UOHSX00FGVUO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0157/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-39736/2021/161/ZSř

Brno 29. 11. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 29. 9. 2021, který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podán zadavatelem -

- **Česká republika - Ministerstvo práce a sociálních věcí**, IČO 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 376/1, 128 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ, č. j. ÚOHS-31064/2021/500/ISo ze dne 13. 9. 2021, vydanému ve společném správním řízení vedeném Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ, spojujícím správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ zahájené dne 1. 2. 2021 na návrh navrhovatele -

- **OKsystem a.s.**, IČO 27373665, se sídlem Na Pankráci 1690/125, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena JUDr. Danielem Chamrádem, advokátem ev. č. ČAK 04825, se sídlem K Hutím 665/5, 198 00 Praha 9,

z téhož dne, a dále správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0135/2021/VZ zahájené dne 8. 4. 2021 z moci úřední, přičemž obě jmenovaná správní řízení byla do společného správního řízení spojena dne 21. 5. 2021, ve věci přezkoumání úkonů výše označeného zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Podpora, nutný rozvoj a ukončení OKaplikací rezortu MPSV**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 9. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 9. 2020 pod ev. č. Z2020-032736, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 10. 2020, dne 29. 10. 2020, dne 9. 11. 2020, dne 4. 12. 2020 a dne 8. 1. 2021, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 9. 2020 pod ev. č. 2020/S 183-442345,

ve znění oprav uveřejněných dne 20. 10. 2020 pod ev. č. 2020/S 204-497171, dne 30. 10. 2020 pod ev. č. 2020/S 212-519613, dne 9. 11. 2020 pod ev. č. 2020/S 218-536133, dne 4. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 237-585878 a dne 8. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 005-007737,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S0040/2021/VZ, č. j. ÚOHS-31064/2021/500/ISo ze dne 13. 9. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Česká republika - Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČO 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 376/1, 128 00 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“) - jakožto veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1], zahájil dne 16. 9. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění (dále jen „**oznámení**“) otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Podpora, nutný rozvoj a ukončení OKaplikací rezortu MPSV“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 9. 2020 pod ev. č. Z2020-032736, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 10. 2020, dne 29. 10. 2020, dne 9. 11. 2020, dne 4. 12. 2020 a dne 8. 1. 2021, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 9. 2020 pod ev. č. 2020/S 183-442345, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 10. 2020 pod ev. č. 2020/S 204-497171, dne 30. 10. 2020 pod ev. č. 2020/S 212-519613, dne 9. 11. 2020 pod ev. č. 2020/S 218-536133, dne 4. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 237-585878 a dne 8. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 005-007737 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dle bodu 4 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) mělo být předmětem veřejné zakázky zajištění provozu a podpory funkčního celku aplikací, souhrnně pojmenovaných jako OKaplikace (dále jen „**OKaplikace**“), v souladu s dále stanovenými zadávacími podmínkami, zejména s přílohou B ZD a závazným návrhem smlouvy na veřejnou zakázku (dále jen „**návrh smlouvy**“). Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil zadavatel v bodě 3 ZD v částce 600 000 000 Kč bez DPH.

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

3. Lhůtu pro podání nabídek stanovil zadavatel v bodě 15 ZD do 30. 10. 2020 do 10 hodin, tj. v délce 43 dnů a 10 hodin. Zadavatel provedl v průběhu zadávacího řízení řadu vysvětlení a doplnění ZD ve smyslu § 98 a § 99 zákona a v návaznosti na učiněné změny ZD postupně prodloužil lhůtu pro podání nabídek až do 8. 1. 2021 do 10 hodin.

4. Dne 5. 1. 2021 podala společnost - OKsystem a.s., IČO 27373665, se sídlem Na Pankráci 1690/125, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena JUDr. Danielem Chamrádem, advokátem ev. č. ČAK 04825, se sídlem K Hutím 665/5, 198 00 Praha 9 (dále jen „**navrhovatel**“), námitky proti zadávacím podmínkám a dalším úkonům zadavatele ve smyslu § 241 zákona (dále jen „**první námitky**“). V prvních námitkách navrhovatel zejména namítal, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 99 odst. 2 zákona v souvislosti s vysvětlením ZD č. 7 ze dne 1. 12. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 7**“) a s vysvětlením ZD č. 10 ze dne 15. 12. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 10**“) neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby činila nejméně celou svou původní délku, a dále porušení zásady transparentnosti ve vztahu k vymezení podmínek pro pořizování licencí k tzv. standardnímu softwaru (v návaznosti na provedená vysvětlení ZD), nepřiměřené stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a limitu nabídkové ceny a nepřiměřenost smluvních a kvalifikačních podmínek. První námitky zadavatel rozhodnutím ze dne 20. 1. 2021, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl (dále jen „**první rozhodnutí o námitkách**“).

5. Dne 7. 1. 2021 podal navrhovatel další námitky ve smyslu § 241 zákona datované dnem 6. 1. 2021 (dále jen „**druhé námitky**“), v nichž dále namítal nezákonnost postupu zadavatele v souvislosti s prodlužováním lhůty pro podání nabídek. Druhé námitky zadavatel rozhodnutím ze dne 22. 1. 2021, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, rovněž odmítl (dále jen „**druhé rozhodnutí o námitkách**“).

6. Navrhovatel se s obsahem prvního a druhého rozhodnutí o námitkách neztotožnil, načež dne 1. 2. 2021 podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgánu příslušného podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne (dále jen „**návrh**“). Podaným návrhem, reflektujícím obsah prvních i druhých námitek, se navrhovatel domáhal zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

7. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo, podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), k zahájení správního řízení ve věci návrhu navrhovatele, vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ (dále též jen „**řízení o návrhu**“).

8. Dne 8. 4. 2021 vydal Úřad rozhodnutí v části věci sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ, č. j. ÚOHS-11985/2021/500/AIv (dále jen „**částečné rozhodnutí**“), jímž rozhodl o tom, že se správní řízení v části věci týkající se namítaného porušení § 99 odst. 2 zákona zadavatelem při změnách podmínek technické kvalifikace prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 a č. 10 podle § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť návrhu navrhovatele v této části nepředcházely řádně a včas podané námitky. Proti částečnému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který předseda Úřadu rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0080/2021/VZ, č. j. ÚOHS-21463/2021/162/JSr ze dne 7. 7. 2021 zamítl a částečné rozhodnutí jako věcně správné a zákonné potvrdil.

9. Dne 8. 4. 2021 doručil Úřad zadavateli oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední sp. zn. ÚOHS-S0135/2021/VZ, č. j. ÚOHS-12011/2021/542/PDz z téhož dne, čímž došlo podle

§ 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu k zahájení správního řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále též jen „**řízení z moci úřední**“). Zahájení správního řízení z moci úřední odůvodnil Úřad tím, že získal pochybnost o tom, zda zadavatel v souvislosti se zmírněním podmínek technické kvalifikace prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 a č. 10 nepostupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-17004/2021/542/AJo ze dne 21.5. 2021 Úřad v souladu s § 140 odst. 1 správního řádu spojil správní řízení o návrhu vedené pod sp. zn. S0040/2021/VZ a správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0135/2021/VZ do společného správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ (dále též „**společné správní řízení**“).

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 13. 9. 2021 vydal Úřad ve společném správním řízení na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0040/2021/VZ, č. j. ÚOHS-31064/2021/500/ISo (dále jen **„napadené rozhodnutí“**).

12. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 99 odst. 2 zákona, když prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 změnil zadávací podmínky obsažené v ZD tak, že zmírnil původně stanovené kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. c) a d) zákona a minimální úroveň pro jeho splnění, neboť připustil obsazení pozice „Bezpečnostní specialista pro podporu provozu“ (dále též jen „**bezpečnostní specialista pro podporu provozu**“) dvěma fyzickými osobami a současně připustil obsazení pozice „Bezpečnostní specialista pro rozvoj a exit“ (dále též jen „**bezpečnostní specialista pro rozvoj a exit**“) taktéž dvěma fyzickými osobami, kdy každá z těchto osob mohla splňovat pouze část zadavatelových požadavků na dané pozice, přičemž původně zadavatel vyžadoval obsazení daných pozic vždy pouze jednou fyzickou osobou splňující veškeré zadavatelovy požadavky na danou pozici, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny ZD činila nejméně celou svou původní délku, přestože se jednalo o změnu ZD, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

13. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že zadavatel stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku v rozporu s § 36 odst. 3 zákona, ve spojení se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když nestanovil a neposkytl zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, neboť prostřednictvím jednotlivých vysvětlení ZD učinil nejednoznačným, zda vůbec a případně v jakém rozsahu mají dodavatelé ve svých nabídkách a zejména pak nabídkových cenách zohlednit pořízení a udržování licencí k tzv. standardnímu softwaru včetně příslušné podpory, jakožto nedílnou součástí předmětu plnění veřejné zakázky, a náklady s tím spojené, a to jak u paušálních služeb, tak u služeb na objednávku, což činí dotčené zadávací podmínky netransparentní a současně takovéto nastavení zadávacích podmínek mohlo mít dopad do tvorby nabídek, neboť dodavatelé museli ve svých nabídkách zohlednit danou část plnění veřejné zakázky bez znalosti rozsahu této části plnění, což mohlo vést i k podání neporovnatelných nabídek.

14. Výrokem III. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli opatření k nápravě nezákonného postupu dle výroků I. a II. napadeného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 a odst. 3 zákona spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

15. Ve výroku IV. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení a ve výroku V. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli povinnost k úhradě nákladů řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Námitky rozkladu zadavatele

16. Dne 29. 9. 2021 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí blanketní rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 13. 9. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

17. Usnesením č. j. ÚOHS-33003/2021/535/AJo ze dne 30. 9. 2021 vyzval Úřad zadavatele k doplnění rozkladu ve lhůtě 5 dnů ode dne doručení tohoto usnesení. Doplnění rozkladu zadavatele ze dne 5. 10. 2021 obdržel Úřad téhož dne, tj. ve stanovené lhůtě (rozklad zadavatele ze dne 29. 9. 2021 ve spojení s jeho doplněním ze dne 5. 10. 2021 dále jen „**rozklad**“).

18. Zadavatel v odůvodnění rozkladu namítá nesprávnost a nezákonnost napadeného rozhodnutí z důvodu nesprávných skutkových zjištění a nesprávného právního posouzení věci.

19. Proti výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že zmírnění podmínek technické kvalifikace na základě vysvětlení ZD č. 7 nemělo žádný materiální dopad na okruh potenciálních dodavatelů, neboť tento okruh byl s ohledem na povahu a komplexnost předmětu veřejné zakázky přirozeně vymezen, a to na dva dodavatele, kteří současně jako účastníci zadávacího řízení svou nabídku na veřejnou zakázku podali. Uvedené tvrzení má dále potvrzovat skutečnost, že pouze tito dva dodavatelé také v průběhu zadávacího řízení podávali žádosti o vysvětlení.

20. Úřad tak dle názoru zadavatele přistoupil k posouzení dané právní otázky ryze formalisticky, namísto toho, aby učinil kvalifikovanou úvahu, že v konkrétním případě k ovlivnění okruhu možných dodavatelů nemohlo dojít, načež důvody pro prodloužení lhůty pro podání nabídek o celou její původní délku podle § 99 odst. 2 zákona nebyly dány.

21. K tomu zadavatel doplňuje, že změny provedené prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 nespočívaly jenom v částečném zmírnění podmínek technické kvalifikace týkajících se pozic bezpečnostního specialisty pro podporu provozu a bezpečnostního specialisty pro rozvoj a exit (dále společně též jen „**bezpečnostní specialisté**“), nýbrž též v doplnění nových požadavků na zkušenosti a certifikace dalších členů realizačního týmu, v důsledku čehož došlo spíše ke zpřísnění minimální úrovně kvalifikace pro účast v zadávacím řízení. Zadavatel rovněž podotýká, že v důsledku opakovaného prodlužování lhůty pro podání nabídek činila tato lhůta v součtu 109 dnů, tedy více než dvojnásobek původní lhůty pro podání nabídek.

22. Zadavatel je proto přesvědčen, že postupoval zcela v souladu se zákonem a lhůtu pro podání nabídek prodloužil v souvislosti s vysvětlením ZD č. 7 přiměřeně.

23. Proti výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že zadávací podmínky týkající se problematiky stanovení ceny za pořízení licencí a hrazení licenčních a maintenance

poplatků, obsažené v návrhu smlouvy a příslušných vysvětleních ZD, nebyly ve vzájemném rozporu. Na základě vysvětlení ZD došlo dle názoru zadavatele pouze k doplnění informace, že licence ke stávajícímu a nepodporovanému softwaru včetně souvisejících poplatků (dále též jen „**stávající a nepodporované licence**“) za dobu jejich trvání hradí zadavatel, neboť je již má pro provoz a případný rozvoj systému OKaplikací k dispozici.

24. Zadavatel podrobně vysvětluje, jakým způsobem ovlivnila zadávací podmínky jednotlivá vysvětlení ZD a akcentuje, že tato vysvětlení se vždy vztahovala pouze ke stávajícím a nepodporovaným licencím, aniž by tím byl dotčen čl. 14.4 návrhu smlouvy, pročež nebyl důvod ani pro jeho úpravu. Zadavatel poukazuje, že nejen z návrhu smlouvy, ale též z dalších podkladů, zejména z přílohy C ZD - „Technická specifikace“ a z přílohy D ZD - „Popis stávajícího stavu systému“ vyplývají dostatečné informace pro kvalifikované určení nabídkové ceny.

25. Zadavatel je proto přesvědčen, že i ve vztahu k právní otázce transparentního vymezení zadávacích podmínek postupoval zcela v souladu se zákonem.

Závěr rozkladu

26. Zadavatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, popřípadě aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

27. Navrhovatel se k podanému rozkladu zadavatele vyjádřil přípisem ze dne 18. 10. 2021, v němž nejprve poukázal na nedostatky blanketního rozkladu, který dle jeho názoru nebyl odůvodněn v souladu s právními předpisy, a dále na dispozice zadavatele předložit kvalifikované odůvodnění již v zákonné lhůtě pro podání rozkladu.

28. Navrhovatel se také podrobně vyjádřil k odůvodnění rozkladu zadavatele, přičemž v uvedené souvislosti poukázal zejména na zásadní vliv změny kvalifikačních požadavků na okruh možných účastníků zadávacího řízení (k výroku I. napadeného rozhodnutí) a na reálnou možnost podání neporovnatelných nabídek v důsledku rozdílného výkladu zadávacích podmínek ze strany účastníků zadávacího řízení (k výroku II. napadeného rozhodnutí).

Vyjádření zadavatele k vyjádření navrhovatele

29. Dne 25. 11. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, jímž zadavatel reagoval na obsah vyjádření navrhovatele.

30. Zadavatel se zejména vyjádřil k přípustnosti jím podaného rozkladu, včetně jeho doplnění, a dále informoval Úřad o tom, že provedl šetření mezi dodavateli, kteří si vyžádali neveřejnou část ZD, z jakých důvodů nepodali nabídku na veřejnou zakázku. Zadavatel poukázal, že obdržel odpovědi tří dodavatelů, přičemž všichni uvedli jiné důvody než neprodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu výroku I. napadeného rozhodnutí. Zadavatel se vyjádřil i k dalším argumentům navrhovatele a setrval na přesvědčení o zákonnosti svého postupu.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

32. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

33. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu zadavatele a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

34. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že zadavatel porušil § 99 odst. 2 zákona, když v souvislosti se změnou podmínek technické kvalifikace, provedenou prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7, neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby činila nejméně celou svou délku.

35. Zadavatel s uvedeným závěrem Úřadu nesouhlasí, což odůvodňuje zejména tím, že změny provedené na základě vysvětlení ZD č. 7 v konkrétním případě nemohly vést k rozšíření okruhu možných dodavatelů, načež nebyla naplněna hypotéza právní normy pro prodloužení lhůty pro podání nabídek o celou její původní délku ve smyslu § 99 odst. 2 zákona.

36. K posouzení předmětné právní otázky poukazuji nejprve na základní skutkové okolnosti dané věci.

37. Zadavatel zahájil otevřené řízení na veřejnou zakázku odesláním oznámení dne 16. 9. 2020. Lhůtu pro podání nabídek stanovil zadavatel v bodě 15 ZD do 30. 10. 2020 do 10 hodin. Původní lhůta pro podání nabídek tak činila 43 dnů a 10 hodin. V souvislosti s vysvětlením ZD č. 3 ze dne 26. 10. 2020 dále zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 4. 12. 2020 do 10 hodin.

38. V bodě 6 přílohy A ZD - „Podmínky kvalifikace“ stanovil zadavatel podmínky kvalifikace, zahrnující též požadavek na předložení seznamu techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a na předložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci osob, podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) zákona. V tomto smyslu zadavatel definoval kvalifikační požadavky na jednotlivé členy realizačního týmu. Odborná kvalifikace realizačního týmu zároveň představovala jedno z hodnoticích kritérií (kritérium kvality realizačního týmu) hodnocení nabídek v souladu s bodem 13 ZD.

39. Na pozici bezpečnostní specialista pro podporu provozu zadavatel v bodě 6.2 přílohy A ZD požadoval kumulativní splnění následujících podmínek:

    a. *„minimálně 5 let praxe v oblasti ICT bezpečnosti, spočívající v navrhování a dozorování implementace bezpečnostních opatření v ICT;*

    b. *certifikace CISM nebo CISSP nebo obdobná; a současně:*

c. certifikace MTA: Security fundamentals nebo obdobná.“

40. Na pozici bezpečnostní specialista pro rozvoj a exit zadavatel v bodě 6.2 přílohy A ZD obdobně požadoval:

    a. „minimálně 5 let praxe v oblasti ICT bezpečnosti, spočívající v navrhování a dozorování implementace bezpečnostních opatření v ICT;

    b. certifikace CISM nebo CISSP nebo obdobná; a současně:

    c. *certifikace MTA: Security fundamentals nebo obdobná.“*

41. Zadavatel současně výslovně **vyloučil splnění** kvalifikačních podmínek stanovených pro jednotlivé pozice bezpečnostní specialista pro podporu provozu a bezpečnostní specialista pro rozvoj a exit **prostřednictvím** složení kvalifikace **více různých osob**.

42. Ve vysvětlení ZD č. 7 zadavatel naproti tomu výslovně **připustil**, že certifikace definované shora dle písm. b. a c. bodů 34 a 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí (dále též jen „**certifikace**“), požadované pro jednotlivé pozice bezpečnostní specialista pro podporu provozu a bezpečnostní specialista pro rozvoj a exit, mohou být **splněny dvěma různými osobami**, přičemž podmínku minimálně požadované praxe (definované shora dle písm. a. bodů 34 a 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí) musí splnit každá z těchto osob samostatně (srov. bod 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

43. V souvislosti s vysvětlením ZD č. 7, které bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 12. 2020, zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 5. 1. 2021 do 10 hodin. Nově stanovená lhůta pro podání nabídek tak činila 34 dnů a 10 hodin.

44. Podle § 99 odst. 1 zákona může zadavatel zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci před uplynutím lhůty pro podání nabídek doplnit nebo změnit. Změna nebo doplnění zadávacích podmínek musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla doplněna nebo změněna.

45. Podle § 99 odst. 2 zákona je zadavatel v případě, že to povaha nebo doplnění zadávacích podmínek vyžaduje, povinen přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávacích podmínek, která **může rozšířit okruh možných účastníků** zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu pro podání nabídek tak, aby od odeslání změny nebo doplnění činila **nejméně celou svou původní délku**.

46. Ze shora označených skutkových okolností plyne, že zadavatel v souvislosti s vysvětlením ZD č. 7 a se změnami zadávacích podmínek provedenými na jeho základě významně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, nikoliv však o celou její původní délku.

47. Pro přezkoumání zákonnosti napadeného rozhodnutí, jakož i důvodnosti příslušné části rozkladu zadavatele, je tedy rozhodné posouzení charakteru změny provedené prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7, v nyní řešené věci v přezkoumávaném rozsahu korekce požadavků na odbornou kvalifikaci bezpečnostních specialistů, a to zejména z hlediska posouzení toho, zda byla tato změna způsobilá rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení či nikoliv.

48. Jak bylo výše poukázáno, zadavatel prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 nově připustil, aby certifikace požadované na jednotlivé pozice bezpečnostních specialistů byly prokázány

prostřednictvím dvou fyzických osob, tedy dvěma odborníky s dílčí certifikací, namísto původně stanoveného požadavku na jednoho odborníka, který současně disponuje oběma požadovanými certifikacemi.

49. Obecně lze konstatovat, že okruh osob s definovanou odbornou kvalifikací (certifikací) je na trhu vždy do určité míry limitovaný, přičemž kumulace většího počtu specifických požadavků na jednu osobu může počet takto dostupných odborníků dále do značné míry redukovat. Při kumulaci požadavků kladených na jednu osobu je proto třeba se dále zabývat tím, nakolik se jedná o požadavky a jejich kombinace na trhu obvyklé, potažmo zda je požadovaná kombinace kvalifikačních požadavků opodstatněná a nezbytná, aby nedocházelo k neodůvodněnému omezování hospodářské soutěže diskriminací některých dodavatelů. V uvedené souvislosti nelze odhlížet ani od skutečnosti, že zadavatel ke korekci požadavků na odbornost bezpečnostních specialistů přistoupil v reakci na dotaz jednoho z účastníků zadávacího řízení, který kumulaci dvou požadovaných certifikací u předmětných pozic realizačního týmu považoval za neopodstatněnou a raritní.

50. Pokud tedy zadavatel nově připustil prokázání požadované kvalifikace prostřednictvím více osob (dvěma namísto původně požadované jedné), které mohou disponovat pouze dílčí odborností, jedná se s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem o jednoznačné zmírnění podmínek kvalifikace.

51. Konstatuji proto, že korekce požadavků na technickou kvalifikaci bezpečnostních specialistů, provedená prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7, představuje z materiálního hlediska nejenom změnu zadávacích podmínek, ale též jejich zmírnění (předmětná změna dále též jen „**zmírnění kvalifikace**“).

52. Zmírnění kvalifikace pak obecně představuje zásadní skutečnost, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, neboť podmínky kvalifikace a zejména zadavatelem vymezená minimální úroveň pro jejich splnění představují prvotní pravidla definující okruh možných (přípustných) dodavatelů na veřejnou zakázku. Zmírněním podmínek kvalifikace pak dochází k vytvoření nového stavu, v němž dodavatelé, kteří původní podmínky kvalifikace nesplňovali, je nově splnit mohou a mohou tedy i nově uvažovat o své relevantní účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Takovým dodavatelům je zadavatel povinen v souladu s § 99 odst. 2 zákona a zásadami, na kterých zákon spočívá, poskytnout lhůtu pro podání nabídek v celé její původní délce, která bude v intencích zákona přiměřená a dostatečná pro zpracování nabídky, načež vyrovná i šance nově příchozího dodavatele při případné účasti v zadávacím řízení.

53. Uvedené povinnosti zadavatel nedostál, když v souvislosti se zmírněním kvalifikace na základě vysvětlení ZD č. 7, která mohla vést k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, prodloužil lhůtu pro podání nabídek o 34 dnů a 10 hodin, přestože byl v souladu s § 99 odst. 2 zákona povinen uvedenou lhůtu prodloužit o celou její původní délku, tj. o 43 dnů a 10 hodin.

54. Plně se proto ztotožňuji s výrokem I. napadeného rozhodnutí, jakož i s jeho odůvodněním, na které v podrobnostech odkazuji.

55. S ohledem na výše uvedené je nerozhodné, jak dlouho lhůta pro podání nabídek v návaznosti na průběžná prodlužování lhůty pro podání nabídek v součtu trvala, tedy například v daném případě více než dvojnásobek původně stanovené lhůty, jak v rozkladu poukazuje zadavatel.

Smyslem právní úpravy obsažené v ustanovení § 99 odst. 2 zákona je poskytnout dodavatelům celou původní délku lhůty pro podání nabídek, tedy dostatečný a přiměřený prostor pro přípravu jejich nabídek, rozhodnou-li se nově pro účast v zadávacím řízení, a to od okamžiku, kdy dojde ke změně zadávacích podmínek, mající vliv na jejich možnou účast v zadávacím řízení.

56. Povinnost poskytnutí lhůty pro podání nabídek v celé její původní délce proto nelze obcházet toliko jejím postupným prodlužováním o kratší časové úseky (nadto z různých příčin), neboť takový postup v rozporu s výslovným zněním zákona neposkytuje dodavatelům dostatečný časový prostor a právní jistotu pro zpracování jejich nabídek. Námitku absolutní délky lhůty pro podání nabídek z uvedeného důvodu odmítám jako nedůvodnou.

57. Dále poukazuji, že nejenom zmírnění, nýbrž v zásadě jakákoliv změna podmínek kvalifikace (potažmo obecněji zadávacích podmínek), může fakticky vést k rozšíření okruhu možných dodavatelů ve smyslu § 99 odst. 2 zákona, neboť může nově definovaným způsobem reflektovat specifické zdroje (a nedostatky) jednotlivých dodavatelů na trhu. Podstatné je v takovém případě pečlivé zvážení všech konkrétních okolností daného případu.

58. K námitce zadavatele, že prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 provedl více změn zadávacích podmínek, které ve svém souhrnu vedly spíše k jejich zpřísnění, konstatuji, že obecně jakákoliv změna ve struktuře kvalifikace může mít vliv na okruh možných dodavatelů, a to bez ohledu na výsledný charakter takto provedených změn. V kontextu realizovaných změn zadávacích podmínek pak pro učinění závěru, že se jedná o změnu způsobilou rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, a pro povinnost prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 99 odst. 2 zákona, postačí jediná taková změna, bez ohledu na povahu a rozsah ostatních provedených změn.

59. Zde poukazuji, že podle § 79 odst. 1 zákona stanoví zadavatel podmínky technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel stanoví minimální úroveň pro jejich splnění. Struktura zdrojů na straně dodavatelů však může nabývat značně rozmanitých podob, přičemž jedna změna může být rozdílnými dodavateli v závislosti na jejich specifických možnostech a zdrojích také rozdílně hodnocena. Zadavatel tedy nemůže předem s jistotou předjímat, jaké důsledky jeho požadavky (stanovené v souladu se zákonem) vyvolají, neboť stanovené podmínky mohou mít na různé dodavatele různý efekt.

60. V nyní řešené věci zmírnění kvalifikace prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7 mohlo mít za následek, že dodavatelé, kteří nedisponovali vhodnými osobami na pozice bezpečnostních specialistů s dvojí certifikací, v důsledku čehož nemohli splnit podmínky kvalifikace ani se relevantním způsobem účastnit zadávacího řízení, mohli příslušné podmínky technické kvalifikace nově prokázat prostřednictvím více osob s dílčí certifikací. Tato jediná změna plně postačuje k naplnění hypotézy právní normy dle § 99 odst. 2 zákona pro povinnost zadavatele prodloužit lhůtu pro podání nabídek o celou její původní délku, aniž by zadavatel dále zkoumal kumulativní vliv ostatních provedených změn zadávacích podmínek na předem neurčený okruh dodavatelů. Námitku faktického zpřísnění zadávacích podmínek mám proto rovněž za zcela nedůvodnou.

61. K námitce zadavatele, že Úřad přistoupil k výkladu ustanovení § 99 odst. 2 zákona příliš formalisticky, poukazuji, že zadavatel zadává veřejnou zakázku v otevřeném řízení, v němž

vyzývá předem neurčený okruh dodavatelů k podání nabídky. Jakkoliv je okruh možných dodavatelů na každou veřejnou zakázku předem limitován, zadavatel nemůže znát veškeré jejich zdroje a možnosti pro plnění veřejné zakázky. Při realizaci změn zadávacích podmínek proto zadavatel musí - obdobně jako Úřad - postupovat podle charakteru prováděné změny a jedná-li se po obsahové stránce o změnu způsobilou rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, v souladu s § 99 odst. 2 zákona též přistoupit k prodloužení lhůty pro podání nabídek o celou její původní délku.

62. V otevřeném řízení, v němž okruh účastníků zadávacího řízení není předem znám, je tedy formální přístup zcela namístě, neboť nelze s jistotou předjímat dopad zadávacích podmínek na relevantní trh. V pochybnostech tak lze zadavateli při významné změně zadávacích podmínek - a podmínek kvalifikace zvláště - doporučit opatrnější postup a prodloužení lhůty pro podání nabídek o celou její původní délku, čímž bude zajištěn nediskriminační přístup případných nových účastníků zadávacího řízení k veřejné zakázce.

63. Zadavatel v uvedené souvislosti namítá, že zmírnění kvalifikace vliv na okruh možných účastníků zadávacího řízení mít nemohlo, neboť v důsledku specifické povahy předmětu veřejné zakázky přicházeli v úvahu dva dodavatelé, kteří také jako jediní v průběhu zadávacího řízení podávali žádosti o vysvětlení a podali také svou nabídku.

64. K uvedené námitce sděluji, že zadavatel své tvrzení o existenci jediných dvou možných dodavatelů veřejné zakázky (potažmo relevantních účastníků zadávacího řízení) ničím nedokládá ani neodůvodňuje. Jak jsem již výše poukázal, v otevřeném řízení nelze okruh možných účastníků předem s jistotou předjímat, přičemž ani konkrétní skutkové okolnosti dané věci ani podklady a tvrzení zadavatele nesvědčí o opaku. Předmětnou námitku zadavatele mám proto za nepodloženou.

65. Jakkoliv mám za věrohodné tvrzení zadavatele o limitaci okruhu možných dodavatelů na veřejnou zakázku, nelze odhlížet ani od skutečnosti, že v zadávacím řízení vyjádřilo záměr účastnit se zadávacího řízení celkem 8 společností, s nimiž zadavatel uzavřel dohodu o ochraně důvěrných informací. U těchto, ani u případných jiných, dodavatelů pak nelze s jistotou předjímat, z jakých důvodů nepodali nabídku, ani případně žádost o vysvětlení, jejíž absence obecně nesvědčí pro zákonnost postupu zadavatele, neboť zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za zákonnost zadávacích podmínek ani jiného svého postupu na dodavatele.

66. K výše uvedenému shrnuji, že zmírnění kvalifikace v nyní projednávaném případě představuje z povahy věci změnu zadávacích podmínek, způsobilou rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Realizace takové změny, zde provedené prostřednictvím vysvětlení ZD č. 7, je ve smyslu ustanovení § 99 odst. 2 zákona obligatorně spojena s povinností zadavatele prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby činila nejméně celou svou původní délku. Pokud zadavatel v návaznosti na zmírnění kvalifikace prodloužil lhůtu pro podání nabídek o dobu (jakkoliv) kratší, jedná se o jednoznačné porušení výslovné dikce zákona.

67. Závěrem proto konstatuji, že mám příslušné námitky zadavatele proti výroku I. napadeného rozhodnutí souhrnně za nedůvodné a v ostatním a v podrobnostech odkazuji na posouzení věci Úřadem v bodech 101 - 129 odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž se plně ztotožňuji.

68. K uložení nápravného opatření dle výroku I. napadeného rozhodnutí poukazuji, že dle § 263 odst. 2 zákona platí, že nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

69. K naplnění hypotézy právní normy pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona konstatuji, že zadavatel shora opakovaně popsaným způsobem nedodržel pravidlo pro zadání veřejné zakázky zakotvené v § 99 odst. 2 zákona. K možnému vlivu na výběr dodavatele pak doplňuji, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že záměr účastnit se zadávacího řízení vyjádřilo celkem 8 dodavatelů, aniž by bylo jasné, z jakých důvodů nabídku nepodali, přičemž účast nelze vyloučit ani u případných dalších dodavatelů (podmínky kvalifikace byly součástí veřejné části ZD). Skutečný vliv na výběr dodavatele pak Úřad není povinen v souladu s ustálenou judikaturou prokazovat. Rovněž druhou podmínku pro uložení nápravného opatření mám proto za splněnou.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

70. Zadavatel svým rozkladem napadá též výrok II. napadeného rozhodnutí, jímž Úřad konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 36 odst. 3 zákona a zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona tím, že v důsledku jednotlivých vysvětlení ZD učinil nejednoznačným, zda a jakým způsobem mají dodavatelé ve svých nabídkách zohlednit pořízení a udržování licencí ve vztahu ke stávajícím a nepodporovaným licencím včetně příslušné podpory, jakožto nedílné součásti veřejné zakázky.

71. Zadavatel má naproti tomu zato, že původní znění zadávacích podmínek upravujících hrazení licenčních poplatků, obsažených zejména v návrhu smlouvy, nebylo prostřednictvím následných vysvětlení ZD významně dotčeno, načež poskytnuté informace nebyly ve vzájemném rozporu a dodavatelé měli, se zohledněním přiměřeného obchodního rizika, k dispozici dostatečné podklady pro kvalifikované určení nabídkové ceny.

72. K přezkoumání rozkladových námitek zadavatele poukazuji opět nejprve na základní skutkové okolnosti dané věci.

73. V bodě 9 ZD, upravujícím požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny, zadavatel uvedl, že dodavatel je povinen kompletně vyplnit nabídkovou cenu paušálních služeb a služeb na objednávku dle přílohy G ZD „Tabulka pro zpracování nabídkové ceny“, přičemž kalkulace nabídkové ceny musí zahrnovat veškeré náklady spojené s plněním předmětu veřejné zakázky.

74. K formulaci nabídkové ceny jako nejvýše přípustné zadavatel v bodě 9 ZD konkrétně uvedl následující: „*Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady vzniklé v souvislosti s plněním veřejné zakázky. Součástí sjednané ceny jsou veškeré práce, služby, poplatky a náklady dodavatele nezbytné pro řádné a úplné provedení předmětu plnění včetně přiměřeného zisku, není-li zadávacími podmínkami výslovně stanoveno jinak. Celková nabídková cena a jednotkové ceny budou stanoveny jako nejvýše přípustné za řádné plnění předmětu veřejné zakázky*.“

75. V bodě 14 návrhu smlouvy zadavatel definoval obsah souvisejících práv duševního vlastnictví.

76. V bodě 14.4 návrhu smlouvy ve vztahu k pořizování autorských děl a databází v rozsahu předmětu veřejné zakázky, včetně tzv. standardního softwaru, zadavatel uvedl: „*Poskytovatel*

bude při pořizování oprávnění dle Článků 14.2(c), 14.3(b)(iii) a 14.3(c) vystupovat jako příkazník Objednatele a zabezpečí pro Objednatele oprávnění tam stanovená za následujících podmínek: (a) Strany vylučují aplikaci § 2436 až 2438, § 2440 a § 2443 Občanského zákoníku, jelikož tato Servisní smlouva obsahuje vlastní úpravu daných záležitostí; (b) Objednatel uzavřením této Servisní smlouvy zmocňuje Poskytovatele k právnímu jednání pouze a jenom ve smyslu a rozsahu dle tohoto Článku 14.4 a na dobu trvání této Servisní smlouvy. Objednatel vystaví na žádost Poskytovatele plnou moc pro účely splnění tohoto Článku 14.4; a (c) pořízení oprávnění je součástí Ceny a Poskytovatel musí v této souvislosti postupovat vždy tak, aby Objednateli nevznikaly žádné další náklady nad rámec Ceny po celou dobu trvání takových oprávnění."

77. V bodě 14.15 návrhu smlouvy zadavatel k úhradě výhradních i nevýhradních licencí, potřebných k plnění předmětu veřejné zakázky, výslovně doplnil: *„Odměna za poskytnutí (postoupení) Udělovaných oprávnění je součástí Ceny stanovené v této Servisní smlouvě. Bude-li z jakéhokoliv důvodu nezbytné nebo účelné určit výši odměny za poskytnutí Udělovaných oprávnění, pak Strany prohlašují, že taková odměna činí deset procent (10 %) z Ceny zaplacené za plnění této Servisní smlouvy do okamžiku potřeby určení výše takové odměny*."

78. Z citovaných zadávacích podmínek (v podrobnostech viz body 146 - 157 odůvodnění napadeného rozhodnutí) vyplývá jednoznačná vůle zadavatele zahrnout do nabídkové ceny veškeré náklady spojené s plněním předmětu veřejné zakázky, včetně souvisejících licenčních a maintenance poplatků, které musí umět odborně způsobilý dodavatel ve vazbě na předmět veřejné zakázky a definované zadávací podmínky kvalifikovaně odhadnout a relevantním způsobem promítnout do své nabídkové ceny. Citované zadávací podmínky současně limitují prostor pro případné pochybnosti o tom, jaké služby (a licenční poplatky) do předmětu veřejné zakázky spadají a jaké již nikoliv, a tím i prostor pro případné dodatečné náklady na straně zadavatele.

79. V tomto smyslu tedy zadavatel **formuloval zadávací podmínky jednoznačně**. Tím však ještě není najisto postaveno, zda byly takto definované zadávací podmínky dostatečné pro zpracování nabídkové ceny ze strany účastníků zadávacího řízení. V průběhu zadávacího řízení byl zadavatel také opakovaně žádán o poskytnutí doplňujících informací a dotazován na způsob pořízení a úhrady stávajících a nepodporovaných licencí.

80. Ve vysvětlení ZD č. 3 ze dne 26. 10. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 3**") zadavatel na dotaz dodavatele, zda poskytne pro plnění veřejné zakázky stávající a nepodporované licence jako například Oracle 10, odpověděl následovně: *„Ano, v případě potřeby zadavatel poskytne licence starších nebo již nepodporovaných SW."*

81. Ve vysvětlení ZD č. 4 ze dne 30. 10. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 4**") byl zadavatel obdobně dotazován, zda má zajištěnou podporu ke stávajícím a nepodporovaným licencím. Konkrétně na dotaz: *„Některé používané SW komponenty již nejsou dodavateli podporované, jako např. Oracle 10 či 11. Má Zadavatel zajištěnou podporu jejich výrobci např. formou rozšířené podpory?"*, odpověděl zadavatel následovně: *„Zadavatel využívá licence a jejich verze a jejich podporu v souladu s pravidly a podmínkami příslušných poskytovatelů (výrobců) jednotlivých SW komponent. Pro dodavateli nepodporované verze SW komponent uvedených v dotazu je v současné době zajištěna rozšířená podpora."*

82. Ve vysvětlení ZD č. 5 ze dne 4. 11. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 5**“) byl zadavatel dále dotazován, zda bude za poskytnuté stávající a nepodporované licence požadovat úhradu. Konkrétně na dotaz ve znění: *„Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 - neveřejná část, ze dne 26. října 2020 a odpovědi na dotaz č. 3, Zadavatel uvedl, že poskytne licence starších nebo již nepodporovaných SW. Budou tyto SW poskytnuté Zadavatelem na jeho náklady nebo bude Zadavatel požadovat úhradu licenčních nebo maintenance poplatků?“*, odpověděl zadavatel následovně: *„S výjimkou 48 licencí RHEL pro servery, specifikované v Příloze D Zadávací dokumentace, budou veškeré licenční a maintenance poplatky hrazeny Zadavatelem dle licenčních pravidel výrobce SW. Maintenance poplatky za výše uvedené licence RHEL budou hrazeny Poskytovatelem.“*

83. Ve vysvětlení ZD č. 11 ze dne 21. 12. 2020 - neveřejná část (dále jen „**vysvětlení ZD č. 11**“) odpovídal zadavatel na následující dotaz: *„Příloha C Zadávací dokumentace - Technická specifikace: ‚V rámci provozu OKaplikací jsou používány licence, které jsou popsané v příloze D [Popis stávajícího stavu Systému] Zadávací dokumentace.‘ Dotaz: Nepodařilo se najít odkazovaný seznam licencí. Není pak zcela jasné, zda není třeba nějaké licence pořizovat navíc. Může Zadavatel v rámci doplnění ZD zveřejnit tento seznam licencí?“* Zadavatel konkrétně uvedl: *„Zadavatel odkazuje na Vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 ze dne 4. 11. 2020, ve kterém je explicitně uvedeno, že veškeré licence, které se budou využívat s výjimkou OS RHEL, zajišťuje a hradí Zadavatel. OS RHEL má licence zdarma, není je tedy nutné platit, platí se pouze za maintenance, kterou si definuje a hradí Poskytovatel.*“

84. Ve vysvětlení ZD č. 12 ze dne 23. 12. 2020 - neveřejná část (dále jen „**vysvětlení ZD č. 12**“) byl zadavateli položen následující dotaz: *„Odpověď Zadavatele na dotaz č. 6 v rámci Vysvětlení zadávací dokumentace č. 11 (neveřejná část) ze dne 21. 12. 2020, že ‚veškeré licence, které se budou využívat s výjimkou OS RHEL, zajišťuje a hradí Zadavatel‘ je v rozporu s ustanovením bodu 14.4 Závazného vzoru smlouvy, který se týká pořizování oprávnění mimo jiné dle Článku 14.3(c), tedy licencí ke Standardnímu software. Podle bodu 14.4 písm. c) Závazného vzoru smlouvy má Poskytovatel při pořizování takových licencí vystupovat jako příkazník Objednatele a zabezpečit pro Objednatele příslušná oprávnění za podmínky (mimo jiné), že ‚pořízení oprávnění je součástí Ceny a Poskytovatel musí v této souvislosti postupovat vždy tak, aby Objednateli nevznikaly žádné další náklady nad rámec Ceny po celou dobu trvání takových oprávnění‘ (…). Povinností dodavatelů podle platné verze zadávací dokumentace včetně jejích příloh je tedy zakalkulovat do nabídkových cen i ceny za pořízení licencí ke Standardnímu software. Pokud by tak některý dodavatel neučinil, nebude jeho nabídka odpovídat požadavkům Zadavatele, což by mohlo být i důvodem pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení (z důvodu nesplnění požadavků zadavatele, popř. z důvodu nezdůvodnitelné mimořádně nízké nabídkové ceny). Současně je však Zadavatelem opakovaně (zcela v protikladu k obsahu Závazného návrhu smlouvy) sdělováno, že takové licence ‚zajišťuje a hradí‘ Zadavatel. Za takových okolností nelze provést seriózní kalkulaci nabídkové ceny. Pokud má zadavatel skutečně v úmyslu zajišťovat a hradit ‚veškeré licence, které se budou využívat s výjimkou OS RHEL‘, je třeba provést adekvátní úpravu Závazného vzoru smlouvy (Přílohy B Zadávací dokumentace). Mohou takovou úpravu bez ohledu na ustanovení ostatních částí zadávací dokumentace provést sami dodavatelé v rámci svých nabídek?*“

85. Zadavatel na citovaný dotaz ve vysvětlení č. 12 odpověděl následovně: *„Zadavatel v odpovědi na dotaz č. 6 v rámci Vysvětlení zadávací dokumentace č. 11 ze dne 21. 12. 2020 odkazoval*

na odpověď Zadavatel na dotaz č. 2 ve Vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 ze dne 4. 11. 2020 - neveřejná část. Dotčený dotaz č. 2 zněl následovně: ‚Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 - neveřejná část, ze dne 26. října 2020 a odpovědi na dotaz č. 3, Zadavatel uvedl, že poskytne licence starších nebo již nepodporovaných SW. Budou tyto SW poskytnuté Zadavatelem na jeho náklady nebo bude Zadavatel požadovat úhradu licenčních nebo maintenance poplatků?' Zadavatelem v rámci předchozích vysvětlení zadávací dokumentace poskytnutou informaci, že ‚veškeré licenční a maintenance poplatky hrazeny Zadavatelem dle licenčních pravidel výrobce SW' je nezbytné vždy vykládat v kontextu dotazu, na nějž byla taková odpověď poskytnuta. Zadavatel opakovaně uvedl, že poskytne licence starších nebo již nepodporovaných SW a ve vztahu k těmto budou i případné licenční poplatky a maintenance hrazeny Zadavatelem. Výjimkou z tohoto pravidla jsou představují licence RHEL pro servery specifikované v Příloze D Zadávací dokumentace. Úpravu čl. 14.4 Servisní smlouvy v této souvislosti tedy Zadavatel nepovažuje za nezbytnou."

86. Podle § 6 odst. 1 a odst. 2 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

87. Podle § 36 odst. 3 zákona je zadavatel povinen stanovit a poskytnout dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, přičemž nesmí přenášet odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na dodavatele.

88. Jak poukázal též Úřad v bodech 159 - 160 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadávací podmínky představují elementární podklad pro vymezení předmětu veřejné zakázky, sestavení nabídek ze strany účastníků zadávacího řízení, jakož i pro řádný výběr dodavatele a zákonný průběh zadávacího řízení obecně. Za zákonný průběh zadávacího řízení, včetně jasné a srozumitelné formulace zadávacích podmínek odpovídá zadavatel. V souladu se zásadou transparentnosti je zadavatel povinen zajistit, aby byly zadávací podmínky jednoznačné, srozumitelné a neumožňovaly rozdílný výklad, který by mohl vést k pochybnostem na straně dodavatelů, potažmo k neporovnatelnosti jejich nabídek.

89. K výkladu zásady transparentnosti v ustálené judikatuře odkazuji například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011 - 72 ze dne 15. 2. 2012, v němž označený soud uvedl, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení*".

90. Zásada transparentnosti pak naopak ve smyslu rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007 není naplněna v případě, v němž by v postupu zadavatele *„byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele."*

91. Jak jsem již výše poukázal, z původních zadávacích podmínek, definovaných zejména v bodě 14 návrhu smlouvy, vyplývala povinnost dodavatelů zahrnout do svých nabídkových cen

náklady spojené s plněním předmětu veřejné zakázky po celou dobu jejího plnění, nebude-li současně výslovně stanoveno jinak. Zde poukazuji, že u takto specifické a vysoce kvalifikované veřejné zakázky je obecně přípustné, aby zadavatel definoval svoji potřebu (poptávané služby provozu a podpory OKaplikací) a ponechal do určité míry na odborně způsobilých dodavatelích, aby uvážili, co vše budou k plnění předmětu veřejné zakázky požadovat a na základě toho sestavili své nabídky, včetně případné definice nezbytného softwaru a zahrnutí souvisejících poplatků do nabídkových cen.

92. Po prostudování návrhu smlouvy, tedy museli dodavatelé legitimně kalkulovat s tím, že ponesou veškeré náklady na plnění předmětu veřejné zakázky, včetně úhrady nákladů za stávající a nepodporované licence. Tento předpoklad, jednoznačně vyplývající z původních zadávacích podmínek, však zadavatel následně zpochybnil prostřednictvím poskytnutých vysvětlení ZD, zejména shora citovaných vysvětlení ZD č. 3, 4, 5, 11 a 12 (dále společně též jen „**vysvětlení ZD**“).

93. Zadavatel v rozkladu tvrdí, že návrh smlouvy, který odmítl (srov. vysvětlení ZD č. 12) v návaznosti na poskytnutá vysvětlení ZD upravit, nebyl s těmito vysvětleními ve vzájemném rozporu, nýbrž je pouze doplňoval.

94. Uvedené tvrzení však nemá oporu v zadávacích podmínkách. Zatímco v bodě 14.4 návrhu smlouvy je jednoznačně uvedeno, že veškeré náklady spojené s plněním předmětu veřejné zakázky, včetně pořízení oprávnění k tzv. standardnímu softwaru, jsou součástí ceny, ve vysvětlení ZD č. 5, 11 a 12 se zadavatel výslovně zavázal k úhradě poplatků ke stávajícím a nepodporovaným licencím. Již v této skutečnosti shledávám jednoznačný a významný rozpor mezi zněním návrhu smlouvy a zněním označených vysvětlení ZD. Poskytnutím příslušných vysvětlení ZD zadavatel **fakticky změnil** podle § 99 zákona **původně stanovené zadávací podmínky**, týkající se pořízení a úhrady standardních a nepodporovaných licencí.

95. S námitkou zadavatele, že vysvětlení ZD návrh smlouvy pouze doplňují, aniž by s ním byly ve vzájemném rozporu, se proto neztotožňuji.

96. Pokud tedy zadavatel v rámci poskytnutých vysvětlení ZD zmírnil původně stanovené požadavky na pořízení a hrazení příslušných oprávnění (stávajících a nepodporovaných licencí), jeví se jako legitimní též požadavek dodavatelů na to, aby zadavatel provedl příslušnou změnu návrhu smlouvy, který obsahuje závazné podmínky, jimiž se bude právní vztah mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem při plnění veřejné zakázky řídit. Zadavatel učinění takového kroku odmítl s tím, že příslušnou úpravu návrhu smlouvy nepovažuje za nezbytnou (vysvětlení ZD č. 12).

97. Označený postup, v jehož rámci zadavatel na straně jedné přislíbí poskytnutí stávajících a nepodporovaných licencí včetně úhrady souvisejících poplatků a na straně druhé není ochoten označené zmírnění zadávacích podmínek (včetně faktického vlivu na cenu) zakotvit do závazného návrhu smlouvy, vyvolává značné pochybnosti o motivech zadavatele a faktickém významu provedené změny prostřednictvím vysvětlení ZD. V uvedeném kontextu především není zřejmé, zda si je zadavatel vůbec vědom, že faktickou změnu zadávacích podmínek provedl, a **nakolik se cítí být prohlášením o poskytnutí a úhradě stávajících a nepodporovaných licencí vázán**.

98. V uvedeném kontextu je třeba akcentovat, že pro dodavatele je klíčové zejména závazné znění smlouvy na veřejnou zakázku, přičemž označený rozpor mezi návrhem smlouvy a vysvětleními ZD neposkytuje dodavatelům z hlediska budoucího právního vztahu dostatečnou právní jistotu. Za problematickou považuji rovněž skutečnost, že zadavatel blíže nespecifikoval, jaké licence dodavatelům poskytne (a jaké případně neposkytne), když odkázal pouze na znění zadávacích podmínek. V tomto ohledu se zcela ztotožňuji s posouzením věci v bodě 169 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad dospěl k závěru, že ani obsah, potažmo rozsah stávajících a nepodporovaných licencí nebyl jednoznačný.

99. Za daných okolností tak měli dodavatelé v zásadě dvě možnosti, buď na prohlášení ve vysvětlení ZD, s ohledem na obtížnou vymahatelnost při plnění smlouvy na veřejnou zakázku, nespoléhat, sestavit nabídkovou cenu dle původních zadávacích podmínek a případné poskytnutí části plnění ze strany zadavatele zahrnout do svého zisku, anebo náklady na pořízení stávajících a nepodporovaných licencí (tedy licencí, které zadavatel již užívá a může je tedy dodavatelům pro plnění veřejné zakázky poskytnout), včetně úhrady souvisejících poplatků za dobu plnění veřejné zakázky, do své nabídkové ceny nezahrnout. Dodavatelé jsou tak nuceni buď nacenit něco, co netvoří součást předmětu veřejné zakázky, a tím nedůvodně podat vyšší nabídkovou cenu, která může objektivně vést k jejich neúspěchu v zadávacím řízení, anebo naopak část plnění předmětu veřejné zakázky neocenit, což by mohlo vést k případným potížím při realizaci veřejné zakázky.

100. Uvedené dvě strategie při sestavení nabídkových cen však mohou objektivně vést k podání neporovnatelných nabídek, včetně objektivního dopadu na výběr dodavatele, a to nikoliv v návaznosti na odlišnou obchodní strategii dodavatelů, nýbrž v důsledku nejednoznačných zadávacích podmínek, které připouštějí rozdílný výklad. Nezbývá mi proto než konstatovat, že zadavatel při vymezení zadávacích podmínek nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 zákona a § 36 odst. 3 zákona, když nestanovil zadávací podmínky jednoznačně a v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

101. Přisvědčit mohu zadavateli naopak v tom, že z kontextu poskytnutých vysvětlení jednoznačně vyplývá, že zadavatel opakovaně přislíbil zajištění a úhradu *stávajících a nepodporovaných licencí*, nikoliv *veškerých licencí*, jak zavádějícím způsobem uváděl tazatel v dotazu, na který zadavatel odpovídal ve vysvětlení ZD č. 12. Tato skutečnost však již nemá na nedůvodnost rozkladu zadavatele, potažmo správnost závěrů Úřadu a zákonnost napadeného rozhodnutí podstatný vliv.

102. Závěrem konstatuji, že mám příslušné námitky zadavatele proti výroku II. napadeného rozhodnutí souhrnně za nedůvodné a v ostatním a v podrobnostech odkazuji na posouzení věci Úřadem v bodech 158 - 179 odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nímž se plně ztotožňuji.

103. K uložení nápravného opatření dle výroku II. napadeného rozhodnutí poukazuji, že dle § 263 odst. 3 zákona platí, že stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu se zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. K naplnění hypotézy právní normy pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 3 zákona konstatuji, že jsem se již výše ztotožnil se závěrem Úřadu, že zadávací podmínky ve svém souhrnu nebyly vymezeny jednoznačně a dostatečně pro podání porovnatelných nabídek, čímž zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením § 36 odst. 3 zákona. Rovněž

výrokem II. napadeného rozhodnutí tak byly zákonné podmínky pro uložení nápravného opatření dle výroku III. napadeného rozhodnutí naplněny.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

104. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem a správním řádem. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil zjištěného porušení zákona. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

105. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.

106. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, 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

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

Obdrží

1. Česká republika - Ministerstvo práce a sociálních věcí, Na Poříčním právu 376/1, 128 00 Praha 2
2. JUDr. Daniel Chamrád, advokát, K Hutím 665/5, 198 00 Praha 9

Vypraveno dne:

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