovil pravidla pro hodnocení nabídek v souladu s § 115 odst. 1 písm. b) zákona, tedy že nestanovil metodu hodnocení nabídek. Takový závěr Úřadu lze ovšem považovat za nepřiměřeně formalistický.
50. Z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel stanovil celkem 3 hodnotící kritéria, a to kritérium A1 s názvem „Splnění požadavků na prototyp aplikace, prostředí aplikace, procesy, postupy vzájemné spolupráce“ s váhou 40 %, kritérium A2 s názvem „Certifikace členů realizačního týmu“ s váhou 30 % a kritérium B s názvem „Celková nabídková cena (v Kč bez DPH)“ s váhou 30 %. Kritérium A1 je dále děleno na celkem 46 podkritérií hodnocení. Pro některá z těchto podkritérií zvolil zadavatel metodu hodnocení podle bodové škály od 0 bodů do 3 bodů, případně od 0 bodů do 5 bodů. Celkem se tento způsob hodnocení týkal 16 podkritérií. Zadavatel ke způsobu hodnocení v zadávací dokumentaci uvedl následující: *„U požadavků, které jsou hodnoceny bodovou škálou (modrá pole), odborná komise společně zohlední u každé nabídky vhodnost a vyspělost nabízeného řešení/procesu ve vztahu k jednotlivým požadavkům zadavatele a dle toho nakolik odráží potřeby zadavatele, řešení přidělí body. Tzn., že žádná z nabídek nemusí získat maximální bodové ohodnocení u jednotlivých požadavků, pokud žádné z nabízených řešení nebude dostatečně odrážet potřeby zadavatele v rámci konkrétního požadavku.“* Současně pak tento postup hodnocení doplnil tabulkou, v níž uvedl, v jakém případě dodavatel získá při hodnocení splnění požadavku hodnocených bodovou škálou 5, 3, 2, 1 nebo 0 bodů. Z této vyplývá, že zadavatel bude hodnotit nejvyšším počtem bodů, tj. 5 nebo 3 body takovou nabídku, která: *„Odráží vhodnost a vyspělost nabízeného řešení nebo procesu předmětné nabídky v rámci konkrétního požadavku s ohledem na plnou integraci požadavků do procesů, architektury, řešení (prototyp aplikace), vlastností použitého frameworku i dalších použitých nástrojů. Zadavatel nemá k*

nabízenému řešení připomínky.“ Podobným způsobem pak zadavatel vymezuje postup přidělení bodů v hodnotách 2, 1 nebo 0.

51. Ačkoliv lze obecně souhlasit s názorem Úřadu, že metoda přiřazení bodů popsaná zadavatelem je spíše obecnější a nemusí dodavatelům poskytovat naprosto jednoznačné informace o tom, za co dostanou kolik bodů, nelze i přesto takto zvolený způsob hodnocení považovat za rozporný s § 115 odst. 1 písm. b) zákona. Naopak lze dospět k opačnému závěru, a to že zadavatel tomuto zákonnému ustanovení dostál, neboť v zadávací dokumentaci jednak stanovil metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích a jednak dostatečným způsobem popsal způsob a postup přiřazení bodových hodnot nabídkám v jednotlivých podkritériích.
52. Současný zákon o veřejných zakázkách klade větší důraz na to, aby zadavatelé hodnotili nabídky na veřejné zakázky nikoliv výhradně podle nabídkové ceny, ale podle ekonomické výhodnosti. I přesto, že tuto možnost obsahoval i dřívější zákon o veřejných zakázkách, uchýlovali se zadavatelé častěji spíše k hodnocení podle nejnižší nabídkové ceny. Nicméně s vývojem rozhodovací praxe došlo k poměrně výraznému posunu i u zadavatelů, kteří ve větší míře k hodnocení nabídek používají i kritéria kvality. V souvislosti s tím lze konstatovat, že i na straně zadavatelů dochází k pozitivnímu vývoji nejen, co se týče samotného použití kritérií kvality, ale také v nastavování metod a způsobů jejich hodnocení v zadávacích podmínkách. Při přezkoumávání zadávacích podmínek, které stanoví způsob hodnocení nabídek podle kritérií kvality, je však nutné nalézt rovnováhu v právech a povinnostech zadavatelů a dodavatelů. Nelze proto požadavky na přesnost vymezení hodnotících kritérií vykládat tak, že dodavatel musí ze zadávacích podmínek vždy získat zcela přesnou informaci o tom, kolik bodů dostane za každý aspekt podané nabídky. To platí zvláště za situace, kdy je proti tomu postavena povinnost zadavatele hodnotící kritéria vymežit tak přesným způsobem, že mu již neumožňují jakékoliv subjektivní posouzení nabídky.
53. Účelem subjektivních hodnotících kritérií je poskytnout prostor subjektivnímu uvážení zadavatele při hodnocení nabídek. Při posouzení právní otázky, do jaké míry musí být stanovená hodnotící kritéria konkrétní, je třeba především vycházet z jejich účelu. Pokud je to možné, zadavatel se musí snažit tato kritéria v zadávací dokumentaci co nejvíce objektivizovat. Nicméně, právě proto, že podstata subjektivních hodnotících kritérií souvisí s uvážením zadavatele, nelze požadavek objektivizace aplikovat tak přísně, aby subjektivní hodnotící kritérium ztratilo svůj význam tím, že by se stalo až příliš objektivním. U každého subjektivního hodnotícího kritéria jistě existuje určitá hranice, kterou už při jeho objektivizaci nelze přestoupit, jinak by se setřel jeho význam kritéria subjektivního.
54. Zákon v § 116 odst. 2 uvádí, že kritériem kvality mohou být například i estetické nebo funkční vlastnosti či uživatelská přístupnost. Dle odstavce třetího téhož ustanovení musí být kritéria kvality vymezena tak, aby podle nich nabídky mohly být porovnatelné a naplnění kritérií ověřitelné.
55. Zadavatel u takovýchto subjektivních hodnotících kritérií musí specifikovat, na základě čeho bude naplnění těchto kritérií hodnotit, tzn. že musí podrobně rozepsat, co bude hodnotit (předmět hodnocení), jaké vlastnosti předmětu hodnocení mají vliv na výsledek hodnocení, a nakonec jakou metodou bude přidělovat ohledně jednotlivých kritérií a dílčích kritérií bodové hodnocení. Takové vymezení vyplývá i z judikatury správních soudů, konkrétně např.

z rozsudku krajského soudu v Brně ze dne 25. 2. 2020 č. j. 31 Af 35/2018-75 podle nějž: „Na zadavateli bylo, aby jasně uvedl, co je pro něj důležité (tj. jasně vymezil kritéria kvality), jak moc je to pro něj důležité (aby těmto kritériím přidělil váhu) a k čemu bude při hodnocení míry naplnění jednotlivých kritérií přihlížet (uvedl určitá hlediska, metodu hodnocení, vysvětlení kritéria).“ (bod 26 rozsudku). Ačkoliv předmětem posouzení případu, k němuž se vztahuje citovaný rozsudek, bylo zadání koncese, lze závěry ohledně kritérií kvality aplikovat i na daný případ. Současně je vhodné citovat i další ze závěrů obsažených v uvedeném rozsudku, v němž krajský soud uvádí: „Požadavek na srozumitelnost a jednoznačnost kritérií kvality ale neznámá nutnost stanovit kritéria tak, aby hodnocení nabídek bylo vždy výsledkem matematického výpočtu či určitého měření. V rámci kritérií kvality může zadavatel vznášet řadu požadavků, které nebudou zcela exaktně měřitelné. Může se přitom jednat o zcela legitimní požadavky odpovídající předmětu veřejné zakázky (resp. koncese) i smyslu právní úpravy. **V takovém případě je vytvářen určitý prostor pro uvážení hodnotící komise, který sám o sobě nepředstavuje rozpor s právní úpravou zadávání veřejných zakázek (srov. žalobcem citovaný rozsudek Soudního dvora ve věci TNS Dimarso NV). Jestliže stanovený způsob hodnocení kritérií kvality připouští uvážení hodnotící komise, neznámá to nutně, že by se jednalo o netransparentní postup. Transparentnost se odvíjí od rozsahu takového uvážení. Jestliže je samotné kritérium kvality či způsob jeho hodnocení natolik vágní či nejednoznačný, že umožňuje svévoli hodnotící komise, lze jistě hovořit o netransparentním vymezení zadávacích podmínek. Je však nutno rozlišovat mezi tím, kdy zadávací podmínky ponechávají hodnotící komisi prostor pro svévoli a kdy ji pouze ponechávají právem aprobovaný prostor pro uvážení.**“ (bod 16 rozsudku; tučné zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).

56. V daném případě zadavatel vymezeným požadavkům dostal, neboť v rámci jednotlivých kritérií i podkritérií hodnocení podrobně popsal, co bude hodnotit, a vymezil, jaké vlastnosti budou mít vliv na hodnocení. Současně pak popsal i metodu přidělení bodového hodnocení. Současně ovšem možný prvek nejistoty je zadávacími podmínkami natolik omezen, že hodnotící komisi při hodnocení nabídek ponechává toliko aprobovaný prostor pro uvážení, aniž by vzbuzoval pochybnosti o možnosti svévole při hodnocení. Zadavatel tak vyvinul dostatečné úsilí k tomu, aby svá hodnotící kritéria objektivizoval. Tam, kde mohl, snažil se o co nejpodrobnější popis nastavených hodnotících kritérií. Tam, kde to z podstaty věci možné není, uvedl alespoň východiska, ze kterých bude při hodnocení vycházet. Je proto třeba uzavřít, že zadavatel nastavil hodnotící kritéria napadaná návrhovatelem v souladu se zákonem.
57. Pokud tedy Úřad ve vztahu k výroku II spatřuje pochybení zadavatele v tom, že nedostatečně přesně stanovil metodu hodnocení tak, aby dodavatelé přesně věděli, jak jejich nabídka bude hodnocena ve vztahu ke všem aspektům, pak takový závěr Úřadu nelze považovat za správný, neboť jde proti smyslu a účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je to, aby zadavatel získal ekonomicky nejvýhodnější nabídku.
58. S ohledem na zde uvedené tak bylo napadené rozhodnutí zrušeno i ve výroku II, a to z důvodu nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky v řízení před Úřadem.

K nařízení předběžného opatření

59. Podle § 61 odst. 1 správního řádu správní orgán může z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce.
60. V daném případě se výrokem I tohoto rozhodnutí ruší napadené rozhodnutí, a to včetně výroku IV, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. S ohledem na tuto skutečnost je nutné nařídit předběžné opatření, neboť již uplynula tzv. blokační lhůta stanovená v § 246 a současně s právní mocí tohoto rozhodnutí dojde i ke zrušení zákazu uzavřít smlouvu dle napadeného rozhodnutí. V důsledku toho by bez nařízení předběžného opatření nastala situace, kdy zadavateli by nic nebránilo uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Uzavřením smlouvy by ovšem došlo ke zmaření účelu vedeného správního řízení a naplnění podmínky pro zastavení správního řízení o návrhu navrhovatele dle § 257 písm. j) zákona.
61. S ohledem na konkrétní okolnosti, zjištěný stav věci a dosavadní průběh tohoto správního řízení, tedy fakt, že se výrok I napadeného rozhodnutí ruší pro nepřezkoumatelnost, přičemž odstranění této vady s sebou pravděpodobně ponese i nutnost dalšího prošetření skutkového stavu minimálně co předmětu veřejné zakázky, je třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků řízení zejména během nového projednání věci Úřadem. Z důvodu stávajícího procesního stavu tohoto správního řízení, tak přetrvává jeho účel a přetrvává tedy potřeba zajistit možnost uložení (eventuálního) nápravného opatření dle § 263 odst. 2 zákona.
62. Z toho důvodu bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozhodnutí, a bylo nařízeno předběžné opatření, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

Další postup Úřadu

63. V dalším řízení je Úřad vázán závaznými právními závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí.
64. Úřad bude při dalším řízení povinen znovu přezkoumat postup zadavatele, a to ve vztahu k výroku I napadeného rozhodnutí. Při novém posouzení věci by se Úřad měl opětovně zabývat otázkou, zda postup zadavatele je či není v souladu se zákonem. V případě, že po opětovném posouzení znovu shledá v zadavatelově postupu porušení základních zásad přiměřenosti a transparentnosti, bude povinen své úvahy přezkoumatelným způsobem zdůvodnit. Úvahy Úřadu by pak měly vycházet ze základního vymezení otázky, zda zadavatel mohl požadovat předložení vzorku, tak jak jej požadoval v zadávací dokumentaci, přičemž však byl povinen svůj požadavek lépe definovat v souladu se zásadou transparentnosti, anebo nebyl oprávněn předložení vzorku požadovat, neboť je takový požadavek nepřiměřený. K tomu je nutné dále uvést, že nelze primárně vyloučit to, aby zadavatel svým postupem porušil současně více zásad dle § 6 zákona, avšak pokud Úřad takové porušení shledá, je nutné, aby konkrétní prvky postupu zadavatele právně kvalifikoval ve vztahu ke jednotlivým zásadám, jejichž porušení zadavateli vytýká.
65. Nad výše uvedené má předseda Úřadu za to, že by se Úřad měl rovněž zabývat tím, zda postup zadavatele odpovídá zákonným požadavkům stanoveným v § 36 odst. 1 zákona, tedy zda tento neklade bezdůvodné překážky hospodářské soutěži.

66. Pro další postup Úřadu však je nutné posoudit ještě jednu část napadeného rozhodnutí, která sice nevykazuje znaky nepřezkoumatelnosti či nezákonnost, nicméně s ohledem na daný případ se jeví jako nelogická.
67. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl: *„Je tedy zřejmé, že zadavatel hodlá na prototypu aplikace sledovat přístup dodavatelů ke konkrétnímu zadání a při porovnání jednotlivých předložených řešení vyhodnotit, do jaké míry jsou dodavatelé schopni splnit jednotlivé požadavky, které dle jeho vyjádření budou rovněž promítnuty do předmětu plnění. K tomu dále uvedl, že obecně takovou možnost nevyklučuje, ale že je nutné na požadavek zadavatele pohlížet rovněž optikou základních zásad. Zejména v případě, kdy zadavatel zvolil pro „ukázkou práce“ vytvoření prototypu aplikace, která nebude součástí předmětu plnění, je nezbytné, aby se požadavky na „předváděnou práci“ neodlišovaly od požadavků na poptávané plnění, a tedy na požadovaný prototyp zadavatel nekladal požadavky, které se vůbec do předmětu plnění nepromítnou. V opačném případě by totiž požadavek na předložení vzorku (prototypu) nebyl přiměřený ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Ani v případě, kdy by požadavky na vzorek nevybočily z oboru či oblasti předmětu veřejné zakázky, ale svou povahou či charakterem by znamenaly vůči předmětu plnění rozšíření či neúměrné požadavky kladené na dodavatele při zpracování nabídky, nebylo by možné tyto označit za přiměřené.“*
68. Úřad se tak hned na počátku posouzení daného případu zcela vyhnul posouzení toho, zda požadavek zadavatele má či nemá souvislost s předmětem veřejné zakázky a namísto toho, aby nejprve zodpověděl tuto otázku, posuzoval zákonnost postupu ve vztahu k zásadě přiměřenosti.
69. Z výše uvedeného vyplývá, že požadavek zadavatele musí naplnit současně dvě podmínky. Jednak je to podmínka souvislosti s předmětem veřejné zakázky, a jednak podmínka přiměřenosti k charakteru a předmětu veřejné zakázky. Pokud by i jedna z těchto podmínek splněna není, nelze takový požadavek zadavatele považovat za souladný se zákonem. I přesto, že jde o podmínky, které musí být naplněny kumulativně, a nezáleží tedy na jejich pořadí, jeví se jako vhodnějším takový postup, který nejprve přezkoumá naplnění první z podmínek, neboť poměření požadavku na konkrétně vyjádřený předmět veřejné zakázky bude zpravidla jednodušší než posuzování toho, zda požadavek zadavatele dostojí neurčitě vyjádřené zásadě přiměřenosti ve vztahu k charakteru a předmětu veřejné zakázky. Za vhodnější s ohledem na zásadu procesní ekonomie tak lze považovat spíše zde nastíněný postup. To ovšem nic nemění na skutečnosti, že ani postup zvolený Úřadem, kdy Úřad nejprve posoudil přiměřenost požadavku nelze primárně považovat za nesprávný či nezákonný, to ovšem za předpokladu, pokud by Úřad řádně vymezil předmět veřejné zakázky.
70. Aby tak Úřad vůbec mohl provést posouzení zákonnosti požadavku zadavatele, bude nejprve nutné provést důkladné posouzení toho, co je skutečným předmětem veřejné zakázky. V novém rozhodnutí ve věci tak Úřad bude povinen uvést přezkoumatelné úvahy o tom, co skutečně tvoří předmět veřejné zakázky. Teprve po takovém posouzení může Úřad s tímto předmětem porovnat požadavek zadavatele na předložení vzorku, a to z hlediska jeho souvislosti a přiměřenosti.
71. V případě, že by Úřad po provedeném posouzení dospěl k závěru, že nemá potřebné odborné znalosti na to, aby předmět veřejné zakázky posoudil, bude nutné zajistit posouzení osobou odborně způsobilou.

72. V případě, že by Úřad po novém přezkoumání věci dospěl k závěru, že požadavek zadavatele je v souladu se zákonem, bude nutné, aby se zabýval zbývajícím obsahem návrhu navrhovatele, který s odkazem na zásadu procesní ekonomie v napadeném rozhodnutí nevypořádal.

Závěr

73. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nerozhodl správně a v souladu se zákonem, byly shledány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku I tohoto rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že dále přetrvává potřeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, bylo výrokem II tohoto rozhodnutí nařízeno předběžné opatření.

POUČENÍ

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

Proti výroku II tohoto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který o něm rozhoduje. Rozklad proti výroku II tohoto rozhodnutí nemá podle § 61 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů odkladný účinek. Rozklad se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

- 1) Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky, se sídlem Orlická 2020/4, 130 00 Praha 3
- 2) JUDr. Jan Lukeš, Ph.D., advokát, se sídlem Hybernská 1007/20, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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