



UOHSX00DMEJA

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0097/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-23901/2020/321/VJu

Brno 4. srpna 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 5. 2020, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **GC System a.s.**, IČO 64509826, se sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno - Trnitá, zastoupená ve správním řízení společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov, dle plné moci ze dne 11. 12. 2019,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 5. 2020, č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPi vydanému v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0009/2020/VZ, jež bylo zahájeno dne 2. 1. 2020 na návrh z téhož dne na přezkum úkonů zadavatele –

- **Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha - Nové Město, zastoupená ve správním řízení společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1 , 602 00 Brno - Brno-město, dle plné moci ze dne 9. 1. 2020,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 4. 11. 2019 a uveřejněno dne 7. 11. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-039514, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 11. 2019, 2. 12. 2019 a 9. 12. 2019, do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 4. 11. 2019 a uveřejněno dne 8. 11. 2019 pod č. 2019/S 216-529475, ve znění oprav uveřejněných dne

12. 11. 2019 pod č. 2019/S 218-535071, dne 2. 12. 2019 pod č. 2019/S 232-569141 a dne 9. 12. 2019 pod č. 2019/S 237-581384,

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 ze dne 6. 5. 2020, č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPI vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0009/2020/VZ

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 2. 1. 2020 návrh navrhovatele – GC System a.s., IČO 64509826, se sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno - Trnitá, zastoupená ve správním řízení společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov, zastoupení ověřeno dle plné moci ze dne 11. 12. 2019 (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – České republiky - Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových, IČO 69797111, se sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha - Nové Město, zastoupená ve správním řízení společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno - Brno-město, zastoupení ověřeno dle plné moci ze dne 9. 1. 2020 (dále jen „**zadavatel**“), ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)“, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 4. 11. 2019 a uveřejněno dne 7. 11. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-039514, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 11. 2019, 2. 12. 2019 a 9. 12. 2019, do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 4. 11. 2019 a uveřejněno dne 8. 11. 2019 pod č. 2019/S 216-529475, ve znění oprav uveřejněných dne 12. 11. 2019 pod č. 2019/S 218-535071, dne 2. 12. 2019 pod č. 2019/S 232-569141 a dne 9. 12. 2019 pod č. 2019/S 237-581384 (dále jen „**veřejná zakázka**“ či „**nový ISMS**“).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.“

2. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pod sp.zn. ÚOHS-S0009/2020/VZ (dále jen „**správní řízení**“).
3. Zadavatel dále vede zadávací řízení ve věci zadání zakázky s názvem „Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 7. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-019102 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 137-337749 (dále jen „**přechodná zakázka**“ či „**provizorní ISMS**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

4. Dne 6. 5. 2020 vydal Úřad ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kde rozhodl tak, že návrh navrhovatele ze dne 2. 1. 2020 se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad neshledal argumenty předložené navrhovatelem důvodnými, zejména nepřisvědčil názoru navrhovatele, že zadavatel zvýhodnil dodavatele přechodné zakázky, když přechodná zakázka a veřejná zakázka jsou obsahově velmi podobné a dodavatel provizorního ISMS bude tedy mít lepší postavení v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, než jiní dodavatelé, a to zejména proto, že dodavatelé při podání nabídek na provizorní ISMS i veřejnou zakázku nemohli mít jistotu, že budou vybráni k plnění příslušné zakázky. Dále Úřad nepřisvědčil argumentům navrhovatele stran nedostatečně vymezeného rozsahu primární migrace dat zejména proto, že určitou míru nejistoty při určení rozsahu migrace Úřad vyhodnotil jako zcela běžnou a dále Úřad zjistil, že při znalosti zadávacích podmínek lze s jistotou mírou podnikatelského rizika rozsah migrace odhadnout a tedy i ocenit. K námitkám týkající se bezdůvodně diskriminačního charakteru podmínek technické kvalifikace Úřad po provedeném průzkumu trhu uzavřel, že podmínky technické kvalifikace jsou stanoveny důvodně s ohledem na předmět veřejné zakázky a neomezují nepřiměřeně hospodářskou soutěž.

III. **Rozklad navrhovatele**

5. Dne 21. 5. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 6. 5. 2020. Rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě. Zadavatel napadá napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu, považuje jej za nesprávné.

Námitky rozkladu

6. Navrhovatel člení své výhrady proti napadenému rozhodnutí do tří hlavních okruhů, ke kterým se následně blíže vyjadřuje. Zprv navrhovatel namítá zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS (pozn. předsedy Úřadu – z úřední činnosti je mi známo, že v přechodné veřejné zakázce, jejíž zadávací řízení dosud nebylo ukončeno, je vybraným dodavatelem společnost TESCO SW a.s., se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, Hodolany, 779 00 Olomouc, IČO: 25892533, dále také jako „**vybraný dodavatel provizorního ISMS**“) diskriminačním vymezením předmětu veřejné zakázky. Zadruhé navrhovatel považuje za nedostatečné

vymezení tzv. primární migrace dat a tvrdí, že jedinou osobou, která může migraci dat kvalifikovaně ocenit, je dodavatel provizorního ISMS. Zatřetí navrhovatel tvrdí, že je nezákonné nastavení kvalifikačních předpokladů, kdy dle jeho tvrzení se jich většina vztahuje k tzv. disponibilnímu plnění, které v rámci zakázky vůbec nemusí být dodáno a dále navrhovatel tvrdí, že požadavky na technickou kvalifikaci působí ve svém souhrnu a kombinaci diskriminačně a bezdůvodně zužují hospodářskou soutěž. Rozkladové námitky tak v nemalé míře kopírují námitky obsažené v návrhu.

7. K prvnímu okruhu navrhovatel uvádí, že znaleckým posudkem jednoznačně prokázal, že plnění poskytnuté v rámci provizorního ISMS je fakticky zcela identické jako v případě nového ISMS. Podle navrhovatele pak platí, že v rámci provizorního ISMS bude vyvíjen informační systém požadovaný v konečné podobě až v rámci nového ISMS. To dle navrhovatele je jednak nevhodný postup zadavatele a dále takový postup zvýhodňuje dodavatele provizorního ISMS v zadávacím řízení na nový ISMS. Zvýhodnění má spočívat v tom, že vybraný dodavatel provizorního ISMS získá několikaměsíční náskok s vývojem ISMS, ale zejména v tom, že do nabídkové ceny na veřejnou zakázku nemusí kalkulovat veškeré náklady na nový ISMS. Významnou část nákladů na nový ISMS totiž vybraný dodavatel dle navrhovatele pokryje již cenou za provizorní ISMS. Navrhovatel pak nesouhlasí s tím, že dle Úřadu je otázka podobnosti systému irelevantní a navrhovatel trvá na tom, že na její hodnocení nelze rezignovat.
8. Navrhovateli pak není zřejmé, z čeho vychází tvrzení Úřadu stran toho, že shodnost provizorního ISMS a nového ISMS je pro posouzení věci irelevantní a že Úřad může v tomto správním řízení hodnotit pouze zadávací podmínky na nový ISMS. Dle navrhovatele Úřad nijak blíže neozřejmil, z jakého důvodu se nemůže zabývat vztahem nového ISMS a provizorního ISMS (zadávacími řízeními). Dle navrhovatele se tak Úřad odklonil od své běžné rozhodovací praxe, když odmítl přezkoumávat postup zadavatele ve spolu souvisejících zadávacích řízeních a připravil navrhovatele o jeho legitimní očekávání stran posouzení vztahu zakázek. Navrhovatel k tomu odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2020 a z něj cituje závěry dotčeného soudu ohledně zásady legitimního očekávání a předpokladů pro změnu rozhodovací praxe úřadů. Navrhovatel pak zpochybňuje závěry Úřadu stran nemožnosti přihlídnout ke znaleckému posudku z důvodu koncentrace řízení dle § 251 odst. 1 a 4 zákona. K tomu navrhovatel uvádí, že měl na zpracování a zadání znaleckého posudku 4 pracovní dny (od doručení rozhodnutí o námitkách), přičemž v takto krátké lhůtě nelze objektivně znalecký posudek zajistit a dále navrhovatel tvrdí, že znalecký posudek pouze potvrzuje již jím dříve tvrzenou podobnost nového ISMS a provizorního ISMS. Navrhovatel pak uvádí, že nepřipuštění dotčeného znaleckého posudku jako důkazu v tomto řízení vedlo k omezení jeho práva na právní ochranu dle čl. 36 Listiny základních práv a svobod.
9. Navrhovatel pak k okruhu námitky „zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS“ závěrem shrnuje, že dodavatel provizorního ISMS vzhledem k časovým okolnostem při podávání nabídek na zhotovení provizorního ISMS a nového ISMS bude jednoznačně zvýhodněn oproti jiným dodavatelům, když bude moci navázat na jím již poskytované plnění a ostatní dodavatelé budou nový ISMS zhotovovat „na zelené louce“. Vybraný dodavatel provizorního ISMS musel při koncipování nabídky na nový ISMS vědět, že by mu zakázka na provizorní ISMS měla být udělena. To dle navrhovatele zakládá bezdůvodnou překážku hospodářské

soutěže a zaručuje konkurenční výhodu dodavateli provizorního ISMS při zadání zakázky na nový ISMS. Navrhovatel se domnívá, že se v tomto případě jedná o skrytou diskriminaci, kdy dodavatel provizorního ISMS je zdánlivě rovnými podmínkami účasti v zadávacích řízeních zvýhodněn oproti jiným subjektům se stejným postavením.

10. K druhému okruhu námitek pak navrhovatel uvádí, že zadavatel opomněl definovat rozsah primární migrace dat a tím zvýhodnil dodavatele provizorního ISMS, který jediný bude znát rozsah primární migrace dat a tedy jediný ji bude schopen kvalifikovaně ocenit. Tím byl dle navrhovatele zvýhodněn vybraný dodavatel provizorního ISMS. Dále navrhovatel uvádí, že Úřad z provedeného dokazování vyvodil zcela nepřiléhavé závěry. Navrhovatel považuje za zásadní, že nabídku na nový ISMS podaly pouze dvě společnosti – IBM Česká republika, spol. s r. o., se sídlem V Parku 2294/4, 148 00 Praha 4 – Chodov, IČO: 14890992 (dále jako „**dodavatel stávajícího ISMS**“) a vybraný dodavatel provizorního ISMS. Dále Úřad prováděl šetření stran schopnosti dodavatelů informačních systémů provést dle zadávacích podmínek ocenění primární migrace dat. Navrhovatel zdůrazňuje odpověď dodavatele stávajícího ISMS, který uvedl, že bez znalosti stávajícího ISMS by měl z důvodů velmi obecného a nedostatečného vymezení primární migrace dat problém s jejím oceněním. Dle navrhovatele pak další tři společnosti uvedly, že by nebyly ocenění schopny s tím, že jedna z nich (MARBES CONSULTING s.r.o., IČO 25212079, se sídlem Brojova 2113/16, 326 00 Plzeň – Východní Předměstí) upozornila na zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS a společnost PHYSTER TECHNOLOGY, a. s., IČO 27091937, se sídlem Novodvorská 368/65, 142 00 Praha 4 – Kamýk, pak zmínila nevýhodu stanovení ceny pro zákazníka. Z výše uvedeného je dle navrhovatele zřejmé, že naprostá většina oslovených subjektů konstatovala problematičnost ocenění primární migrace dat. Podle navrhovatele je pak nesmyslné upozorňování Úřadu na to, že ve věci byly podány dvě nabídky, když Úřad opomíná, kdo tyto nabídky podal – tedy vybraný dodavatel provizorního ISMS a dodavatel stávajícího ISMS. Dle hodnocení navrhovatele však naprostá většina oslovených subjektů konstatovala problematičnost ocenění primární migrace dat. Dle navrhovatele je zřejmé a je i prokázáno, že při zadávání veřejné zakázky jsou zvýhodněni dodavatel stávajícího ISMS i provizorního ISMS, protože ti jediní budou dobře znát způsob primární migrace, což jim umožní ji lépe ocenit a tím získají výhodu oproti jiným dodavatelům. Podle navrhovatele je pak argumentace Úřadu vnitřně rozporná, když jednak Úřad uvádí, že „nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že zadavatel zcela opomněl definovat rozsah primární migrace dat“ a vzápětí uvádí, že „zadavatel přesně nestanovil rozsah primární migrace dat“.
11. K poslednímu okruhu námitek navrhovatel zdůrazňuje, že zadavatel stanovil celou řadu kvalifikačních kritérií vztahujících se k disponibilnímu plnění, které však zadavatel není nijak zavázán odebrat. Z toho navrhovatel vyvozuje, že takto stanovené kvalifikační předpoklady slouží čistě k omezení hospodářské soutěže, když na relevantním trhu existuje pouze malý okruh dodavatelů, kteří jsou schopni splnit kvalifikační předpoklady. Dále navrhovatel opětovně namítá, že požadavky na technickou kvalifikaci působí ve svém souhrnu a kombinaci diskriminačně a bezdůvodně omezují hospodářskou soutěž.
12. Dle navrhovatele není přípustné, aby se kvalifikační předpoklady vázaly k plnění, které nemusí být v rámci zakázky realizováno. Opačný přístup by vedl k tomu, že zadavatelé by stanovili kvalifikační předpoklady k volitelnému plnění tak, aby eliminovali nechtěné

dodavatele a disponibilní plnění by nikdy neměli v úmyslu odebrat. To by vedlo k výraznému omezení hospodářské soutěže, jako je tomu dle navrhovatele v případě této veřejné zakázky.

13. Z provedeného dokazování dle navrhovatele vyplývá, že Úřad po dotazu na 12 subjektů zjistil, že pouze dva z nich by byli schopni splnit požadavek na předložení seznamu dvou významných dodávek. Z toho však dle navrhovatele Úřad nevyvodil žádný závěr a pouze „banálně“ konstatoval, že „nerozporuje názor navrhovatele, že i dodavatel, který realizoval pouze jednu zakázku na integrační platformu v zadavatelem požadovaném rozsahu, může mít dostatečné zkušenosti a znalosti pro plnění šetřené veřejné zakázky, na druhou stranu nelze ani vyloučit, že jedna úspěšná realizace je zkušeností nahodilou, jak uvádí zadavatel. Na základě prosté racionální úvahy však lze mít za to, že pokud dodavatel realizoval dvě takové zakázky, zvyšuje se pravděpodobnost více zkušeností.“ Dle navrhovatele pak zcela chybí úvahy Úřadu stran toho, proč nezohlednil minimální počet dodavatelů schopných splnit kvalifikační předpoklady a dále z jakého konkrétního důvodu je v daném případě nutné předložit dvě referenční zakázky a nepostačuje reference jediná.
14. Dle navrhovatele pak Úřad ani neodpověděl na jeho námitku, že zadavatel nepřiměřeně omezil hospodářskou soutěž, když požadoval prokázání kvalifikace zajištěním součinnosti s členy týmu, kteří se mají podílet na plnění disponibilní části veřejné zakázky již ve fázi prokazování kvalifikace a nestanovil tento požadavek jako např. podmínku uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, nežádal prokázání této kvalifikace až případně vybraným dodavatelem nebo jako součást požadavků na referenční zakázky. Úřad pak dle navrhovatele zcela opomněl možnost zadavatele požadovat doklady o kvalifikaci od vybraného dodavatele jako podmínku pro uzavření smlouvy dle § 104 zákona. Navrhovatel pak dále uvádí, že zadavatel měl technickou kvalifikaci pracovníků navrhovatele posoudit v rámci hodnotících kritérií a nestanovovat je jako technickou podmínku kvalifikace. Dle navrhovatele se také Úřad nedostatečně vyjádřil k tomu, že tím, že zadavatel požaduje jednak technika na pozici implementátor/administrátor integrační platformy a programátora – integrační platforma, přičemž činnost těchto osob se značně překrývá, omezuje zadavatel nedůvodně, nevhodně a nepřiměřeně hospodářskou soutěž, a to vzhledem k nízkému počtu osob s touto kvalifikací. Dle navrhovatele pak není zřejmé, na čem Úřad založil své závěry, že realizace integrační platformy není na trhu neobvyklým plněním.
15. Navrhovatel pak následně pro úplnost uvádí, že trvá na závěrech, že o veřejnou zakázku se budou ucházet primárně subjekty z České republiky a naznačuje, že tato je relevantním trhem, a k tomu uvádí odkaz na rozhodnutí Úřadu ze dne 11. 7. 202 ve věci sp. zn. ÚOHS-S0511/2011/VZ a dále poukazuje na zadavatelovi požadavky na to, aby „naprostá většina“ členů realizačního týmu ovládala český nebo slovenský jazyk nasvědčuje relevanci pouze českého trhu.
16. Závěrem pak navrhovatel shrnuje, že napadené rozhodnutí považuje za věcně i právně vadné, když nevychází ze spolehlivě zjištěného skutkového stavu, což jej činí rovněž nepřezkoumatelným. Dle navrhovatele se pak Úřad k řadě jeho námitek vůbec nevyjádřil a své závěry Úřad nepodložil konkrétními a relevantními skutečnostmi a často není vůbec zřejmé, z čeho Úřad při formulaci svých závěrů vyšel a Úřad se dle navrhovatele dopouští nepodložených spekulací.

Závěr rozkladu navrhovatele

17. Zadavatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

18. Usnesením ÚOHS-15272/2020/513/EPi ze dne 25. 5. 2020 vydaným ve správním řízení doručeným zadavateli téhož dne, Úřad zadavatele vyzval, aby se k rozkladu navrhovatele vyjádřil ve lhůtě sedmi dnů. Na to zaslal zadavatel Úřadu své vyjádření ze dne 1. 6.2020, doručené téhož dne.
19. Zadavatel úvodem svého návrhu rekapituluje, že v současné době i v minulosti byl a je provoz informačního systému majetku státu (ISMS), jakožto hlavního informačního systému zadavatele, fakticky dodáván společností IBM Česká republika, spol. s r. o., tedy dodavatelem stávajícího ISMS.
20. Zadavatel zprvu přitakává hodnocení Úřadu o nepřipustnosti provedení důkazu znaleckým posudkem předloženým navrhovatelem z důvodu koncentrace řízení dle § 251 odst. 1 a 4. Zadavatel uvádí, že navrhovatel mohl zadat vyhotovení znaleckého posudku dříve a prodlení s jeho předložením považuje zadavatel za procesní strategii navrhovatele s účelem zdržet řízení vedené Úřadem a získat tak majetkový prospěch v koordinaci s dodavatelem stávajícího ISMS. Dle zadavatele navrhovatel měl a mohl zadat zhotovení znaleckého posudku mnohem dříve a tento tedy i předložit dříve tak, aby se vyhnul zákonné koncentraci řízení. Zadavatel uvádí, že posudek obsahoval řadu nových skutečností a měl být předložen již s návrhem (resp. s námitkami). Dle zadavatele mohl být znalecký posudek předložen nejpozději s návrhem, případně v 15 dnech od doručení oznámení o zahájení správního řízení, jednalo-li se o skutečnosti neuvedené v návrhu. Zadavatel však upozorňuje, že posudek byl předložen až téměř po dvou měsících od podání návrhu. Nadto se zadavatel domnívá, že i když Úřad konstatoval předložení posudku po zákonné koncentraci řízení, i tak se Úřad s posudkem a jeho obsahem dostatečně věcně vypořádal. Zadavatel pak upozorňuje na chybnou metodologii znaleckého posudku stran posuzování shodnosti informačních systémů. Zadavatel zejména upozorňuje na to, že oba informační systémy jsou si podobné z toho důvodu, že oba mají sloužit k zajištění agend zadavatele, které vyplývají ze zákona a zadavatel má povinnost je zajišťovat. Zadavatel pak upozorňuje, že nový ISMS má být vytvořen a poskytovat výstupy zcela v souladu s potřebami zadavatele a to včetně vnitřních procesů systému. Naopak provizorní ISMS má sice poskytovat výstupy požadované zadavatelem, avšak na základě procesů a funkcí dodavatele.
21. Zadavatel pak shodně s Úřadem konstatuje, že porovnání podobnosti plnění provizorního ISMS a nového ISMS je irelevantní. Zadavatel k tomu podotýká, že sice není zcela přiléhavý odkaz na § 51 odst. 4 zákona, neboť to dopadá na situace, kdy zadavatel nemá ukončeno „první“ zadávací řízení a tedy je prozatímně oprávněn požadované plnění zadat v jiném zadávacím řízení (typicky v jednacím řízení bez uveřejnění) aby dočasně zabezpečil svou potřebu do té doby, než bude ukončeno „první“ zadávací řízení, nicméně tato právní úprava naznačuje možnost souběhu zadávacích řízení na zakázku s obdobným či stejným plněním zadávanou pro jiné časové úseky plnění. Účelem tohoto ustanovení je to, aby „první“ zadávací řízení nepozbylo svého smyslu pozdějším zadávacím řízením s obdobným plněním

a byla dočasně zabezpečena potřeba zadavatele. V případě této veřejné zakázky však dle zadavatele o takovou situaci nejde, neboť prvotně je zadávána dočasná zakázka na provizorní ISMS a následně je zadávána zakázka na nový ISMS, přičemž tyto na sebe vždy měly navazovat a nekonkurují si – jsou zadávány pro jiné časové období.

22. Zadavatel pak poukazuje na to, že žádný dodavatel nemohl být zvýhodněn při zadávání veřejné zakázky nového ISMS tím, že by dodával provizorní ISMS tak, že by dodavatel provizorního ISMS zahrnul své náklady na zhotovení nového ISMS do zakázky na provizorní ISMS. Zadavatel uvádí, že z časového hlediska, díky stále probíhajícímu zadávacímu řízení na provizorní ISMS, nikdo nemohl mít právní jistotu toho, že bude dodavatelem provizorního ISMS. Pokud se jedná o to, že dodavatel provizorního ISMS bude zvýhodněn znalostí tohoto systému oproti jiným dodavatelům, uvádí zadavatel, že se jedná o zcela přirozenou situaci vyplývající z návaznosti systémů a za toto nemůže nést zadavatel odpovědnost.
23. K nedostatečnému vymezení primární migrace dat pak zadavatel zprvu shrnuje provedené dokazování a poukazuje na to, že Úřadem oslovené subjekty se shodly na tom, že určitá míra nejasnosti kolem přesného rozsahu primární migrace dat nevylučuje možnost účasti dodavatelů v zadávacím řízení a schopnost sestavit cenovou nabídku. Zadavatel pak uvádí, že dvě podané nabídky jednoznačně, spolu s vyjádřeními dalších subjektů, svědčí pro to, že migrace byla vymezena dostatečně. Zadavatel pak poukazuje na to, že je v zadávacím řízení oprávněn přenést podnikatelské riziko při neurčení přesného rozsahu jisté dílčí činnosti na dodavatele. Zadavatel pak zdůrazňuje, že žádný dodavatel nemohl být neúplným vymezením rozsahu primární migrace zvýhodněn, neboť nikdo z dodavatelů neměl při podání nabídky na nový ISMS jistotu, že bude dodavatelem provizorního ISMS.
24. Zadavatel pak plně přisvědčuje Úřadu ohledně jeho hodnocení podmínek technické kvalifikace. Stran kvalifikačních předpokladů vztažených k disponibilnímu plnění zadavatel poukazuje na to, že má v úmyslu plnění odebrat, je oprávněn takové plnění žádat i si vyhradit možnost jej nepožadovat a zároveň má oprávnění si ověřit, že dodavatel informačního systému má schopnosti poskytnout i disponibilní plnění. Tomu pak zadavatel celkově přizpůsobil zadávací dokumentaci. Zadavatel pak poukázal i na možnost ověřovat kvalifikaci v zadávacích řízeních u rámcové dohody dle § 131 zákona, kde plnění také nemusí být odebráno. Zadavatel pak poukazuje, že disponibilní plnění obsahují i služby rozvoje a je tedy zřejmé, že tyto služby budou odebrány.
25. Zadavatel pak dále uvádí, že dokazováním bylo zjištěno, že 4 ze 14 posuzovaných subjektů byly schopny splnit navrhovatelem rozporovanou technickou kvalifikaci. Pokud pak byly dotazovány jen subjekty na českém trhu, nikoliv na evropském, a dle zadavatele navíc některé z dotazovaných subjektů nebyly zvoleny vhodně, jednoznačně to svědčí o tom, že rozhodně nelze hovořit o minimálním počtu subjektů schopných splnit požadavky zadavatele.
26. K možnosti zadavatele požadovat 2 a ne pouze jednu významnou dodávku (referenční zakázku) pak zadavatel uvádí, že polemika s tímto požadavkem je nepřijatelná a vedla by k absurdním závěrům a nejedná se o nijak neúměrný či zbytečně soutěž omezující požadavek a takový požadavek si smí zadavatel stanovit. K tomu zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc ze dne 19. 7. 2020. Zadavatel pak uvádí, že zaprvé není povinen nároky na zkušenosti apod. stran členů

realizačního týmu navrhovatele činit součástí hodnotících kritérií namísto toho, aby je stanovil jako kvalifikační kritéria. Dále pak zcela není rozhodné, zda jsou takové požadavky na členy týmu stanoveny jako podmínka uzavření smlouvy či jinde, neboť jejich nesplnění vždy povede ke stejnému výsledku – tedy vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, lišit se bude pouze okamžik takového vyloučení.

27. Zadavatel pak tvrdí, že je zcela legitimní požadovat jak referenční zakázky, tak mít konkrétní požadavky na členy realizačního týmu veřejné zakázky. Referenční zakázky dle zadavatele osvědčují jeho vlastní zkušenost a schopnost provést určité plnění, požadavky na členy realizačního týmu pak osvědčují to, zda dodavatel skutečně disponuje osobami s určitými vlastnostmi a schopnostmi (a tyto například po splnění referenčních zakázek neukončily spolupráci s dodavatelem).
28. K námitce navrhovatele na obsazení dvou pozic členů realizačního týmu – technika na pozici implementátor/administrátor integrační platformy a programátor – integrační platforma, jejichž činnost se dle navrhovatele překrývá, zadavatel uvádí, že je pouze na něm, jak stanoví zadávací podmínky, pokud nejsou nepřiměřené a bez souvislosti s předmětem veřejné zakázky. Úřadu pak nepřísluší je přezkoumávat. Nadto zadavatel poukázal na to, že sám navrhovatel připustil, že pozice nejsou zcela stejné a závěrem zadavatel upozorňuje, že Úřad správně konstatoval, že je nepřípustná argumentace navrhovatele, že je možné požadovat i pozici „programátor“ obecně s tím, že tento se integrační platformu doučí.

Závěr vyjádření zadavatele

29. Zadavatel předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

30. 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

31. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
32. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

V. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu

33. V této části odůvodnění se postupně vyjádřím k navrhovatelovým argumentům, pro přehlednost zachovám jeho členění rozkladových tvrzení do tří základních okruhů. Úvodem

však podotýkám, že navrhovatel pouze opakuje svá tvrzení uvedená již v „Námitkách proti zadávacím podmínkám“ ze dne 13.12.2019 a v „Návrhu proti stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky“ ze dne 2.1.2020 (dále jako „**návrh na zahájení správního řízení**“), se kterými se dle mého hodnocení zadavatel i Úřad dostatečně vypořádali.

34. Zároveň si dovoluji vztáhnout na správní řízení rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 54/2009 - 88 ze dne 30.11.2009 týkající se soudního rozhodování, kde soud dospěl k závěru, že není nutné vypořádat každý jednotlivý argument účastníka řízení a výslovně jej popřít, aby bylo rozhodnutí přezkoumatelné. Pokud tedy Úřad učiní správnou, odůvodněnou a logickou argumentaci souladnou se zákonem, která dospívá ke správným právním závěrům a ve svém důsledku tak vyvrací argumentaci účastníka řízení a jeho právní názor, není rozhodnutí nepřezkoumatelné pouze proto, že se výslovně nevyjádří k některému z předložených argumentů. Úřad v napadeném rozhodnutí dle mého názoru dospěl k zákonným a správným závěrům a uceleným hodnocením věci vyvrátil argumentaci navrhovatele. Níže se vyjádřím k jednotlivým okruhům navrhovatelovy argumentace. V tomto duchu je nezbytné označit námitky navrhovatele, že je napadené rozhodnutí v konkrétních námitkách nedostatečně odůvodněné, en bloc za nedůvodné.

Zvýhodnění dodavatele provizorního ISMS diskriminačním vymezením předmětu veřejné zakázky

35. Zde je zprvu nutné uvést, že pro meritum věci navrhovatelem předložený znalecký posudek není rozhodný, jak správně konstatoval Úřad. I kdyby byla pořizovaná plnění zcela totožná, což nejsou, rozdělujícím a určujícím kritériem je zde časové hledisko. Také uvádím, že zcela souhlasím s hodnocením Úřadu v tomto okruhu otázek. Skutečně se jedná o rozdílné systémy, pořizované pro různá časová období a dodavatelé nemohli při podávání nabídek na nový ISMS kalkulovat s tím, že budou zvýhodněni jakožto dodavatelé provizorního ISMS.
36. Jak již vyplývá ze samotného názvu provizorního ISMS, jedná se o systém dočasný. Jak vyložil Úřad v bodě 109 a násl. napadeného rozhodnutí, zadavatel je oprávněn požadovat stejná plnění pro na sebe navazující časové úseky – zadavatel pořizoval provizorní ISMS v časové tísní jako přechodnou fází mezi svým současným informačním systémem a novým ISMS, k němuž si zadavatel vyhradil možnosti jej rozvíjet a přizpůsobovat jej svým potřebám. Nadto sám navrhovatel v průběhu řízení uznal (odst. 7 návrhu na zahájení správního řízení) že nový ISMS je odlišný od provizorního ISMS a obsahuje nadstavbové funkcionality. Není tedy ničím neobvyklým ani nezákonným, zvláště v případě kontinuálně potřebných plnění, že obdobné, nebo zcela stejné plnění je zadáváno postupně vícekrát dle toho, jak dlouho trvá konkrétní potřeba zadavatele. Časová kolize dvou souběžných zadávacích řízení v případě provizorního ISMS a nového ISMS je pak vyvolána a ospravedlněna urgentní potřebou zadavatele vykonávat svou činnost po nezbytně nutnou dobu – provizorní ISMS – a výhledově si zajistit nový ISMS, k němuž získá zadavatel nezbytná práva a který bude moci rozvíjet.
37. Ve zkoumaném případě se nejedná o skrytou diskriminaci rozpornou se zákonem. Při potřebě zajištění kontinuálního plnění zadavatelovy potřeby je běžné a možné, aby plnění v průběhu času zajišťovaly jiné osoby. Je pak nevyhnutelné, že stávající dodavatel plnění bude zvýhodněn oproti dodavateli novému lepší znalostí zadavatele a jeho potřeb, zvláště pak v případě služeb, které jsou vždy částečně závislé na osobě, již je plněno, jejich potřebách, individuálních vlastnostech, pracovním prostředím atp. Taková situace je však

nevyhnutelná a nelze ji tedy přičítat k tíži zadavatele – resp. zadavatel by musel „ostatním/novým“ dodavatelům kompenzovat jejich konkurenční nevýhodu diskriminací „stávajícího“ dodavatele. Zákon neumožňuje zadavateli bezdůvodně zvýhodnit některého dodavatele, či stanovit bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Tento zákaz v sobě implikuje, že takové překážky či zvýhodnění je vytvořeno zadavatelem. Do kategorie takových zvýhodnění či omezení pak nelze ale z povahy věci zařadit přirozené charakteristiky trhu – ať už plynoucí z toho, že některý dodavatel v minulosti realizoval pro zadavatele obdobné plnění, nebo plynoucí z toho, že některý dodavatel má konkurenční výhodu plynoucí z technologického pokroku. Smyslem regulace zadávání veřejných zakázek nepochybně není zajištění téměř rovnostářského postavení všech dodavatelů.

38. Nelze zadavateli vyčítat, že po ukončení smlouvy na provoz stávajícího ISMS zvolil k zajištění svých potřeb cestu výběru nového dodavatele provizorního ISMS v otevřeném řízení. Jak již správně konstatoval Úřad (srov. bod 109 napadeného rozhodnutí), zadavatel má právo rozhodnout o tom, jaké plnění požaduje a Úřadu to zásadně nepřísluší hodnotit – přezkoumávat. Ani navrhovatel netvrdí, že by zadavatel měl do doby zhotovení nového ISMS rezignovat na provoz svého informačního systému. Je tedy nesporné, že zadavatel má právo rozhodnout, že své potřeby zajistí formou zakázky zadávané v otevřeném řízení na pořízení plnění na přechodnou dobu. Z toho bude imanentně plynout výhoda dodavatele provizorního ISMS popsána v předchozím odstavci.
39. Je pak nutno zopakovat, že žádný z dodavatelů nemohl mít při podání nabídky na nový ISMS jistotu toho, že bude dodavatelem provizorního ISMS (viz bod 116 an. napadeného rozhodnutí). Stejně tak nemohl žádný z dodavatelů kalkulovat s tím, že bude zvýhodněn jakožto dodavatel provizorního ISMS, a tedy že zde bude moci uměle snížit cenu a své náklady poté kompenzovat v zakázce na nový ISMS. I když by hypotetický dodavatel „vyhrál“ v zadávacím řízení na provizorní ISMS s nabídkovou cenou 1 Kč, stále by musel soutěžit v zadávacím řízení na nový ISMS, kde by mu zahrnutí nákladů z realizace provizorního ISMS šlo k tíži (a lze předpokládat, že výrazně), neboť by tím navýšil nabídkovou cenu. Kdyby pak došlo k situaci, že hypotetický dodavatel předloží jako nabídkovou cenu na provizorní ISMS jednu korunu a poté předloží i nejvýhodnější nabídku na zhotovení nového ISMS, není zřejmé, čím je toto jednání pro zadavatele nevhodné, jak naznačuje navrhovatel, či jakým způsobem je takový hypotetický dodavatel nyní fakticky zvýhodněn, když takový dodavatel nemá zkušenosti s poskytováním ISMS zadavateli v době koncipování nabídky na nový ISMS. Rovněž nelze opomenout, že nabídková cena ve výši 1 Kč by patrně byla označena za mimořádně nízkou a hypotetický dodavatel by pak riskoval rovněž své vyloučení ze zadávacího řízení.
40. Dále dodávám, že souhlasím se závěrem Úřadu o nemožnosti v této věci přezkoumávat zadávací podmínky jiných zadávacích řízení (srov. odst. 114 napadeného rozhodnutí). Úřad skutečně v tomto správním řízení nepřezkoumává správnost či zákonnost zadávacích podmínek na pořízení provizorního ISMS, avšak vztahem zakázek na nový ISMS a provizorní ISMS se obsáhle zabývá (např. odst. 111, 116, apod. napadeného rozhodnutí). Není tedy pravdou, že by se Úřad odmítl zabývat vztahem zakázek, jak tvrdí navrhovatel v rozkladu. Nadto navrhovatelovy odkazy na „ustálenou rozhodovací praxi“ Úřadu jsou obecné a nepřiléhavé, jak správně poznamenal zadavatel, neboť navrhovatelem zmiňovaná „ustálená rozhodovací praxe“ se týká posuzování zákonnosti rozdělení téže zakázky na více

částí, kde je stejný předmět plnění i stejná doba plnění, což v případě zde diskutovaných zakázek není splněno.

41. Není tedy pravdou, že by zadavatel přistupoval k dodavatelům ve stejném postavení rozdílně, a že by dodavatele provizorního ISMS zvýhodnil, resp. že by v zadávacím řízení na nový ISMS musel zohledňovat zadávací řízení na provizorní ISMS. Rovněž zůstává otázkou, zda by takové „narovnání“ postavení všech dodavatelů samo o sobě nepředstavovalo bezdůvodné omezení hospodářské soutěže – k tomu lze odkázat na přílehlavé předchozí rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 4. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0013/2020/VZ, č. j. ÚOHS-10969/2020/321/ZSř, kde je v bodě 93 odůvodnění uvedeno: „*K námitce zadavatele, že „nechce“ zvýhodňovat stávající dodavatele, kteří přechodovým typem autobusů disponují, konstatuji, že zadavatel nesmí stanovením zadávacích podmínek stávající dodavatele bezdůvodně zvýhodňovat, ale ani bezdůvodně znevýhodňovat.*“. Dodavatel provizorního ISMS i dodavatel stávajícího ISMS jsou (resp. mohou, ale nutně nemusí být) z podstaty věci zvýhodněni, aniž by tak docházelo k porušení zákona, když dodavatel provizorního ISMS je zvýhodněn díky svému úspěchu v otevřeném řízení na provizorní ISMS a dodavateli stávajícího ISMS náleží zvýhodnění historicky.

K nedostatečnému vymezení primární migrace dat.

42. Zde je třeba zdůraznit, že je to navrhovatel a nikoliv Úřad, kdo nesprávně hodnotí provedené dokazování stran schopnosti dodavatelů ocenit primární migraci dat. Úřad v odstavci 135 napadeného rozhodnutí přesně zhodnotil zjištění učiněná stran možnosti ocenit primární migraci dat. Navrhovatel pak tato zjištění obecně napadá, poukazuje na nepoužitelnost vyjádření dodavatele stávajícího ISMS a vybraného dodavatele provizorního ISMS, neboť tyto subjekty jsou zvýhodněny tím, že znají systémy, mezi kterými má být migrováno. Plně přisvědčuji hodnocení Úřadu a uvádím, že oslovené subjekty veskrze konstatovaly možnost ocenit primární migraci dat s různou mírou podnikatelského rizika s tím, že to bude odpovídat množství poskytnutých údajů. Z dokazování je pak zřejmé, a Úřad to v citovaném odstavci uvádí, že jistá míra nejistoty stran rozsahu migrace je běžná a zkušenějšímu dodavateli by neměla činit obtíže a přesný rozsah migrace a její způsob nelze přesně zjistit dříve, než konkrétní zadavatel získá přístup k informačnímu systému samotnému, což nebývá zpravidla ve fázi přípravy nabídky. Stejně tak Úřad odkázal na části zadávací dokumentace (srov. odst. 123 až 127 napadeného rozhodnutí), ze kterých odvozuje potenciální možnost primární migraci ocenit. Lze pak poukázat na to, že samotným požadavkem zadavatele vyjádřeným v zadávací dokumentaci veřejné zakázky je provedení analýzy migrace dat a její samotné provedení (vizte článek 3.5.5 Přílohy č. 5 – „Vzorová smlouva o vytvoření, podpoře a rozvoji nového Informačního systému“ zadávací dokumentace) s tím, že ukazují na to, že zadavatel si nemůže a nemohl být jist tím, mezi kterými konkrétními informačními systémy a v jakém poměru bude data migrovat, čemuž byl nucen přizpůsobit zadávací dokumentaci. Navzdory tomu několik subjektů konstatovalo svou schopnost ocenit migraci dat.
43. Zadavatel obecně stanoví zadávací podmínky s ohledem na očekávanou odbornost dodavatelů a dále je-li zjišťována nějaká úroveň odborné znalosti (péče) či zvyklosti (praxe) jedná se o otázku skutkovou, stran které se vede dokazování. Tyto závěry byly podrobně rozvedeny v odstavcích 24 až 27 rozhodnutí ze dne 7. května 2020 č. j. ÚOHS-13602/2020/321/HBa ve věci ÚOHS-R0045/2020/VZ (včetně odkazů na odbornou literaturu a judikaturu). Zjistil-li tedy Úřad provedeným dokazováním, že jistá míra neurčitosti

vymezení migrace dat není nijak neobvyklá, vysvětlil, proč považuje v této věci vymezení migrace dat za dostatečné a provedl k tomu důkazy, nelze přisvědčit obecným a neurčitým tvrzením navrhovatele. K tomu lze obecně poukázat, že taktéž není rozporné se zákonem (jak již konstatoval Úřad), pokud zadavatel přenesl určitou míru podnikatelského rizika na dodavatele, a to i požadavkem plnění, jehož rozsah nelze předem přesně určit – k tomu vizte rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2017 č. j. 62 Af 121/2016-196.

44. K tvrzené vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí dle odstavce 19 rozkladu uvádím, že napadené rozhodnutí není vnitřně rozporné. „Zcela opomenout“ a „přesně nestanovit“ jak sám cituje navrhovatel, nevyjadřuje totéž. Konstatování, že není pravda, že zadavatel „zcela opomenul“ a konstatování, že zadavatel „přesně nestanovil“ se nevyklučují. Kupříkladu konstatování, že střelec přesně netrefil terč, neznamená, že ho minul zcela.

K nastavení kvalifikačních předpokladů

45. Ve vztahu k nastavení kvalifikačních kritérií vzhledem k disponibilnímu plnění veřejné zakázky navrhovatel nepředkládá nic, s čím by se Úřad již nevypořádal. Nezbyvá mi tedy než odkázat na závěry Úřadu a potvrdit, že zadavatel je oprávněn stanovit kvalifikační kritéria i vzhledem k potenciálnímu plnění, které zadavatel není smluvně zavázán odebrat.
46. Zejména přisvědčuji argumentaci Úřadu v odstavci 180 napadeného rozhodnutí, že i v případě rámcových dohod dle § 131 zákona je možné ověřovat kvalifikaci pro plnění, které nemusí být odebráno (zvláště pak lze ověřit kvalifikaci pro určitý rozsah plnění, byť takové plnění nakonec na základě uzavřené smlouvy nemusí být odebráno). Zákon tedy obecně připouští, aby se kvalifikační kritéria vztahovala k plnění, u něhož není zadavatel povinen jej odebrat. Dále poukazuji na to, že platí soukromoprávní presumpce poctivosti a dobré víry (viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 8. 2018, č. j. ÚOHS-R0093/2018/VZ-24506/2018/320/HBa,HSc,JSu). Chystá-li se zadavatel pořídit nějaké plnění (uzavřít smlouvu), avšak vyhradil si možnost určité plnění nepožadovat nebo jej požadovat až bude-li to vhodné, nelze takovému jednání automaticky přisuzovat zlou víru, jak činí navrhovatel a spatřovat v něm snahu o diskriminaci určitých dodavatelů.
47. Za správné pak považuji závěry Úřadu uvedené v odstavci 177 napadeného rozhodnutí. V odstavcích 166 až 168 Úřad citoval ty části zadávací dokumentace, ze kterých vyvozuje, že zadavatel má v úmyslu nadstavbové funkcionality odebrat. Zejména pak zdůrazňuji citaci, již uvedenou Úřadem, z čl. 1.2.2.1. „Požadavky na rozvojové funkcionality nového ISMS“ Přílohy č. 1 „Technická a funkční specifikace (vymezení věcné oblasti plnění)“ (dále jako „**Technická a funkční specifikace**“) k Příloze č. 5 – „Vzorová smlouva o vytvoření, podpoře a rozvoji nového Informačního systému“ zadávací dokumentace veřejné zakázky, kde je uvedeno: „*Tato podkapitola obsahuje rámcové požadavky na rozvojové funkcionality, které by měly být výhledově přidány k hlavním funkcionalitám nového ISMS.*“ Zadávací dokumentace tedy nasvědčuje tomu, že nadstavbové funkcionality, k nimž se váží i některé kvalifikační předpoklady, má zadavatel skutečně v úmyslu odebrat. Jak pak poukazuje Úřad, zřejmě i proto zadavatel tyto nadstavbové funkcionality v zadávací dokumentaci zvláště upravuje a specifikuje. Je také třeba podotknout, že nadstavbové funkcionality nejsou plněním nijak zřejmě nesouvisejícím s ostatními částmi plnění veřejné zakázky či činnostmi zadavatele. Článek 1.2.2.1. Technické a funkční specifikace vyjmenovává nadstavbové funkcionality jako „*Správa budov a vybavení; Energetický management; Sledování investičních potřeb a tvorba*

rozpočtů; Elektronické dražby; Pohled na podlaží budov; Personální pasport pracovních míst“ a tyto funkcionality jsou pak dále specifikovány. Není pak zřejmé, že by žádaná nadstavbová plnění nesouvisela se správou majetku státu a činnostmi zadavatele.

48. Z ničeho pak nevyplývá, že by zadavatel požadoval nadstavbová plnění, jež nemá v úmyslu odebrat, pouze s úmyslem vázat na ně kvalifikační předpoklady a tím bezdůvodně omezit hospodářskou soutěž. Vyjma obecných tvrzení navrhovatele takovému závěru nic nesvědčí. Dle mého hodnocení se zde v případě možnosti nadstavbová plnění neodebrat jedná o běžnou smluvní opatrnost zadavatele spojenou s péčí řádného hospodáře.
49. Obdobné závěry stran možnosti vázat kvalifikační požadavky na nadstavbové funkcionality lze učinit i stran požadavků zadavatele na členy realizačního týmu dodavatele, kteří se mají podílet na realizaci nadstavbových funkcionalit. Nadto navrhovatel namítá, že zadavatel měl tyto kvalifikační předpoklady stanovit až jako podmínku uzavření smlouvy, a s touto možností se dle navrhovatele Úřad nelyžřádal. Úřad se s touto námitkou vypořádal v odstavci 184 napadeného rozhodnutí. Je nesporné, že požadavek na členy týmu je kvalifikačním předpokladem vypovídajícím o schopnosti dodavatele zakázku plnit. Dále Úřad provedeným dokazováním stran subjektů schopných splnit kvalifikační kritéria zjistil, že takové subjekty na trhu existují a dovedil pak, že dané kvalifikační kritérium není zjevně nepřiměřené předmětu plnění veřejné zakázky. Dále pak není pravdou, jak uvádí navrhovatel, že členové týmu podílející se na disponibilním plnění jíř fakticky musí být placeni po celou dobu plnění veřejné zakázky – nadto i kdyby to pravda byla, postihuje tento požadavek všechny dodavatele stejně, když každý dodavatel by musel těřtřo svým zaměstnancům (či poddodavatelům) platit mzdu (odměnu) a tedy by oproti jiným dodavatelům nebyl zvýhodněn. Ze zadávací dokumentace však nijak neplyne, že by členové realizačního týmu dodavatele podílející se na nadstavbových funkcionalitách museli být po celou dobu plnění veřejné zakázky jeho zaměstnanci (či být jinak odměňováni). Naopak v článku 4.5.2 zadávací dokumentace zadavatel výslovně připustil jiné formy zajištění členů realizačního týmu, když stanovil, že *„Zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace (...) požaduje předložení jmenného seznamu alespoň 25 techniků – členů realizačního týmu (...), kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky (bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli) ...“*(pozn. zvýraznění doplněno předsedou Úřadu). Stanovená kvalifikační kritéria ve vztahu k členům týmu zhotovujících nadstavbové funkcionality tak nejsou diskriminační, když postihují všechny dodavatele stejně a taktěž nejsou zjevně nepřiměřená plnění veřejné zakázky.
50. Přesvědčivým taktěž shledávám hodnocení Úřadu stran možnosti zadavatele žádat prokázání dvou referencí, namísto jedné. Jako každá kvalifikační podmínka, i požadavek na předložení daných referencí je faktorem omezujícím hospodářskou soutěž. Bylo však zjištěno, že i přes toto omezení existují subjekty schopné veřejnou zakázku plnit a nebyla prokázána navrhovatelem tvrzená nepřiměřenost tohoto omezení. Žádat prokázání dvou referenčních zakázek namísto pouze jedné není ničím neobvyklým, neboť snižuje pravděpodobnost „nahodilosti“ prokázané reference. Zvláště uvážíme-li, a je to nesporné, že se v tomto případě jedná pro zadavatele o zásadní plnění, jehož nezajištění by v zásadě mohlo zcela paralyzovat jeho činnost. Jelikož navrhovatel v rozkladu neuvádí konkrétní polemiku s tímto závěrem Úřadu (s výjimkou tvrzené nepřezkoumatelnosti), nelze než se se závěrem Úřadu ztotožnit a uvedenou námitku označit za nedůvodnou.

51. Stran námitek rozkladu vyjádřených v jeho odstavci 24 uvádím, že za zcela přesvědčivě vyvracející argumentaci navrhovatele v této věci považuji odstavec 185 napadeného rozhodnutí. Úřad zcela jasně vysvětlil, že nelze po zadavateli požadovat, aby připustil účast dodavatele, jehož zaměstnanci se budou v průběhu plnění veřejné zakázky něco „doučovat“. Naopak je pochopitelné, že při zadávání veřejné zakázky pro zadavatele zásadního charakteru tento stanoví přísnější kritéria kvalifikace a bude požadovat doložení dispozice s osobou, které již požadovanými vlastnostmi disponuje. K nepřezkoumatelnosti tvrzené v již citovaném odstavci rozkladu uvádím, že Úřad zřejmě odkazuje na dvě dílčí závěry učiněné v odstavci 183 napadeného rozhodnutí o existenci subjektů schopných splnit kvalifikační kritéria.
52. Není pravdou, jak tvrdí navrhovatel v odstavci 22 rozkladu, že Úřad nevyvodil žádný závěr co se týče toho, že pouze 4 (resp. dva mimo dodavatele stávajícího ISMS a vybraného dodavatele provizorního ISMS) subjekty na relevantním trhu jsou schopny splnit kvalifikační předpoklady. Úřad tyto závěry zřejmě hodnotil v rámci úvahy o nepřiměřenosti dopadů kvalifikačních kritérií na hospodářskou soutěž, jak vyplývá z posledních dvou vět odstavce 183 napadeného rozhodnutí. Úřad se tedy zabýval tím, proč zadavatel může požadovat dvě referenční zakázky a ne pouze jednu a také, byť stručně, se vyjádřil k počtu dodavatelů schopných zakázku splnit. K domu je vhodné dodat, jak poukázal zadavatel, že pokud z 12 oslovených subjektů tvrdili svou schopnost splnit kvalifikační předpoklady pouze dva, neznamená to nutně, že jsou na trhu pouze dva subjekty schopné splnit kvalifikační předpoklady, ale znamená to, že takové subjekty jsou nejméně dva (pomineme-li dodavatele stávajícího ISMS a provizorního ISMS).

Ke koncentraci řízení

53. Obecně smyslem koncentrace řízení je zajistit rychlý průběh řízení, jedná se o prvek jeho racionalizace.² Koncentrace řízení pak nutí jeho účastníky tvrdit skutečnosti a označit důkazy k jejich prokázání v určité fázi řízení z toho důvodu, aby správní řízení mohlo pokročit a řádně probíhat – zejména aby bylo v zákonných lhůtách rozhodnuto. Taktéž koncentrace správního řízení zabraňuje obstrukcím účastníků řízení, aby tito nemohli stále (denně) tvrdit nové skutečnosti a navrhopvat nové důkazy, které by správní orgán musel neustále provádět a vyhodnocovat, čímž by docházelo ke zbytečným průtahům ve správním řízení. Ve správním řízení v prvním stupni dle správního řádu pak zákonná koncentrace chybí, resp. řízení je koncentrováno až díky § 82 odst. 4 správního řádu³ ve fázi řízení o odvolání (rozkladu).
54. Obecně tedy nezpochybňuji koncentraci řízení před Úřadem uvedenou v § 251 zákona. Zákonná koncentrace dle § 251 odst. 1 a 4 (ev. 5) zákona hovoří o nutnosti důkazy „navrhnout“. Nehovoří již o tom, kdy mají být důkazy opatřovány, předkládány (s výjimkou, vizte níže), prováděny či hodnoceny – tedy nejsou koncentrovány všechny fáze dokazování.

² K tomu vizte Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 6. 2011 č. j. 9 As 34/2011-102 a JIRSA, Jaromír. Zamyšlení nad zákonnou koncentrací – aneb, není-li koncentrace v mysli, je v zákonu k ničemu. In: *Právní prostor* [online]. 22. 04. 2014 [cit. 31.7.2020] Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/procesni-pravo/zamysleni-nad-zakonnou-koncentraci-aneb-neni-li-koncentrace-v-mysli-je-v-zakonu-k-nicemu>

³ A to s výjimkami, k tomu vizte: JEMELKA, Luboš, PONDĚLÍČKOVÁ, Klára, BOHADLO, David. § 82 [Náležitosti odvolání]. In: JEMELKA, Luboš, PONDĚLÍČKOVÁ, Klára, BOHADLO, David. *Správní řád. 6. vydání*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2019, s. 530.)

Toto ostatně potvrzuje i odborná literatura⁴, byť vztahující se ke koncentraci civilního sporného řízení dle § 118b zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „osř“). To ostatně vychází ze smyslu a účelu koncentrace řízení, která má zabránit procesním obstrukcím a řízení urychlit, přičemž již řádně navržený důkaz rozhodně nelze považovat za úkon zdržující správní řízení. Je-li tedy koncentrována možnost účastníka správního řízení navrhopvat důkazy, je tím míněno právo účastníka označit důkazní prostředek, kterým má být určitá skutečnost osvědčena, nikoliv koncentrace jeho práva již navržené důkazy předkládat nebo hodnotit.

55. Ustanovení § 251 odst. 1 pak navrhovateli ukládá povinnost **přiložit k návrhu v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl**, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Tato povinnost se bezesbýtku vztahuje na důkazy, které v dané době existují a ten, jež se jich dovolává, je může předložit. To však neznamena, že navrhovatel nemůže navrhnout provedení důkazu listinami, které nemá k dispozici např. z toho důvodu, že důkazní prostředek je v držení jiné osoby nebo prozatím neexistuje (jako znalecký posudek v této věci). Opačný přístup by vedl k absurdním závěrům, např. navrhovatel by nemohl navrhnout listinný důkaz, který sice existuje, ale navrhovatel ho není objektivně schopn získat, protože se jedná o listinu v držení „protistrany“. Absurdní výklad zákona pak není přípustný, jak vyložil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 13. 5. 2004, č. j. 1 As 9/2003 – 90, kde konstatoval: *„V souladu s principem právní jistoty má každý adresát právní normy právo očekávat, že řešení, která zákonodárce zvolí, jsou racionální a směřují k funkčnímu uspořádání společenských vztahů, a nikoliv naopak.“* Dále je pak třeba konstatovat, že pokud je v řízení následně předložen důkaz již řádně navržený, nejedná se o „novotu“, která by měla potenciál zdržovat průběh správního řízení. Pokud by Úřad považoval za nutné koncentrovat možnost navrhovatele znalecký posudek předložit, měl by tak učinit usnesením dle § 39 správního řádu a určit navrhovateli lhůtu k předložení znaleckého posudku.
56. Je pak třeba poukázat na již citovaný § 82 odst. 4 správního řádu, který sice stanoví koncentraci řízení, avšak výslovně z něj stanoví výjimku, kdy účastník řízení může tvrdit nové skutečnosti a navrhnout (a předložit) nové důkazy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník řízení nemohl uplatnit dříve. Je-li tedy v odvolacím řízení přípustný důkaz, který nemohl účastník řízení **navrhnout** dříve, analogicky by pak mělo platit, že takový důkaz lze navrhnout i v koncentrovaném prvostupňovém řízení. Bylo by absurdní, a tedy nepřípustné, aby v prvostupňovém koncentrovaném řízení nemohl správní orgán přihlédnout k důkazu navrženému účastníkem správního řízení po koncentraci řízení, pokud se jedná o důkaz, který nemohl účastník řízení navrhnout dříve, když v odvolacím řízení by k takovému důkazu odvolací orgán přihlédnout mohl. Platí-li tedy uvedená úvaha, co se týče navrhování důkazů, domnívám se, že *a maiori ad minus* platí totéž i pro možnost důkaz již navržený předložit, neboť předložení důkazu je pouze faktickou realizací práva navrhovat důkazy k prokázání tvrzených skutečností.⁵

⁴ „Koncentrace se vztahuje na sdělení skutečností a důkazů o nich, nikoli i na předložení včas označených důkazních prostředků, pokud soud nestanoví jinak.“ SVOBODA, Karel. § 118b [Koncentrace řízení, první jednání]. In: SVOBODA, Karel, SMOLÍK, Petr, LEVÝ, Jiří, ŠÍNOVÁ, Renáta. *Občanský soudní řád. 2. vydání*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 512.

⁵ Viz náleží Ústavního soudu ze dne 16. 2. 1995 ve věci sp. zn. III.ÚS 61/94.

57. Výše uvedené je ztělesněním obecného právního principu vycházející z práva na spravedlivý proces, jež říká, že v řízení (i koncentrovaném) lze vždy navrhnout, předložit a provést důkaz, který účastník řízení nemohl navrhnout bez své viny včas – resp. takový důkaz může být odvolacím důvodem a může být proveden odvolacím orgánem a je k němu přihlédnuto v odvolacím řízení či může být důvodem pro obnovu řízení. Jedná se o princip prolínající celý právní řád bez ohledu na druh řízení – civilní, správní, trestní (byť to koncentraci zásadně nezná).
58. V této věci diskutované ustanovení § 251 zákona, upravující mimo jiné koncentraci řízení, však neobsahuje výslovnou úpravu tohoto principu (na rozdíl od např. § 118b osř nebo již zmíněného § 82 odst. 4 správního řádu). Je pak otázkou, jak naložit s důkazním návrhem v koncentrovaném řízení v případě, že by předkladatel důkazu prokázal, že jej skutečně nemohl předložit dříve – jak se v této věci snaží tvrdit navrhovatel. Lze tu poukázat na povinnost Úřadu zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti dle § 3 správního řádu, která zásadu koncentrace řízení relativizuje⁶. Je rovněž nutno poukázat na to, že koncentrace řízení se vztahuje na procesní aktivitu účastníků řízení, nikoliv samotného Úřadu. Jestliže pak jeden z účastníků navrhne provedení znaleckého posudku a zároveň Úřad informuje o tom, že zadal jeho zpracování, je na zvážení, zda by Úřad veden snahou zjistit skutkový stav, o kterém nepanují důvodné pochybnosti, neměl takového účastníka řízení vyzvat k poskytnutí součinnosti (srov. § 50 odst. 2 správního řádu) – předložení znaleckého posudku či mu k jeho předložení určit lhůtu (vizte výše). Je pak třeba dodat, že koncentrace řízení a výše uvedená východiska musí být uplatňována v souladu se zásadou rovnosti účastníků správního řízení na všechny účastníky správního řízení⁷ stejně.
59. Výše uvedenými úvahami nijak nerozporuji zásadu koncentrace vyjádřenou v § 251 zákona, nicméně poukazuji na to, že z této koncentrace mohou existovat výjimky a je-li důkaz řádně navržen, zmíněná koncentrace nedopadá na možnost jeho faktického předložení, za podmínek uvedených výše. K předloženému znaleckému posudku uvádím, že Úřad se s jeho obsahem fakticky vyrovnal v odstavci 114 napadeného rozhodnutí a nadto správně dospěl k závěru, že posudkem učiněná zjištění nejsou rozhodná, neboť míra podobnosti systémů není rozhodující a pro tuto věc podstatná, jak bylo vyloženo výše. I kdyby však Úřad znalecký posudek jako důkaz provedl, závěry napadeného rozhodnutí i tohoto rozhodnutí by byly stejné. V této věci pak bylo třeba se nejprve vyrovnat s tím, zda navrhovatel skutečně nemohl předložit znalecký posudek dříve, což není určeno pouze tím, kdy jej fakticky zadal. Pokud by Úřad měl za to, že navrhovatel v řízení obstruuje, mohl využít některý z výše zmíněných procesních nástrojů, aby tomu zabránil. Dodávám pak, že postup Úřadu v této věci neměl vliv na zákonnost rozhodnutí, a tedy napadené rozhodnutí není nutné zrušit, jak vyložil opakovaně Nejvyšší správní soud (vizte např. rozsudek č. j.: 6A 12/2001 – 51 ze dne 4. 6. 2013).

⁶ Vizte VOPÁLKA, Vladimír. Oddíl 4. [Řádné opravné prostředky]. In: HENDRYCH, Dušan, ČEBIŠOVÁ, Taisia, KOPECKÝ, Martin, MIKULE, Vladimír, POMAHAČ, Richard, PRÁŠKOVÁ, Helena, STAŠA, Josef, VOPÁLKA, Vladimír. *Správní právo. Obecná část. 7. vydání*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 405. nebo POTĚŠIL, Lukáš. § 82 [Náležitosti odvolání]. In: POTĚŠIL, Lukáš, HEJČ, David, RIGEL, Filip, MAREK, David. *Správní řád. 1. vydání*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 395.

⁷ Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 7. 11. 2012, č. j. 1 As 114/2012-27

VI. Závěr

60. Závěrem konstatuji, že Úřad rozhodl ve věci správně. Dodavatel provizorního ISMS nemohl být vzhledem k časovému hledisku zvýhodněn oproti jiným dodavatelům nového ISMS nad rámec přirozeného zvýhodnění vyplývajícího z podstaty věci, které nelze zadavateli vyčítat. Provedeným dokazováním pak bylo zjištěno, že rozsah primární migrace dat byl vymezen v míře dostatečné a obvyklé. Nebylo pak zjištěno, že by nastavené kvalifikační předpoklady byly stanoveny diskriminačně, když se neprokázalo, že by byly stanoveny nepřiměřeně vzhledem k předmětu veřejné zakázky. Své úvahy Úřad řádně uvedl a odůvodnil. Napadené rozhodnutí tedy považuji za zákonné, správné a přezkoumatelné.
61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v případě vydání napadeného usnesení v souladu se zákonem a správním řádem, jsem z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro potvrzení napadeného usnesení v plném rozsahu a zamítnutí rozkladu

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1 , 602 00 Brno - Brno-město
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov

Vypraveno dne:

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