



UOHSX0091IRV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-46586/2016 /532/KSt

Brno: 22. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správních řízeních, která byla zahájena dne 17. 6. 2016 na návrh z téhož dne a dne 19. 10. 2016 z moci úřední, a která byla spojena dne 2. 11. 2016 do společného řízení, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město,
- navrhovatel – QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno – Kohoutovice,
- vybraný uchazeč – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4,

ve věci návrhu na uložení zakazu plnění „Smlouvy o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ uzavřené dne 4. 5. 2016 mezi zadavatelem – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město, a vybraným uchazečem – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4, jejímž předmětem je realizace veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednací řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ zadávané formou jednacího řízení s uveřejněním, jehož oznámení o zadání zakázky bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a bylo uveřejněno dne

20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823, a

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha - Staré Město – při zadávání veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení o zadání zakázky bylo odesláno k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a bylo uveřejněno dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že zadávací podmínky veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ zadávané formou jednacím řízení s uveřejněním na základě výzvy k podání nabídek ze dne 8. 4. 2016, jehož oznámení o zadání zakázky bylo odesláno k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a bylo uveřejněno dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823, stanovil v rozporu s ustanovením § 44 odst. 1 citovaného zákona a ustanovením § 6 odst. 1 citovaného zákona, neboť požadavky na předmět plnění nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když dodavatelům neposkytl dostatečné informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách původního systému NEN, o službách podpory systému NEN a o nabídkovém prototypu specifikovaném v Příloze č. 6 zadávací dokumentace, v důsledku čehož byly zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky nastaveny netransparentním způsobem a diskriminovaly potenciální dodavatele, kteří neměli znalost původního systému NEN, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4 – „Smlouvu o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“.

II.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ formou jednacím řízení s uveřejněním na základě výzvy k podání nabídek ze dne 8. 4. 2016, jehož oznámení o zadání zakázky bylo odesláno k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a bylo uveřejněno dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823, postupoval v jednacím řízení s uveřejněním

podle § 22 odst. 2 zákona, aniž by k použití tohoto druhu zadávacího řízení byl v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, zejména s ohledem na povinnost zachování zásady transparentnosti a zákazu diskriminace, oprávněn, když ke splnění podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení došlo pouze z důvodu předchozího nezákonného postup zadavatele, když zadavatel sám zapříčinil stav, kdy v původním otevřeném řízení mohlo být podáno omezené množství nabídek, přičemž zadavatel následně obdržel jedinou nabídku, která nespĺnila zadávací podmínky a zadavateli tak vznikla možnost zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, a to postupem dle § 22 odst. 2 zákona, tedy i bez povinnosti uveřejnit oznámení jednacím řízení s uveřejněním, tedy předmětnou veřejnou zakázku zadal bez předchozího uveřejnění, přičemž takový postup není v souladu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace a mohl mít vliv na výběr nevhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4 – „Smlouvu o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“.

III.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha - Staré Město – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4 – „Smlouvu o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ na veřejnou zakázku „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli vzhledem k okolnostem šetřené veřejné zakázky byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I., II. a III. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město – ukládá

pokuta ve výši 500 000,- Kč (slovy pět set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

V.

Zadavateli – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město – se podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá zákaz plnění „Smlouvy o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ uzavřené dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem – DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4, na veřejnou zakázku „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ zadávanou

formou jednacího řízení s uveřejněním, jehož oznámení o zadání zakázky bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a bylo uveřejněno dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

Otevřené řízení

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 11. 1. 2016 do Věstníku veřejných zakázek a následně v něm uveřejnil dne 12. 1. 2016 pod ev. č. 518204, ve znění oprav ze dne 24. 2. 2016 a dne 1. 3. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 010-013625, ve znění oprav uveřejněných dne 27. 2. 2016 pod ev. č. 2016/S 041-067307 a dne 5. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 046-076115, oznámení otevřeného zadávacího řízení (dále jen „otevřené řízení“) za účelem zadání veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ (dále jen „původní veřejná zakázka“ nebo „veřejná zakázka zadávaná v otevřeném řízení“).
2. V bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádosti o účast“ oznámení o zakázce uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 3. 2016 stanovil zadavatel lhůtu pro doručení nabídek do 10,00 hodin dne 7. 3. 2016.
3. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 3. 2016, obdržel zadavatel v tomto otevřeném řízení ve stanovené lhůtě jednu nabídku, a to nabídku uchazeče DEZADATA GROUP spol. s r. o., IČO 26812428, se sídlem Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“).
4. Rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 vyloučil zadavatel vybraného uchazeče z otevřeného řízení z důvodu, že jeho nabídka nespĺnila požadavky stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, a to konkrétně požadavky týkající se zpracování harmonogramu, když harmonogram zpracovaný vybraným uchazečem nebyl zpracován v souladu se zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovenými milníky.
5. Rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 rozhodl zadavatel o zrušení otevřeného řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), neboť v zadávacím řízení obdržel pouze jednu nabídku, kterou shledal podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona za nepřijatelnou, když nespĺnila požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Z uvedeného důvodu byla nabídka podle § 76 odst. 1 zákona ze zadávacího řízení vyřazena a uchazeč byl podle § 76 odst. 6 zákona vyloučen.
6. Oznámení o zrušení otevřeného řízení zadavatel odeslal do Věstníku veřejných zakázek dne 1. 4. 2016 a uveřejnil v něm dne 4. 4. 2016 pod ev. č. 518204 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2016 pod ev. č. 2016/S 068-118677.

Jednací řízení s uveřejněním

7. Výzvou k jednání ze dne 8. 4. 2016 vyzval zadavatel vybraného uchazeče k jednání s úmyslem zadat veřejnou zakázku „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 1 zákona a to ve smyslu § 22 odst. 2 zákona a § 34 odst. 1 zákona (dále jen „šetřená veřejná zakázka“ nebo „veřejná zakázka zadávaná v jednacím řízení s uveřejněním“).
8. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídku vybraného uchazeče. Rozhodnutím ze dne 22. 4. 2016 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky v jednacím řízení s uveřejněním, která byla podána vybraným uchazečem.
9. Dne 4. 5. 2016 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem „Smlouvu o zajištění analýzy, aktualizace technické specifikace NEN a implementaci zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ (dále jen „smlouva“).
10. Oznámení o zadání zakázky v jednacím řízení s uveřejněním zadavatel odeslal do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2016 a uveřejnil dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 638778 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 5. 2016 pod č. 2016/S 099-177823.

II. KE SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ ZAHÁJENÉMU NA NÁVRH VEDENÉMU POD SP. ZN. S0453/2016/VZ

11. Vzhledem k tomu, že společnost QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno – Kohoutovice (dále jen „navrhovatel“), je přesvědčena, že zadavatel porušil zákon tím, že uzavřel smlouvu na základě jednacím řízení s uveřejněním, podal dne 17. 6. 2016 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh z téhož dne podle § 114 odst. 2 zákona na uložení zákazu plnění smlouvy (dále jen „návrh“).

Obsah návrhu

12. Navrhovatel v návrhu nejprve uvedl, že zadavatel při zadávání jak původní veřejné zakázky, tak i šetřené veřejné zakázky porušil zákon, a to zejména základní zásady, na kterých je zákon vystavěn, k čemuž uvedl následující skutečnosti.
13. Předmětem obou veřejných zakázek je úprava elektronického nástroje NEN (dále také jen „IS NEN“), přičemž dodavatel naváže na již zhotovenou část elektronického nástroje NEN. Zadavatel však podle navrhovatele zpracoval nekompletní a zmatené zadávací podmínky, kterým mohl porozumět a na jejich základě podat nabídku pouze dodavatel, který má vazby na minulé dodavatele a současné provozovatele elektronického nástroje NEN. Jak navrhovatel, tak i další zájemci o tuto veřejnou zakázku se snažili zjistit relevantní informace od zadavatele za pomoci institutu žádostí o dodatečné informace. Na tyto žádosti však podle názoru navrhovatele odpovídal zadavatel neúplně.
14. Protože nebyl navrhovatel schopen podat nabídku, podal proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení nejprve námitky a posléze i návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad ve věci zahájil správní řízení vedené pod sp. zn. S0199/2016. Navrhovatel podle svého vyjádření ví i o dalším správním řízení vedeném Úřadem pod sp. zn. S0189/2016 na základě návrhu podaného dalším zájemcem o realizaci předmětu veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení, a to společností Tender systems s. r. o., IČO 29145121, se sídlem nám. Před Bateriemi 18, 162 00 Praha 6 (dále jen „Tender systems s. r. o.“).

15. Podle názoru navrhovatele zadavatel nastavil zadávací podmínky tak, aby se zadávacího řízení mohl zúčastnit pouze dopředu známý dodavatel, v tomto případě vybraný uchazeč. Na podporu tohoto tvrzení uvedl, že již ve svém návrhu podaném k Úřadu indikoval, že zadávací podmínky může splnit a nabídku podat jen společnost napojená na současného provozovatele a zhotovitele systému NEN – společnost Tesco SW, a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, Hodolany, 779 00 Olomouc (dále jen „TESCO SW a. s.“). Toto tvrzení podle navrhovatele potvrdil i zadavatel, a to výběrem vybraného uchazeče, jehož jediný subdodavatel – společnost DEZADATA spol. s r.o., IČO 47683473, se sídlem Mostní 102/16, 757 01 Valašské Meziříčí (dále jen „DEZADATA spol. s r. o.“), je společnost patřící do stejného holdingu jako Tesco SW, a. s.
16. Podle názoru navrhovatele zadavatel tudíž nastavil zadávací podmínky diskriminačním způsobem, který současně nezaručuje rovnost dodavatelů. Postup zadavatele nepovažuje navrhovatel ani za transparentní, protože mu, i dalším zájemcům znemožňoval zadavatel přístup k informacím nutným k vypracování nabídky. Pro úplnost navrhovatel dodal, že vybraný uchazeč nepodal jedinou žádost o dodatečné informace, a přesto byl schopen podat nabídku v oblasti, se kterou nemá jedinou zkušenost (oblast elektronizace veřejných zakázek).
17. Dále navrhovatel uvedl, že poté, co byla Úřadem zahájena obě správní řízení, zadavatel našel v nabídce vybraného uchazeče chyby, jeho nabídku vyřadil a následně zrušil otevřené řízení. Z uvedeného důvodu byl Úřad povinen zahájená správní řízení zastavit. Poté zadavatel připravil jednací řízení s uveřejněním, ve kterém oslovil pouze vybraného uchazeče a s tímto i uzavřel smlouvu. Navrhovatel se tak nemohl dostat k žádným informacím o opakovaném zadávacím řízení a o uzavření smlouvy se dozvěděl až z Věstníku veřejných zakázek.
18. Uvedený postup zadavatele považuje navrhovatel za netransparentní a v rozporu se zásadou rovného zacházení. Jedná se podle jeho názoru rovněž o nehospodárné vynakládání veřejných prostředků, když předpokládaná hodnota v rámci zrušeného otevřeného řízení byla stanovena na 15 000 000,- Kč bez DPH a smlouva byla uzavřena na částku 49 643 154,- Kč s DPH. Zároveň navrhovatel upozorňuje, že v písemné zprávě je uvedena částka 49 643 154 Kč s DPH, což nesedí s údaji ve Věstníku veřejných zakázek, ale odpovídá to údajům v podepsané a zveřejněné smlouvě.
19. Navrhovatel je přesvědčen, že obě dvě zadávací řízení je v daném případě třeba posuzovat v návaznosti, byť původní otevřené řízení bylo zrušeno. Původní (nezákonné) zadávací podmínky totiž vytváří zadávací podmínky jednacího řízení s uveřejněním, neboť to vyplývá z pravidla, že zadavatel nesmí podstatně změnit podmínky předchozího zadávacího řízení. Jestliže byla původní zadávací dokumentace vytvořena v rozporu se zákonem, logicky musí být podle navrhovatele zadávací dokumentace jednacího řízení s uveřejněním také v rozporu se zákonem, a to v rozporu s § 44 a § 45 zákona.
20. V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S113/2009/VZ-6552/2009/540/KKo, kde Úřad k použití jednacího řízení s uveřejněním uvedl: „V této souvislosti však Úřad zdůrazňuje, že zadavatel není oprávněn využít pro následující zadávací řízení na veřejnou zakázku na dodávku osobních aut jednací řízení s uveřejněním podle § 22 zákona, ani jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona vzhledem k tomu, že jednou z podmínek pro využití obou uvedených typů zadávacího řízení je zachování zadávacích

podmínek předchozího zadávacího řízení, tzn. že tyto podmínky nesmí být podstatně změněny, což by v případě stávajících podmínek zadání znamenalo, že zadavatel by se v následujícím zadávacím řízení zřejmě dopustil porušení § 44 odst. 9 zákona, § 45 odst. 3 zákona a porušení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace uvedených v § 6 zákona.“ Popsaná situace podle navrhovatele odpovídá právě řešené situaci.

21. Navrhovatel dále upozornil na skutečnost, že po zrušení otevřeného řízení požádal zadavatele o poskytnutí informací dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 106/1999 Sb.“), když se dotázal, jak bude zadavatel vzniklou situaci řešit. Zadavatel však vyřídil dotaz až po uplynutí zákonné lhůty, a po stížnosti navrhovatele.
22. Navrhovatel se dále domnívá, že zadavatel porušil ustanovení zákona týkající se uveřejnění zadávací dokumentace v rámci jednacím řízení s uveřejněním. V rámci tohoto řízení musí zadavatel uveřejnit zadávací dokumentaci ode dne odeslání výzvy k podání nabídek. Toto se však nestalo. Zadání šetřené veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení o zakázce bylo podle navrhovatele v rozporu se zákonem.
23. Na základě výše uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku zadanou v jednacím řízení s uveřejněním.

Průběh správního řízení zahájeného na návrh vedeného pod sp. zn. S0453/2016/VZ

24. Dnem 17. 6. 2016, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 113 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 návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy.
25. Zahájení správního řízení na návrh oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-26027/2016/532/KSt ze dne 21. 6. 2016.
26. Dopisem ze dne 24. 6. 2016 sdělil vybraný uchazeč Úřadu, že k zahájenému správnímu řízení neuvádí žádné skutečnosti, neboť z podaného návrhu nevyplývá žádná věcná výtka vůči jeho postupu.

Vyjádření zadavatele ze dne 24. 6. 2016

27. Nejprve zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že rozpor v nabídkové ceně uvedené v písemné zprávě a v uveřejněném oznámení o zadání zakázky vznikl v důsledku administrativního pochybení při vyplňování formuláře oznámení o zadání zakázky, přičemž uvedené pochybení již bylo napraveno. Zadavatel se proto domnívá, že toto pochybení nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
28. Zadavatel se dále vyjádřil ke svému postupu při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Nedomnívá se, že by svým jednáním navodil situaci, kterou by znevýhodnil kteréhokoliv uchazeče. Zadavatel reagoval na všechny žádosti o dodatečné informace v souladu se zákonem, což je patrné z dokumentace o veřejné zakázce. Všem dodavatelům tak bylo umožněno, aby na základě dodatečných informací mohli podat nabídku do otevřeného řízení, což se však nestalo.
29. Zadavatel k argumentu navrhovatele, že zadávací podmínky veřejné zakázky zadávané jak v otevřeném řízení, tak i následně v jednacím řízení s uveřejněním jsou diskriminační, uvedl, že zadávací podmínky poskytnuté v jednacím řízení s uveřejněním zůstaly oproti zadávacím

podmínkám poskytnutým v otevřeném řízení zcela nezměněny. Zadávací dokumentace podrobně popisuje technickou specifikaci IS NEN. Zadavatel dal uchazečům možnost využít stávající řešení IS NEN a toto dále upravovat, či nabídnout vlastní řešení. Podle názoru zadavatele se otevřeného řízení mohl zúčastnit kterýkoliv dodavatel.

30. Dále zadavatel ve vyjádření uvedl, že si je vědom skutečnosti, že nabídku podala společnost, která má vazby na minulé dodavatele a současné provozovatele elektronického nástroje NEN. Nicméně zadavatel nemůže na základě zásad stanovených v zákoně ovlivnit podání nabídky dodavatelem personálně propojeným s provozovatelem, ani jej nemůže z uvedeného důvodu vyloučit z účasti v zadávacím řízení.
31. Zadavatel také nesouhlasí s argumentem navrhovatele, že uzavřením smlouvy v jednacím řízení s uveřejněním s vybraným uchazečem došlo k porušení zákona. Zadavatel musel nabídku vybraného uchazeče podanou v otevřeném řízení vyřadit a vybraného uchazeče vyloučit z účasti v otevřeném řízení, neboť jeho nabídka obsahovala chyby, pro které nebylo možné v otevřeném řízení pokračovat. Jestliže zadavatel následně postupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním, nemůže se dopustit protiprávního jednání, pokud mu tento postup dovoluje zákon.
32. K rozdílu mezi předpokládanou hodnotou veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení a reálně vysoutěženou cenou veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení s uveřejněním zadavatel uvedl, že tato skutečnost nemůže mít vliv na postup zadavatele v zadávacím řízení, neboť předpokládaná hodnota veřejné zakázky slouží k vymezení, zda se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, či podlimitní nebo nadlimitní veřejnou zakázku. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky nemusí korespondovat s výslednou cenou, neboť v průběhu zadávacího řízení mohou nastat okolnosti ovlivňující výslednou cenu, přičemž zadavatel nemůže ovlivnit výše nabídkových cen. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení zadavatel stanovil na základě odborného posudku. Nižší předpokládaná hodnota je předpokladem k mírnějšímu nastavení kvalifikačních předpokladů, čímž se otevírá prostor pro podání nabídek širšímu okruhu dodavatelů.
33. K argumentu navrhovatele ohledně pozdního poskytnutí informací dle zákona č. 106/1999 Sb. zadavatel uvedl, že tato otázka nespadá do působnosti Úřadu.
34. K možnému porušení ustanovení zákona týkajícího se neuveřejnění zadávací dokumentace v rámci jednacích řízení s uveřejněním na profilu zadavatele zadavatel uvedl, že ve výzvě k jednání v jednacím řízení s uveřejněním uvedl odkaz na svůj profil, kde byla zadávací dokumentace již uveřejněna. Zadavatel je přesvědčen, že zákon nestanoví povinnost zadavateli uveřejnit stejnou zadávací dokumentaci na profilu zadavatele dvakrát.
35. Dále zadavatel ve vyjádření dodal, že IS NEN je komplexní informační systém, který je založen na řadě komponent, které lze rozdělit na standardní SW komponenty různých výrobců, tedy i TESCO SW a. s., a individuálně vyvinuté komponenty „na míru“. Úpravy související s novým zákonem o zadávání veřejných zakázek lze vzhledem k povaze změn rozdělit na změny konfigurace standardních komponent, které nevyžadují zásah do zdrojového kódu, které může realizovat libovolný partner výrobců komponent, který splňuje licenční politiku výrobce, a úpravy individuálně vyvinutých komponent, ke kterým má správce nezbytné oprávnění. Z uvedených skutečností podle zadavatele vyplývá, že úpravy IS NEN mohl realizovat libovolný dodavatel. K tomu zadavatel dodal, že v případě nutnosti

zásahu do zdrojového kódu by změna musela být řešena se zadavatelem, který má zajistit technickou podporu pro všechny užívané komponenty a tedy i spolupráci s výrobcí komponent. Tento princip úprav platí napříč všemi poskytovateli IT technologií, a tudíž TESCO SW a. s. je ve stejné pozici, tj. pozici výrobce komponent.

Ustanovení znalce

36. Oznámením č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-28914/2016/532/KSt ze dne 13. 7. 2016 uvědomil Úřad účastníky správního řízení o záměru ustanovit v šetřeném případě znalce za účelem zodpovězení odborných otázek týkajících se posouzení technické specifikace plnění poptávaného v rámci předmětné veřejné zakázky.
37. Žádostí ze dne 12. 8. 2016 požádal navrhovatel Úřad o sdělení informací týkajících se vypracování znaleckého posudku.
38. Vzhledem ke skutečnosti, že rozhodnutí Úřadu v předmětné věci závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, kterými úřední osoby nedisponují, ustanovil Úřad podle § 56 správního řádu usnesením č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-33635/2016/532/KSt ze dne 15. 8. 2016 znalce – Znalecká kancelář Dr. Ludvíka, s.r.o., IČO 02323001, se sídlem Žitná 562/10, 120 00 Praha - Nové Město (dále jen „znalec“), k vypracování znaleckého posudku v právní věci vedené u Úřadu pod sp. zn. S0453/2016/VZ, a to ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a následného zodpovězení dotazů, k čemuž mu stanovil lhůtu do dne 30. 9. 2016. Znalci byly položeny následující otázky:
 - 1) Jsou v popisu stávajícího stavu uvedeného v zadávacích podmínkách informace, na základě kterých si uchazeči mohou učinit představu o požadavcích na předmět plnění v detailu nezbytném pro jeho nacenění? (dále jen „otázka č. 1“),
 - 2) Jsou technické informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí stávajícího systému nezbytné pro získání reálného přehledu o náročnosti poptávaného plnění? (dále jen „otázka č. 2“),
 - 3) Zadavatel v zadávacích podmínkách požaduje realizaci třívrstvé architektury. Odpovídá takový požadavek poptávanému předmětu plnění? Proč? (dále jen „otázka č. 3“),
 - 4) Posuďte technické podmínky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci veřejné zakázky a stanovte, zdali jejich souhrn směřuje k požadavku na rozšíření původního systému, nebo k požadavku na vytvoření systému nového. (dále jen „otázka č. 4“),
 - 5) Součástí předmětu plnění je i poskytnutí služeb podpory provozu systému a služeb rozvoje systému. Lze ze zadávacích podmínek zjistit, jaké služby podpory a provozu budou s předmětným systémem spojeny? Je pro zpracování nabídky nezbytná znalost rozsahu a obsahu služeb S1 – S12? (dále jen „otázka č. 5“),
 - 6) Jsou informace uvedené v zadávacích podmínkách dostatečné pro vypracování požadovaného prototypu? (dále jen „otázka č. 6“),
 - 7) Lze požadovaný prototyp vytvořit a následně zprovoznit v systému zadavatele bez znalosti hardwarového prostředí, na kterém bude následně pro účely hodnocení nabídek spuštěn? (dále jen „otázka č. 7“),
 - 8) Jsou požadavky na prototyp nastaveny takovým způsobem, že vytvořením prototypu dojde k vytvoření samostatně fungujícího SW? (dále jen „otázka č. 8“),
 - 9) Je nutné pro zpracování prototypu znát technickou specifikaci NEN – tedy původního systému? Je možné vytvořit prototyp bez NENU nebo je nutné jako základ pro prototyp

si vytvořit vlastní „NEN“, aby mohl být uchazečem zpracován prototyp v rozsahu, jaký požaduje zadavatel a který bude předmětem hodnocení? (dále jen „otázka č. 9“),

10) Jaká je cena obvyklá v daném místě a čase (vzhledem k době zadávání předmětné veřejné zakázky) za vytvoření takového prototypu? (dále jen „otázka č. 10“),

11) Je některá součást použitého SW chráněna právy původního dodavatele tak, že bez jeho součinnosti není možné veřejnou zakázku splnit? (dále jen „otázka č. 11“).

39. Sdělením č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-34065/2016/532/KSt ze dne 16. 8. 2016 sdělil Úřad účastníkům řízení, že s ohledem na skutečnost, že nedisponuje úředními osobami, které by měly odborné znalosti k posouzení skutečností relevantních pro posouzení návrhu, ustanovil za tímto účelem souvisejícím se zodpovězením odborných otázek, jež jsou uvedeny v příloze tohoto sdělení, znalce k vypracování písemného znaleckého posudku do dne 30. 9. 2016.
40. Žádostí ze dne 28. 9. 2016 požádal znalec Úřad o prodloužení lhůty pro vypracování znaleckého posudku do dne 10. 10. 2016.
41. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-39783/2016/532/KSt ze dne 29. 9. 2016 stanovil znalci lhůtu k vypracování znaleckého posudku do dne 10. 10. 2016.
42. Sdělením č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-39884/2016/532/KSt ze dne 3. 10. 2016 Úřad sdělil účastníkům správního řízení, že vyhověl žádosti znalce a lhůtu ke zpracování znaleckého posudku mu prodloužil do dne 10. 10. 2016.
43. Dne 11. 10. 2016 doručil znalec Úřadu vypracovaný znalecký posudek.
44. V příloze dopisu č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-41982/2016/532/KSt ze dne 13. 10. 2016 zaslal Úřad účastníkům správního řízení vypracovaný znalecký posudek za účelem seznámení se s jeho obsahem.
45. Výzvou č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-43110/2016/532/KSt ze dne 25. 10. 2016 vyzval Úřad znalce k doplnění znaleckého posudku (podrobněji viz body 57. a násl. a 74. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí.)
46. Dne 1. 11. 2016 doručil znalec Úřadu vypracovaný dodatek č. 1 ke znaleckému posudku.
47. V příloze dopisu č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-44272/2016/532/KSt ze dne 2. 11. 2016 zaslal Úřad účastníkům správního řízení dodatek č. 1 ke znaleckému posudku za účelem seznámení se s jeho obsahem.

Obsah znaleckého posudku, včetně jeho doplnění

48. V části 1. „Nález“ znaleckého posudku znalec rekapituluje jeho znalecký úkol (posouzení poskytnutých podkladů a následné zodpovězení dotazů). Dále znalec v citované části znaleckého posudku vyjmenovává Úřadem položené dotazy a podklady pro zpracování znaleckého posudku.
49. V části 2. „Posudek“ znaleckého posudku se znalec věnuje zodpovězení dotazů položených mu Úřadem (viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
50. Znalec k otázce č. 1) uvádí, že je třeba nejprve uvést, co je předmětem plnění dané veřejné zakázky. Za tímto účelem znalec cituje čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, čl. 2. „Účel smlouvy“ a čl. 3. „Předmět smlouvy“ návrhu smlouvy, který je přílohou č. 2 zadávací dokumentace.

51. Podle znalce je z citovaných článků zadávací dokumentace (především pak z bodu 3.1 návrhu smlouvy a informací poskytnutých v rámci dodatečných informací) patrné, „(...) že se v rámci veřejné zakázky jedná o rozvoj (aktualizaci, změnu, rozšíření, ...) stávajícího systému NEN. V případě rozvoje informačního systému je nutné, aby měl potenciální dodavatel k dispozici všechny relevantní informace a podklady tak, aby si mohl následně učinit představu o náročnosti předmětu plnění v detailu nezbytném pro jeho nacenění. Znalec konstatuje, že k tomuto v případě této veřejné zakázky nedošlo, neboť Zadavatel nezveřejnil všechny potřebné informace a podklady. Jedná se například o:
- informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí stávajícího systému (dále otázka č. 2 posudku)
 - rozsah a obsah služeb podpory provozu (dále otázka č. 5 posudku)
 - dokumentace TS NEN v3.2 - V rámci návrhu realizace Zadavatel poptává aktualizaci technické specifikace (odstavec 5.3.1 návrhu smlouvy). Pro nacenění úpravy dokumentace, ale také samotného předmětu plnění, je nezbytné uveřejnit kompletní znění TS NEN v3.2.“
52. Závěrem první otázky znalec ve znaleckém posudku konstatoval, že „(...) vzhledem k tomu, že se má rozšiřovat současný systém NEN, je nezbytné mít k dispozici technickou znalost tohoto systému. Pod pojmem „technická znalost“ současného IS NEN se rozumí znalost způsobu současné implementace jednotlivých funkcí, komponent, modulů, atd., na úrovni zdrojových kódů přes všechny vrstvy. Zdrojové kódy IS NEN nebyly Zadavatelem poskytnuty, a proto si uchazeči nemohou učinit představu o požadavcích na předmět plnění v detailu nezbytném pro jeho nacenění.“
53. K otázce č. 2) znalec konstatoval, že: „(...) informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí jsou nezbytné pro získání reálného přehledu o náročnosti poptávaného plnění.
- Zdrojové kódy jsou základní pilíř implementace každého informačního systému. Informační systémy jsou tvořeny proměnnými, parametry, vzorci, výrazy, funkcemi, pravidly, atd., které jsou slučovány do vyšších celků a to do funkcí, procedur, komponent, submodulů, modulů, subsystémů či programů. To vše lze označit za zdrojový kód, jehož interpretace či interpretace strojového kódu, získaného kompilací zdrojového kódu, na produkčním prostředí zajišťuje správnou uživatelskou funkci softwarového řešení. (...)“
54. Zdrojové kódy by měly být podle znalce „(...) řádně popsány, měly by být uspořádány do logických celků. U objektově orientovaného programování se používají tři základní principy (dědičnost, zapouzdření a polymorfismus). Z tříd se vytvářejí objekty. Všechny zmíněné principy podléhají metodikám a dle nich se určuje kvalita kódu. Uchazeč v případě rozvoje systému musí získat přehled o tom, jak je daný software naprogramovaný a dokumentovaný, aby posoudil, jak lze daný SW rozšiřovat a zda je možné použít již implementované funkce pro implementaci požadavků Zadavatele, či je nutné vybrané funkce nově naprogramovat. Dále například musí uchazeč posoudit, zda nejsou použity konstanty přímo v kódu na místě, kde by bylo možné využít parametry nastavitelné v konfiguraci. Zda jsou použitelně naprogramovány číselníky, atd. Nastudováním zdrojového kódu uchazeč může dospět k závěru, že některé části systému NEN jsou obtížně rozšiřitelné a bude výhodnější, či dokonce nutné, určité části vytvořit znovu, což má dopad na pracnost, a tím i na cenu plnění veřejné zakázky.“

55. K otázce č. 3) znalec uvedl, že z čl. 2.1. návrhu smlouvy, dále z čl. 3.1. a z čl. 3.3.1. přílohy č. 1 návrhu smlouvy vyplývá, že „(...) IS NEN je vytvořen v třívrstvé architektuře, a z toho důvodu je řešení třívrstvé architektury zachováno i pro NEN I. Třívrstvá architektura je v dnešní době běžnou praxí a standardem u projektů tohoto typu, které požadují z hlediska bezpečnosti, výkonnosti, škálovatelnosti, modulárnosti, atd. na sobě nezávislé jednotlivé vrstvy. (...)“. Znalec proto zkonstatoval, že požadavek na zachování třívrstvé architektury je oprávněný a odpovídá předmětu plnění.
56. K otázce č. 4) znalec uvedl, že podle čl. 2.1 návrhu smlouvy je účelem smlouvy zajištění aktualizace IS NEN v rozsahu zadávací dokumentace. Dále znalec citoval čl. 2.2 a čl. 3.1 návrhu smlouvy, které rovněž vymezují účel smlouvy. V kapitole 3.1 přílohy č. 1 návrhu smlouvy je poté uvedeno: „(...) V rámci dodání Systému je Uchazeč povinen využít pouze produkty využívané v NEN (uvedené v odst.2.5) a vycházet ze stávající architektury NEN popsané v kapitole 2 této přílohy (...)“. Tato skutečnost podle znalce „(...) předurčuje technickou specifikaci a vlastnosti plnění či jeho částí. (...)“. Podle znalce „(...) záměrem Zadavatele je rozvoj současného systému NEN, což Zadavatel potvrdil také v rámci odpovědi na dodatečné informace uchazečů. Např. v rámci dotazu č. 1 (4.,5. a 6. dodatečná informace) Zadavatel uvádí, že stávající IS NEN splňuje požadavky uvedené v odstavcích 3.2.1.1. až 3.2.3.7. přílohy č. 1 návrhu smlouvy a uchazeč má zajistit implementaci nových procesů/legislativních změn ZVZ v souladu s požadavky Zadavatele. Dále v rámci dotazu č. 23 (4.,5. a 6. dodatečná informace) Zadavatel uvádí, že NEN I bude rozšířením stávajícího IS NEN.“. Na základě uvedených skutečností znalec konstatoval, že „technické podmínky uvedené Zadavatelem v zadávací dokumentaci směřují k požadavku na rozšíření původního systému NEN.“.
57. Ve vztahu k otázce č. 4 položil Úřad znalci doplňující otázku: Z jakých konkrétních technických podmínek vyplývá Váš závěr, že technické podmínky směřují k požadavku na rozšíření původního systému a tudíž nesměřují na vytvoření systému nového, resp. zda v zadávacích podmínkách existuje rozpor mezi zadavatelem stanoveným účelem předmětné veřejné zakázky a zadavatelem stanovenými technickými podmínkami, tedy zda některé technické podmínky (a případně které) svědčí o skutečnosti, že se nejedná o rozšíření systému, ale o vytvoření systému nového; případně, zda lze toto dovozovat z některých odpovědí na další položené otázky.
58. V rámci dodatku č. 1 znaleckého posudku v rámci doplnění odpovědi na otázku č. 4) znalec doplnil technické podmínky, které svědčí o skutečnosti, že se nejedná o vytvoření nového systému, ale jde o rozvoj IS NEN. Za tím účelem znalec cituje z čl. 3.1.2 návrhu smlouvy, že zadavatel v rámci implementace systému mimo jiné požaduje konfiguraci technických a systémových prostředků NEN a konfiguraci standardních SW komponent, které jsou součástí NEN. Dále znalec citoval ze strany 52 přílohy č. 1 návrhu smlouvy, kde je uvedeno, že „(...) Dodavatel využije stávajících produktů využitých v IS NEN. (...)“ a dále citoval z čl. 3.1 téže přílohy, ve které je uvedeno, že „(...) V rámci dodání Systému je Uchazeč povinen využít pouze produkty využívané v NEN (uvedené v odst. 2.5) a vycházet ze stávající architektury NEN popsané v kapitole 2 této přílohy. (...)“.
59. Znalec dále citoval článek 2. „Účel smlouvy“ návrhu smlouvy, ze kterého vyplývá, že jedním z účelů návrhu smlouvy je tedy také „(...) úprava podmínek pro zajištění oprávnění Objednatele k užití a následnému rozvoji Systému tak, aby byl otevřený ve smyslu možnosti

Objednatele zadávat jeho další podporu provozu a rozvoj v otevřené soutěži co nejširšího počtu dodavatelů bez toho, aby byl Objednatel omezen výhradními právy Zhotovitele či třetích osob vázoucích bez řádného důvodu na Systém, jakož i zajištění oprávnění sdílet zdrojové kódy Systému s dalšími určenými subjekty (zejména subjekty veřejné správy, státní podniky, rozpočtové a příspěvkové organizace zřízené státem) za účelem případného podílu těchto subjektů na rozvoji Systému.“.

60. *V návaznosti na účel návrhu smlouvy znalec uvedl obsah čl. 4 přílohy č. 1 návrhu smlouvy a dále dotazu č. 4 a jeho odpovědi z dodatečných informací č. 2, ze kterých je podle znalce zřejmé, že „(...) Zadavatel si je vědom stavu, kdy část plnění nebude schopen vítězný uchazeč splnit bez součinnosti „technické podpory“ (viz kapitola č. 4 Přílohy č. 1 návrhu smlouvy). V případě, že Zadavatel nezajistí splnění účelu odst. 2.3 návrhu smlouvy i pro část týkající se primárně obecné funkcionality pro zadávací postupy, která je umístěna v NEN Framework (viz kapitola č. 4 Přílohy č. 1 návrhu smlouvy), pak vítězný uchazeč není schopen garantovat splnění odst. 2.3 návrhu smlouvy pro celé dílo. V době zadávacího řízení uchazeči neměli informaci, zda Zadavatel toto zajistí.“.*
61. *K dotazu č. 5) znalec ve znaleckém posudku uvedl, že podle zadávací dokumentace »(...) je předmětem plnění veřejné zakázky také poskytnutí služeb provozu Systému po jeho uvedení do provozu. „Požadavky na Systém, Služby podpory provozu a Rozvoj jsou dle Zadávací dokumentace vymezeny v Příloze č. 1 Závazného návrhu smlouvy. Zahájení poskytování Služby podpory provozu je dle harmonogramu (ZD strana 6) v poslední Etapě 4 v čase T4, který odpovídá poslednímu milníku v celém harmonogramu současně s milníkem „Zahájení rutinního provozu“.«.*
62. *Dále znalec uvedl, že „Dle odst. 3.2 přílohy č. 2 ZD se Zhotovitel zavazuje poskytnout Služby podpory provozu, údržbu Systému a III. úroveň podpory uživatelů, a to v rozsahu a způsobem popsáním ve Smlouvě, v Příloze č. 1 Smlouvy a dále zpřesněným Návrhem realizace. Rozsah služeb je uveden formou katalogového listu v Příloze č. 1 Smlouvy.“. Znalec dále ve znaleckém posudku citoval článek 6. „Způsob poskytování Služeb podpory provozu“ a článek 17. „Záruka“ návrhu smlouvy a dále i čl. 6 „Požadavky na Služby podpory provozu“ přílohy č. 1 návrhu smlouvy, které obsahují informace ke Službě podpory provozu.*
63. *Na základě obsahu výše uvedených článků zadávací dokumentace bude podle znalce „(...) uchazeč garantovat a poskytovat služby na celý systém NEN I, který má být rozvojem stávajícího IS NEN. (...)“.*
64. *Dále znalec uvedl, že „(...) V době podání nabídky neměli uchazeči detailní technickou znalost IS NEN. Bez předchozího seznámení se se zdrojovými kódy nelze stanovit kvalitu implementace a stanovit, zda je zdrojový kód dostatečně komentován tak, aby se v něm programátoři orientovali při opravě chyb, zda lze ve zdrojovém kódu trackovat chyby a dohledat jejich příčinu. Znalec konstatuje, že ze zadávacích podmínek není zřejmý přesný rozsah služeb, který bude vítězný uchazeč plnit, a to především ve vztahu k současnému IS NEN. Znalec konstatuje, že ze zadávacích podmínek si nelze udělat jasnou představu, jaké riziko, spojené s převzetím servisu, na sebe uchazeč přebírá a za jaké služby uchazeč zodpovídá, neboť činnosti uvedené u služby S13 jsou patrně v současné době zajištěny současným Provozovatelem u systému NEN v rámci služeb S1 - S12 (viz odpověď na dodatečné informace 4.,5. a 6.)). Dále znalec konstatuje, že k nacenění předmětu smlouvy*

v oblasti služeb je proto pro vyloučení nejasností nutné zveřejnit rozsah a obsah služeb S1 - S12. Služby se budou patrně v několika oblastech protínat, a proto znalec podotýká, že dále je nutné uveřejnit další informace mimo obsahu služeb S1 - S12, a to například detailní popis řešení odpovědností mezi stávajícím Provozovatelem NEN a vítězným uchazečem NEN I za jednotlivé části spojené s poskytováním služeb.“

65. K otázce č. 6 znalec ve znaleckém posudku uvedl, že informace k požadovanému prototypu jsou specifikovány v příloze č. 6 zadávací dokumentace, přičemž podle znalce „(...) zadávací podmínky prototypu jsou vymezeny nejednoznačně, především pak v kapitole 1.1 Přílohy č. 6 návrhu Smlouvy.“, který v posudku cituje.
66. Podle znalce je z citovaného článku přílohy č. 6 návrhu smlouvy »(...) patrné, že Zadavatel požaduje, aby uchazeč vytvořil prototyp, kde „Logika, architektura, design řešení, užívání jednotlivých modulů a jednotlivé procesy zpracování procesů prototypu budou vycházet z požadavků Závazného návrhu smlouvy; zejm. Přílohy č. 1“. Tzn., že prototyp musí obsahovat funkce, které jsou popsány v příloze č. 1 návrhu smlouvy. Příloha č. 1 návrhu smlouvy definuje celý systém NEN a prototyp tyto funkce musí obsahovat. (...)«.
67. Znalec k tomuto uvádí příklad: „(...) v příloze č. 1 návrhu smlouvy je požadavek na architektu, viz odstavec 3.3.5.6. zálohování dat. Zde je ve zkratce uvedeno, že se má zálohovat každé 2 hodiny. Znalec konstatuje, že ze zadávacích podmínek není zřejmé, zda má prototyp tuto funkci obsahovat (takovýchto požadavků je v Příloze č. 1 návrhu smlouvy mnoho). Není zřejmé, zda v případě absence těchto požadavků bude takový prototyp označen jako nefunkční.“.
68. Znalec konstatuje, že „(...) zadávací podmínky prototypu nejsou stanoveny jednoznačně, a tedy nejsou dostatečné pro vyhotovení požadovaného prototypu. Chybějící definice HW prostředí, na kterém bude prototyp pro účely hodnocení nabídek spuštěn, je předmětem otázky č. 7 posudku.“.
69. K otázce č. 7 znalec konstatuje, že „(...) bez znalosti HW prostředí nelze obecně vytvořit a následně zprovoznit žádný SW tak, aby byl bezpochyby funkční a plnil požadované odezvy. Ze zadávacích podmínek je patrné, že prototyp bude implementován jako dva virtuální počítače - klient, server pro virtualizační platformu Zadavatele VMware 5.5. (strana 40 ZD). Na internetových stránkách výrobce VMware může uchazeč nalézt minimální a doporučené HW požadavky pro tuto verzi virtualizační platformy a získat tak alespoň základní informaci o HW prostředí. Zde je ale nutné upozornit, že Zadavatel se tímto nemusí řídit a virtualizační platforma může být provozována na nepodporovaném či poddimenzovaném HW, byť toto není obvyklé. Uchazeč musí ale dále provést testy konfigurace (configuration testy) a nasazení (deployment test). Bez znalosti HW komponent, síťového zapojení, nasazení, designu a nastavení bezpečnostních prvků (jako jsou firewall, IPS, apod.) architektury HW prostředí toto nelze provést. Pokud nejsou provedeny příslušné testy, nelze garantovat, že nasazení prototypu proběhne úspěšně a prototyp bude fungovat na daném HW a síťové konfiguraci.“.
70. Podle znalce nelze otázku č. 8) zodpovědět vzhledem k nedostatečným informacím pro vypracování požadovaného prototypu.

71. K otázce č. 9 znalec uvedl, že z odpovědi na otázku č. 6 je patrné, že pro zpracování prototypu je nutné znát technickou specifikaci IS NEN. Vzhledem k nedostatečným informacím pro vypracování požadovaného prototypu nelze podle znalce na citovanou otázku odpovědět.
72. Vzhledem k nedostatečným informacím pro vypracování požadovaného prototypu znalec k otázce č. 10 konstatuje, že nelze stanovit cenu obvyklou v daném místě a čase.
73. Znalec se domnívá, že otázka č. 11 směřuje k provedení výkladu právních předpisů, k čemuž není oprávněn. Znalec však konstatoval, že „(...) v případě, že je některá součást použitého SW chráněna právy původního dodavatele, není bez jeho součinnosti možné zakázku splnit. Dle 2. dodatečné informace, odpovědi na dotaz č. 13, sám Zadavatel uvádí, že v případě nutnosti zpracovat funkcionality, které by vyžadovaly úpravu komponent CryptolD a FAMA+, zajistí požadovanou změnu formou Technické podpory dodavatele dotčené komponenty, včetně komunikace s dodavatelem. Zadavatel na straně č. 30 Přílohy č. 1 návrhu smlouvy uvádí Budoucí životní situace, jedná se o tabulku seznamu budoucích životních situací a z nich odvozených požadavků na změnu systému. Z této tabulky a dále tabulky uvedené v Požadavcích na změnu systému je patrné, že Zadavatel předpokládá i úpravu komponent CryptolD a FAMA+.“.
74. Ve vztahu k otázce č. 11 položil Úřad znalci doplňující otázku: Uveďte, zda měli uchazeči v době zadávacího řízení informaci, zda je systém NEN či některá jeho část chráněna autorskými právy třetích osob tak, že bez jejich součinnosti by vybraný uchazeč nebyl schopen realizovat předmět veřejné zakázky.
75. V dodatku č. 1 ke znaleckému posudku pak znalec Úřadu sdělil, že „(...) uchazeči neměli v době zadávacího řízení k dispozici informaci, zda je systém NEN či některá jeho část chráněna autorskými právy třetích osob tak, že bez jejich součinnosti by vítězný uchazeč nebyl schopen realizovat předmět veřejné zakázky.“.
76. Znalec v závěru znaleckého posudku nazvaného „Další zjištění znalce“ zhodnotil, že podle jeho názoru „Zadávací dokumentace je velice zmatečná a z technického hlediska nekvalitní. Především pak příloha č. 1 návrhu smlouvy, která by měla být východiskem pro uchazeče o představě náročnosti předmětu plnění. V této příloze se mimo jiné nesystematicky prolínají požadavky Zadavatele na předmět plnění s popisem stávajícího stavu IS NEN. Ve výsledku je pro jakéhokoli uchazeče nemožné z tohoto dokumentu identifikovat přesný rozsah a předmět plnění. Znalec konstatuje, že bez dodatečných informací si uchazeči nemohli udělat ani základní představu o předmětu plnění veřejné zakázky. V rámci těchto bylo několik nejasností vysvětleno, ale zmatečnost mnoha pasáží zadávacích podmínek přetrvávala. Z výše uvedeného vyplývá, že technická část zadávací dokumentace byla zpracována bez potřebných technických znalostí, nebo jí nebyla věnována dostatečná péče nutná ke zpracování kvalitní zadávací dokumentace, která by zcela jasně popisovala stávající stav a též zcela jasně vymezila předmět plnění tak, aby se nestalo, že se předmět plnění uchazeči dozvědí až z dodatečných informací. Jak je uvedeno v zadávacích podmínkách a dodatečných informacích, všechny podklady a informace Zadavatel předá vítěznému uchazeči. Toto znemožňuje uchazečům odborně a odpovědně nacenit předmět plnění veřejné zakázky v rámci zadávacího řízení.“.

77. V závěru znaleckého posudku znalec připojil znaleckou doložku. Dále znalecký posudek obsahuje přílohy, které byly podkladem pro jeho zpracování.

III. KE SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ ZAHÁJENÉMU Z MOCI ÚŘEDNÍ VEDENÉMU POD SP.ZN. S0658/2016/VZ

Postup Úřadu před zahájením správního řízení

78. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel v rámci své činnosti návrhy (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dne 8. 6. 2016 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při realizaci veřejných zakázek týkajících aktualizace systému NEN. Na základě doručeného podnětu Úřad požádal zadavatele o zaslání dokumentace o šetřené veřejné zakázce zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, přičemž s ohledem na skutečnost, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky byl poptáván i v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení vyžádal si Úřad i dokumentaci veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení.
79. Na základě obsahu předložených dokumentací o výše specifikovaných veřejných zakázkách a vlastního šetření získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem.
80. Úřad získal pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky stanovil v rozporu s § 44 odst. 1 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když požadavky na předmět plnění nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť dodavatelům neposkytl dostatečné informace ani ve vztahu k možnosti řádného zpracování nabídky, vč. povinně předkládaného vzorku, stejně tak ani ve vztahu k samotnému předmětu plnění, a tedy zadávací podmínky byly nastaveny netransparentním způsobem, popř. diskriminačním způsobem vůči potenciálním dodavatelům, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu.
81. Dále získal Úřad pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání šetřené veřejné zakázky postupoval v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 zákona, aniž by k použití tohoto druhu zadávacího řízení byl zadavatel v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, zejména s ohledem na povinnost zachování zásady transparentnosti a nediskriminace, oprávněn, když existuje pochybnost, že ke splnění podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení došlo pouze z důvodu předchozího nezákonného postupu zadavatele, spočívajícího v předchozím zadávání veřejné zakázky v otevřeném zadávacím řízení, přičemž zadávací podmínky veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení a tedy i zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení s uveřejněním mohly být nastaveny nezákonným způsobem, a to zejména v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a základními zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona, když znemožňovaly podání nabídek širšího okruhu dodavatelů, neboť byly zadávací podmínky vymezeny nedostatečným způsobem, čímž zadavatel navodil stav, že se otevřeného řízení mohl zúčastnit pouze omezený okruh dodavatelů, přičemž zadavatel v původním otevřeném řízení obdržel pouze nabídku jediného uchazeče, který podal nepřijatelnou nabídku a zadavatel tak musel otevřené zadávací řízení zrušit; vzniká tedy pochybnost, že

nezákonným způsobem, resp. na základě předchozího nezákonného postupu zadavatel sám zapříčinil stav, kdy v původním otevřeném řízení mohlo být podáno omezené množství nabídek, přičemž zadavatel následně obdržel jedinou nabídku, která nespĺnila zadávací podmínky a zadavateli tak vznikla možnost zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, a to postupem dle § 22 odst. 2 zákona, tedy i bez povinnosti uveřejnit oznámení jednacím řízení s uveřejněním, přičemž takový postup mohl mít vliv na výběr nevhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu na šetřenou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním.

82. Úřad zároveň získal pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když neuveřejnil oznámení předmětného jednacím řízení s uveřejněním, neboť pokud pro postup v jednacím řízení s uveřejněním byly splněny podmínky pouze na základě předchozího nezákonného postupu zadavatele a zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacím řízení, nebyl k postupu v jednacím řízení s uveřejněním bez předchozího uveřejnění oznámení ve Věstníku veřejných zakázek oprávněn. Úřad má tedy pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacím řízení, ačkoli by byl, v případě zákonného postupu, povinen toto oznámení uveřejnit.
83. Z uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci spáchání správních deliktů zadavatelem v šetřeném zadávacím řízení.

Průběh správního řízení zahájeného z moci úřední

84. Zahájení správního řízení z moci úřední oznámil Úřad účastníku řízení oznámením č. j. ÚOHS-S0658/2016/VZ-42601/2016/532/KSt ze dne 19. 10. 2016, v němž seznámil účastníka řízení se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
85. Dne 19. 10. 2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení z moci úřední ve věci ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a písm. c) zákona zadavatelem.
86. Usnesením č. j. ÚOHS-S0658/2016/VZ-42798/2016/532/KSt ze dne 20. 10. 2016 stanovil Úřad účastníku řízení lhůtu, ve které je oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 26. 10. 2016

87. Zadavatel zaslal své stanovisko ke správnímu řízení zahájenému z moci úřední v dopise ze dne 26. 10. 2016, ve kterém se vyjádřil nejprve k obdrženímu znaleckému posudku.
88. Podle zadavatele je znalecký posudek nepřezkoumatelný, neboť v něm není uvedena metoda hodnocení podkladů, ani úvahy, na základě kterých dospěl znalec ke svým závěrům. Protože znalec necitoval odbornou literaturu, je znalecký posudek podle názoru zadavatele založen pouze na dojmech znalce. Kvalitu znaleckého posudku zpochybňuje i skutečnost, že mezi podklady pro zpracování znaleckého posudku nebyl „nový zákon o zadávání veřejných zakázek“.

89. Dále zadavatel uvedl, že všichni uchazeči měli možnost přístupu do IS NEN referenčního prostředí. Protože znalec si o tento přístup nepožádal, neposuzoval tudíž všechny podklady, které měli k dispozici uchazeči. Zadavatel také nesouhlasí se závěrem znalce, že zadávací podmínky byly nastaveny diskriminačně, neboť zadávací podmínky podle § 46 zákona umožňovaly uchazečům využít pro plnění veřejné zakázky jiné technické řešení, pokud nedisponovali dostatečnou znalostí daných technologií. Další nedostatek znaleckého posudku spatřuje zadavatel v absenci doložky o nestrannosti znalce, prohlášení o jeho nepodjatosti a dalších běžných náležitostí znaleckých posudků.
90. Znalecký posudek dále podle zadavatele neobsahuje určitý a srozumitelný popis skutečností, z nich znalec při tvorbě závěru vycházel, neboť není např. definována správná podoba zadávacích podmínek, ke kterým by se posuzovaný stav hodnotil. Znalecký posudek se v části „Další zjištění znalce“ vyjadřuje k nespécifikovanému znaleckému úkolu a to nepřezkoumatelným způsobem, když např. necitoval ty části dokumentů, které považuje znalec za zmatečné.
91. Dále se zadavatel vyjádřil k použití jednacního řízení s uveřejněním, k čemuž uvedl, že je přesvědčen, že zadávací podmínky tohoto zadávacího řízení stanovil v souladu se zákonem, což potvrzuje posudek zpracovaný společností Grant Thornton Valuations a. s. (dále jen „GTV“), který je součástí spisu.
92. Dále zadavatel doplnil, že podle jeho názoru splnil veškeré podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním stanovené v § 22 odst. 1 a 2 zákona, neboť nemohl ovlivnit obsah zpracované nabídky, kdy jediný uchazeč podal nevhodnou nabídku, dále nezměnil zadávací podmínky, jednacím řízení s uveřejněním zahájil bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení a nabídka jediného uchazeče splňovala požadavky stanovené v § 69 odst. 5 zákona.

IV. KE SPOLEČNÉMU SPRÁVNÍMU ŘÍZENÍ

Průběh společného správního řízení

93. Usnesením č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-44353/2016/532/KSt ze dne 2. 11. 2016 Úřad spojil správní řízení vedené pod sp. zn. S0453/2016/VZ/ na návrh ze dne 17. 6. 2016 se správním řízením vedeným pod sp. zn. S0658/20106/VZ zahájeným z moci úřední dne 19. 10. 2016, neboť obě správní řízení se týkají posouzení zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky.
94. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
95. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-44365/2016/532/KSt ze dne 3. 11. 2016 určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad citovaným usnesením účastníkům řízení oznámil, že uvedená správní řízení spojil.
96. Usnesením č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-45262/2016/532/KSt ze dne 9. 11. 2016 vyzval Úřad zadavatele k provedení úkonu, a to sdělení a doložení skutečnosti, v jakém rozsahu již

bylo realizováno plnění na základě smlouvy, kterou zadavatel uzavřel dne 4.5.2016 s vybraným uchazečem.

97. Usnesením č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-45953/2016/532/KSt ze dne 15. 11. 2016 stanovil Úřad účastníkům řízení opětovně lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele ze dne 9. 11. 2016

98. Navrhovatel se nejprve vyjádřil k obsahu znaleckého posudku, včetně jeho dodatku č. 1, když uvedl, že z jeho obsahu je zřejmé, že dodavatelé, kteří chtěli podat nabídku, neměli dostatečné technické informace o systému NEN, které byly nezbytné pro získání reálného přehledu o náročnosti poptávaného plnění. Současně zadavatel dodavatelům neposkytl dostatečné informace týkající se služeb S1 – S12, informace nutné k vypracování nabídkového prototypu, informace, zda je systém NEN chráněn autorskými právy třetích osob, a zda je tudíž k realizaci předmětu veřejné zakázky nutná součinnost těchto osob.
99. Vzhledem k závěrům uvedeným ve znaleckém posudku, je podle navrhovatele patrné, že zadávací podmínky byly stanoveny v rozporu se zákonem a s cílem obejít dodavatele, kteří nemají napojení na dosavadní dodavatele systému NEN. Podle navrhovatele zadavatel porušil § 44 odst. 9 zákona, dále § 45 odst. 3 zákona a zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, které jsou uvedeny v § 6 odst. 1 zákona.
100. Navrhovatel se dále vyjádřil k argumentům zadavatele uvedeným v jeho vyjádření ze dne 26. 10. 2016, ve kterém zadavatel zpochybňuje závěry znaleckého posudku. Navrhovatel se nedomnívá, že by znalec musel pro závěry uvedené ve znaleckém posudku citovat odbornou literaturu, nebo znát znění nového zákona o zadávání veřejných zakázek, když obsahem znaleckého posudku je přezkoumání technického vymezení předmětu veřejné zakázky.
101. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že by zpřístupnění referenčního prostřední NEN bylo dostatečné pro zpracování nabídky. V uvedeném prostředí nelze získat technická data nutná ke zpracování nabídky. Navrhovatel nesouhlasí ani s argumentem zadavatele, že uchazeči mohli nabídnout jiné technické řešení, neboť ani k poskytnutí jiného technického řešení neměli podle jeho názoru dodavatelé dostatečné informace.
102. K odbornému posudku vypracovanému společností GTV navrhovatel uvedl, že jej nelze považovat za objektivní, když si jej objednal sám zadavatel. Navrhovatele však zaujala první část posudku, ze kterého podle jeho názoru vyplývá, že došlo k předražení veřejné zakázky, a že tudíž zadavatel jednal při zadávání veřejné zakázky i nehospodárně.
103. Navrhovatel se dále domnívá, že Úřad by měl přezkoumat rovněž i obsah nabídky vybraného uchazeče, a to části týkající se nabídkového prototypu, tedy zda nabídkový prototyp byl v nabídce předložen, a pokud ano, tak zda je shodný s již vyvinutým systémem NEN.
104. Na základě výše uvedených skutečností navrhovatel nadále požaduje, aby Úřad uložil zákaz plnění smlouvy.

Vyjádření zadavatele doručené Úřadu dne 10. 11. 2016

105. Zadavatel ve vyjádření doručeném Úřadu dne 10. 11. 2016 k obsahu dodatku č. 1 ke znaleckému posudku uvedl, že předložený dodatek nereaguje na připomínky, které uvedl zadavatel k obsahu znaleckého posudku ve svém vyjádření ze dne 26. 10. 2016. Proto i

dodatek č. 1 ke znaleckému posudku je podle zadavatele nedokonalý. Z obsahu vyjádření zadavatele vyplývá, že dodatku č. 1 ke znaleckému posudku vytýká shodné nedostatky, které vytkl znaleckému posudku ve vyjádření ze dne 26. 10. 2016. Z uvedeného důvodu Úřad odkazuje na body 88. - 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvedl, že nesouhlasí se závěry znaleckého posudku a jeho dodatku.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 11. 11. 2016

106. Vybraný uchazeč se nejprve ve svém vyjádření ohradil proti tvrzení navrhovatele, že je nekompetentním uchazečem, který nemá jedinou zkušenost s realizacemi obdobných veřejných zakázek.
107. Dále se vybraný uchazeč vyjádřil k obsahu znaleckého posudku, ze kterého podle jeho názoru vyplývá, že zadavatel neposkytnul uchazečům dostatek informací nutných k přípravě šetřené veřejné zakázky. Podle vybraného uchazeče by však měla být ve znaleckém posudku řešena otázka, zda-li je možné v souladu s právem zveřejnit zdrojové kódy a to široké veřejnosti v rámci zadávací dokumentace. Tuto skutečnost však znalecký posudek neřeší, neboť znalec se jí odmítl zabývat s odvoláním na to, že jde o provedení výkladu právních předpisů. K tomu vybraný uchazeč dodal, že zadavatel podle jeho názoru s odvoláním na Smlouvu o zajištění provozu národního elektronického nástroje (NEN), na jejímž základě zadavatel IS NEN získal, neměl možnost zdrojové kódy uveřejnit.
108. Podle vybraného uchazeče jsou zdrojové kódy produktů obchodním tajemstvím příslušného výrobce, a pokud by došlo k jejich uveřejnění, došlo by k rezignaci na autorskoprávní ochranu výrobků, s čímž se vybraný uchazeč nemůže ztotožnit. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že i navrhovatel by se snažil své zdrojové kódy chránit před uveřejněním. Rovněž si nelze představit situaci, že by nadnárodní poskytovatelé software souhlasili s tím, aby v zadávacích dokumentacích byly zveřejňovány zdrojové kódy jejich software.
109. Podle vybraného uchazeče není postavení zadavatele v šetřené veřejné zakázce jednoduché a postup zadavatele mu nepřipadá nespravedlivý či nezákonný.

Vyjádření zadavatele k rozsahu plnění smlouvy ze dne 14. 11. 2016

110. Zadavatel ve vyjádření ze dne 14. 11. 2016 Úřadu sdělil, v jakém rozsahu byl realizován předmět plnění smlouvy, když uvedl, že ke dni 18. 7. 2016 došlo k akceptaci etapy č. 1 „Vytvoření a akceptace návrhu realizace ve smyslu čl. 3.1.1. smlouvy“ a za zpracování této etapy byl vybraným uchazečem vystaven daňový doklad na částku ve výši 2 947 560,- Kč včetně DPH. Dále zadavatel uvedl, že v současné době je realizováno plnění v rámci etapy č. 2, k jejímuž dokončení by mělo dojít dne 15. 12. 2016.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

111. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentací o veřejných zakázkách, vyjádření účastníků správního řízení, znaleckého posudku a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení s uveřejněním nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

112. Úřad ověřil postavení zadavatele podle § 2 zákona.
113. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
114. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
115. Pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou podle § 6 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.
116. Podle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích činí jménem státu právní úkony vedoucí organizační složky, jíž se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
117. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona, neboť je organizační složkou České republiky.

Relevantní ustanovení zákona

118. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
119. Zákon v § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).
120. Zadavatel může podle § 22 odst. 1 zákona zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, jestliže v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení nebo soutěžním dialogu byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné

nabídky, podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednací řízení s uveřejněním bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Za neúplné nabídky se považují nabídky, které nevyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 7 zákona. Nepřijatelnými nabídkami jsou nabídky

- a) nevhodné, kterými jsou nabídky nesplňující požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky,
- b) které nesplnily zadávací podmínky z hlediska jiných požadavků zadavatele než na předmět veřejné zakázky,
- c) u kterých uchazeč neprokázal splnění kvalifikace,
- d) které jsou v rozporu s platnými právními předpisy,
- e) které obsahují upravené podmínky plnění v rozporu s požadavky zadavatele nebo neodůvodněnou mimořádně nízkou nabídkovou cenou, nebo
- f) které byly podány po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

121. Podle § 22 odst. 2 zákona není zadavatel povinen uveřejnit oznámení jednacího řízení s uveřejněním, pokud v předchozím zadávacím řízení byly ve lhůtě pro podání nabídek podány nabídky, které splnily požadavky podle § 69 odst. 5 zákona. V takovém případě postupuje zadavatel podle § 34 odst. 1 až 3 zákona obdobně. Výzvu k jednání je zadavatel povinen zaslat všem uchazečům, kteří podali nabídky podle věty první. Ve výzvě k jednání stanoví zadavatel rovněž přiměřenou lhůtu k úpravě či doplnění nabídek nebo kvalifikace v potřebném rozsahu; uchazeči podávají upravené či doplněné nabídky nebo kvalifikaci v této lhůtě, která je současně lhůtou pro podání nabídek. Ustanovení § 29 až 32 zákona se nepoužijí.
122. Nabídky se podle § 69 odst. 5 zákona podávají písemně, a to v listinné podobě nebo v elektronické podobě prostřednictvím elektronického nástroje (dále jen „nabídka v elektronické podobě“). Uchazeč podává nabídku ve lhůtě pro podání nabídek. Nabídka v listinné podobě musí být podána v řádně uzavřené obálce označené názvem veřejné zakázky, na které musí být uvedena adresa, na niž je možné zaslat oznámení podle § 71 odst. 5 zákona. Nabídka v elektronické podobě musí být podána v souladu s požadavky stanovenými v § 149 zákona.
123. Zadávací dokumentace je podle § 44 odst. 1 zákona soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
124. Technické podmínky nesmí být podle § 45 odst. 3 zákona stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
125. Zadávací řízení zahajuje zadavatel podle § 26 odst. 1 zákona odesláním
 - a) oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo
 - b) výzvy o zahájení zadávacího řízení.
126. Zadavatel je podle § 26 odst. 4 zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení způsobem uvedeným v § 146 zákona a § 147 zákona.

127. Podle § 146 odst. 1 zákona, je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele, oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o subdodávce, oznámení o výsledku zadávacího řízení, souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů (dále jen „vyhlášení“), rozumí se tím uveřejnění
- a) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku a uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele nebo souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy,
 - b) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 a Úředním věstníku Evropské unie (dále jen „Úřední věstník“), jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 se v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.
- Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.
128. Podle § 146 odst. 2 zákona zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, může uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu.
129. Podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 zákona.
130. Podle § 118 odst. 3 zákona Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy podle § 118 odstavce 2 zákona, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušování plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázky a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.
131. Podle § 118 odst. 4 zákona Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy, pokud by důsledky tohoto zákazu závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.
132. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží stanovený postup tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
133. Podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

134. Za správní delikt se podle § 120 odst. 2 zákona uloží pokuta do
- 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona,
 - 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona,
 - 1 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. h) zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentací o veřejných zakázkách

135. Z čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení (tataž zadávací dokumentace byla použita i pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním – pozn. Úřadu) vyplývá, že předmětem plnění je zajištění funkčního souladu aplikačního řešení NEN s nově připravovanou legislativou v oblasti zadávacích řízení, veřejných zakázek a koncesí a zajištění jeho následné podpory provozu a rozvoje. Zadavatel předmět těchto zakázek dále klasifikoval jako „Programování systémového a uživatelského programového vybavení“, „Vývoj programového vybavení pro zadávání veřejných zakázek“ a „Programování aplikačního programového vybavení“.
136. V původní veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení byla v bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádostí o účast“ oznámení o zakázce uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 3. 2016 stanovena lhůta pro podání nabídek na den 7. 3. 2016 v 10.00 hodin. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 3. 2016, obdržel zadavatel v tomto otevřeném řízení ve stanovené lhůtě jednu nabídku a to nabídku vybraného uchazeče.
137. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení je dále zřejmé, že zadavatel v průběhu tohoto zadávacího řízení obdržel několik námitek směřujících proti způsobu, jakým zadavatel stanovil technické podmínky veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení.
138. Zadavatel v otevřeném řízení obdržel námítky dodavatele SEV Computing, s. r. o., IČO 64940063, se sídlem V Olšinách 16/82, 100 00 Praha 10 (dále jen „SEV Computing, s. r. o.“), ze dne 4. 3. 2016, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 17. 3. 2016 nevyhověl.
139. Dále obdržel zadavatel v otevřeném řízení námítky dodavatele Tender systems s. r. o., ze dne 7. 3. 2016, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 17. 3. 2016 rovněž nevyhověl. Protože jmenovaný dodavatel nesouhlasil s rozhodnutím zadavatele o jeho námitkách, podal dne 26. 3. 2016 k Úřadu návrh na zahájení správního řízení za účelem přezkoumání postupu zadavatele ve veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení. Zahájené správní řízení Úřad výrokem II. usnesení č. j. ÚOHS-S0189/2016/VZ-15423/2016/521/MŽi ze dne 15. 4. 2016 podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť žádost navrhovatele, tj. návrh ze dne 26. 3. 2016 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, se stala zjevně bezpředmětnou. Důvodem zastavení správního řízení bylo zrušení otevřeného řízení zadavatelem dne 1. 4. 2016.
140. Zadavatel dále v otevřeném řízení obdržel námítky navrhovatele ze dne 9. 3. 2016, kterým zadavatel rovněž nevyhověl, a to rozhodnutím ze dne 21. 3. 2016. Protože navrhovatel nesouhlasil s rozhodnutím zadavatele o jeho námitkách, podal rovněž k Úřadu návrh na zahájení správního řízení za účelem přezkoumání postupu zadavatele ve veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení, a to dne 30. 3. 2016. K zahájenému správnímu řízení Úřad

doplňuje, že rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0199/2016/VZ-16261/2016/521/MŽi ze dne 15. 4. 2016 Úřad správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavil, neboť k návrhu navrhovatele ze dne 30. 3. 2016 nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli.

141. Zadavatel rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 vyloučil vybraného uchazeče z otevřeného řízení z důvodu, že jeho nabídka nesplnila požadavky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci týkající se zpracování harmonogramu, když harmonogram zpracovaný vybraným uchazečem nebyl zpracován v souladu se stanovenými milníky.
142. Rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 rozhodl zadavatel o zrušení otevřeného řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona, neboť v zadávacím řízení obdržel pouze jednu nabídku, kterou shledal podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona za nepřijatelnou, když nesplnila požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Z uvedeného důvodu byla nabídka podle § 76 odst. 1 zákona ze zadávacího řízení vyřazena a uchazeč byl podle § 76 odst. 6 zákona vyloučen.
143. Dne 4. 4. 2016 uveřejnil zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek a dne 7. 4. 2016 v Úředním věstníku Evropské unie dne pod ev. č. 2016/S 068-118677 oznámení o zrušení otevřeného řízení.
144. Podle zveřejněného oznámení o zrušení otevřeného řízení zadavatel „*zrušil zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. b) ZVZ z důvodu, že obdržel v zadávacím řízení pouze jednu nabídku. S ohledem na skutečnost, že nabídka byla podle § 22 odst. 1 písm. b) ZVZ shledána za nepřijatelnou, jelikož nesplnila požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, byla tato nabídka v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ ze zadávacího řízení vyřazena a uchazeč byl v souladu s § 76 odst. 6 ZVZ ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel byl proto povinen zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. b) ZVZ zrušit.*“.
145. Bezprostředně po zrušení otevřeného řízení zadavatel zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním, a to výzvou k jednání ze dne 8. 4. 2016, kterou zadavatel vyzval vybraného uchazeče k jednání s úmyslem zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 1 zákona, a to ve smyslu § 22 odst. 2 zákona a § 34 odst. 1 zákona.
146. Rozhodnutím ze dne 22. 4. 2016 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky v jednacím řízení s uveřejněním, která byla podána vybraným uchazečem.
147. Dne 4. 5. 2016 uzavřel zadavatel na realizaci předmětu šetřené veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení s uveřejněním smlouvu s vybraným uchazečem.
148. Oznámení o zadání zakázky v jednacím řízení s uveřejněním zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 5. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 5. 2016.

Právní posouzení

K výroku I. tohoto rozhodnutí

149. Jak již vyplývá z výše uvedených skutečností, k zadání předmětu plnění spočívajícího v aktualizaci systému NEN zadavatel realizoval dvě zadávací řízení, a to nejprve veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení a následně veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním.

150. K obsahu zadávací dokumentace Úřad nejprve uvádí, že zadavatel pro veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním použil tutéž zadávací dokumentaci, na základě které zadával veřejnou zakázku v otevřeném řízení; existuje tedy jediná zadávací dokumentace, která byla společná pro obě zadávací řízení. Uvedenou skutečnost potvrdil i zadavatel, a to ve vyjádření ze dne 24. 6. 2016, kterým se vyjádřil v rámci správního řízení k návrhu na zahájení řízení ve věci zakazu plnění smlouvy, a ve kterém uvedl, že: *„Zadávací podmínky poskytnuté v jednacím řízení s uveřejněním zůstaly oproti zadávacím podmínkám poskytnutých v otevřeném řízení zcela nezměněny.“*
151. K pojmu zadávací dokumentace Úřad nejprve uvádí, že podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
152. Zadávací dokumentace veřejné zakázky je tak základním dokumentem zadávacího řízení a nejvýznamnějším zdrojem informací, na jejichž základě zpracovávají dodavatelé své nabídky, a proto zákon zadavateli ukládá povinnost vymezit jejím prostřednictvím veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci je tedy základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele.
153. Zadávací dokumentace tvoří souhrn konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvhodnější. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky. Ze zadávací dokumentace musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“ a jak mají být zpracovány, aby spolu „soutěžit“ vůbec mohly. Jinými slovy řečeno, zadávací dokumentace musí být pro dodavatele, jež mají v úmyslu soutěžit o veřejnou zakázku, natolik čitelná, aby po seznámení se s jejím obsahem bez pochybností věděli, „co“ mají zadavateli nabídnout. Všechny v zadávací dokumentaci stanovené podmínky ovlivňují skutečnost, jak bude nabídka uchazeče vypadat a jaké podmínky plnění uchazeč nabídne.
154. V této souvislosti Úřad pro úplnost odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007 ze dne 20. 3. 2008, v němž uvedený soud judikoval, že *„[z]adávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.“*
155. Zadávací dokumentace tedy musí sloužit uchazečům coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají své nabídky zpracovat. Kromě toho, že požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci musí být pro všechny

uchazeče jasné, srozumitelné a jednoznačné, čímž zadavatel zajistí transparentnost zadávacího řízení, musí být požadavky a informace zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci pro všechny uchazeče jednotné a nesmí některou skupinu uchazečů nepřípustně, popř. neodůvodněně diskriminovat a jinou zvýhodňovat. Úřad ve věci zdůrazňuje, že zadavatelem vymezené podmínky zadávacího řízení musí být stanoveny takovým způsobem, aby všem potenciálním dodavatelům poskytovaly veškeré relevantní informace, na základě kterých budou všichni tito dodavatelé schopni zpracovat nabídku (tzn. všichni potenciální dodavatelé musí mít po seznámení se se zadávacími podmínkami veškeré informace potřebné pro možnost řádného zpracování nabídek, stejně tak informace potřebné k samotnému předmětu plnění; nelze připustit, aby někteří z dodavatelů disponovali i informacemi jinými, podrobnějšími, získanými z jiných zdrojů, než jsou zadávací podmínky, pokud by takové informace byly nezbytné pro zpracování nabídek). Stanovení pouze kusých, nepřehledných a neúplných informací o předmětu plnění a požadavcích a podmínkách na jeho vytvoření může nepřípustně omezit okruh potenciálních dodavatelů a může vést k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje, popř. ztěžuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen uvést v zadávacích podmínkách veškeré informace, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky, a není tedy oprávněn nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, který by některé uchazeče neodůvodněně diskriminoval a tím přímo vyřazoval, popř. určitým způsobem znevýhodňoval v jejich účasti v zadávacím řízení. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace pak zodpovídá zadavatel.

156. Zadavatel v čl. 1. „Klasifikace předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace klasifikoval předmět veřejné zakázky jako „Programování systémového a uživatelského programového vybavení“, „Vývoj programového vybavení pro zadávání veřejných zakázek“ a „Programování aplikačního programového vybavení“.
157. Z čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace vyplývá, že: *„Předmětem veřejné zakázky je zajištění funkčního souladu aplikačního řešení Národního elektronického nástroje (dále také „IS NEN“) s nově připravovanou legislativou v oblasti zadávacích řízení, veřejných zakázek a koncesí (dále také „NEN I“ nebo „Systém“) a zajištění jeho následné podpory provozu a rozvoje.“*
158. V témže článku zadávací dokumentace zadavatel rozdělil předmět veřejné zakázky na části:
- *„provedení detailní analýzy a vytvoření detailního návrhu Systému,*
 - *vytvoření, dodání a zprovoznění Systému v prostředí zadavatele, včetně interakce se zdroji existujících dat zadavatele či třetích osob,*
 - *vytvoření a dodání administrátorské, uživatelské, provozní a školicí dokumentace vztahující se k Systému,*
 - *poskytnutí služeb podpory provozu Systému po jeho uvedení do provozu,*
 - *poskytnutí služeb rozvoje Systému, a to na základě změnových požadavků,*
 - *poskytnutí školení pro klíčové uživatele, metodiky, správce, administrátory Systému.“*
159. Požadavky na systém a služby vymezil zadavatel v příloze č. 1 „Požadavky Objednatele na Systém, Služby podpory provozu a Rozvoj“ závazného návrhu smlouvy, který je přílohou č. 2 zadávací dokumentace.
160. Jelikož Úřad měl, s ohledem na námitky dodavatelů doručené zadavateli v rámci otevřeného řízení (viz dále v textu), obecně pochybnosti i o konkrétním předmětu veřejné zakázky, tedy

zda je jejím předmětem rozšíření původního systému, popř. vytvoření systému zcela nového, dotázal se Úřad znalce i v této oblasti, přičemž znalec v rámci odpovědi na otázku č. 1 (viz bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvedl, že „(...) se v rámci veřejné zakázky jedná o rozvoj (aktualizaci, změnu, rozšíření,...) stávajícího systému NEN.“ a dále že, „(...) vzhledem k tomu, že se má rozšiřovat současný systém NEN, je nezbytné mít k dispozici technickou znalost tohoto systému.“.

161. Uvedené pak lze dle názoru Úřadu dovodit i z obsahu zadávací dokumentace (např. viz bod 157. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dodatečných informací poskytnutých zadavatelem (např. dodatečné informace 4., 5. a 6. ze dne 23. 2. 2016, dotaz č. 23), ze kterých vyplývá, že zadavatel v rámci plnění veřejné zakázky skutečně požadoval, aby dodavatel upravil již existující a funkční systém tak, aby tento systém byl v souladu s nově platnou legislativou a předpisy evropského práva. Skutečnost, že zadavatel požadoval, aby předmět plnění byl realizován prostřednictvím třívrstvé architektury, a priori neznačí, že by předmět plnění měl odpovídat realizaci nového systému (viz např. závěry znalce k otázce č. 3). O předmětu veřejné zakázky tudíž nadále není sporu, přičemž k tomu Úřad uvádí následující. V případě, kdy zadavatel poptává službu spočívající v úpravě a rozvoji určitého již existujícího systému, je pak esenciální nutností, aby zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl zcela konkrétní, přehledné a zejména jasné a kompletní informace nejen o předmětu plnění, tedy uvedl veškeré požadavky na úpravu již existujícího systému, ale uvedl i informace o systému původním, který má být upravován, pokud jsou takové informace pro předmět plnění (úpravu a rozvoj již existujícího systému) nezbytné, neboť v případě, že tak zadavatel neučiní, nemohou být dodavatelé, kteří s původním systémem nemají žádné zkušenosti schopni nabídku na takový předmět plnění zpracovat a mohou tím být v konkrétním případě zvýhodněni ti dodavatelé, kteří již mají s daným předmětem plnění zkušenosti a mají tedy další informace vyplývající z jejich předchozí participace na původním systému, jehož úprava je předmětem dané veřejné zakázky; takovému stavu sice nelze zabránit, nicméně tím spíše je pak zadavatel povinen zpracovat zadávací podmínky takovým způsobem, aby i ostatním dodavatelům (tedy těm, kteří původní systém neznají) poskytl veškeré informace, kterými disponuje a které jsou nezbytné pro zpracování konkurenceschopné nabídky.
162. K průběhu otevřeného řízení pak Úřad uvádí, že z předložené dokumentace o veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení je zřejmé, že zadavatel v průběhu tohoto zadávacího řízení obdržel několik námitek (jedna z námitek se týkala právě i skutečnosti, co je vlastně předmětem veřejné zakázky, tu však Úřad, jak vyplývá z výše uvedeného, shledal, jako neoprávněnou, neboť předmět veřejné zakázky lze v zadávacích podmínkách identifikovat, pozn. Úřadu) směřujících proti způsobu, jakým zadavatel stanovil technické podmínky veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení.
163. Zadavatel v průběhu otevřeného řízení obdržel postupně námítky od několika dodavatelů, a to od dodavatele SEV Computing, s. r. o., námítky ze dne 4. 3. 2016, od dodavatele Tender systems s. r. o., námítky ze dne 7. 3. 2016 a od navrhovatele námítky ze dne 9. 3. 2016. Zadavatel však svými rozhodnutími o podaných námítkách ani jedněm námítkám nevyhověl.
164. Protože dodavatel Tender systems s. r. o., nesouhlasil s rozhodnutím zadavatele o jeho námítkách, podal dne 26. 3. 2016 k Úřadu návrh na zahájení správního řízení za účelem přezkoumání postupu zadavatele ve veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení. Zahájené správní řízení Úřad výrokem II. usnesení č. j. ÚOHS-S0189/2016/VZ-15423/2016/521/MŽi ze dne

15. 4. 2016 podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť žádost navrhovatele, tj. návrh ze dne 26. 3. 2016, se stala zjevně bezpředmětnou. Důvodem zastavení správního řízení bylo zrušení otevřeného řízení zadavatelem dne 1. 4. 2016, takže přestalo existovat zadávací řízení, v jehož rámci by Úřad mohl uložit opatření k nápravě (viz bod 139. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
165. Protože rovněž navrhovatel nesouhlasil s rozhodnutím zadavatele o jeho námitkách, podal k Úřadu návrh na zahájení správního řízení za účelem přezkoumání postupu zadavatele ve veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení, a to dne 30. 3. 2016. Zahájené správní řízení Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0199/2016/VZ-16261/2016/521/MŽi ze dne 15. 4. 2016 podle § 117a písm. d) zákona zastavil, neboť k návrhu navrhovatele ze dne 30. 3. 2016 nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli (viz bod 140. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
166. Úřad dále obdržel dne 8. 6. 2016 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky jak v otevřeném řízení, tak i při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním.
167. Dne 17. 6. 2016 obdržel Úřad další návrh, a to návrh navrhovatele, kterým se navrhovatel domáhá nařízení zákazu plnění smlouvy, kterou zadavatel uzavřel na realizaci veřejné zakázky zadané v jednacím řízení s uveřejněním.
168. Z obsahu všech výše uvedených námitek a návrhů vyplývá, že směřují proti zadavatelem stanoveným zadávacím podmínkám, které nejsou podle tvrzení výše jmenovaných dodavatelů stanoveny objektivně a jednoznačně, když ze zadávací dokumentace není zřejmé, které požadavky jsou již splněny a které požadavky mají být předmětem veřejné zakázky; stejně tak je namítáno, že zadávací podmínky nejsou dostatečně jednoznačné, aby mohla být na základě nich zpracována konkurenceschopná nabídka. Technické podmínky považují uvedení dodavatelé za neúplné a zmatečné a rovněž za zpracované v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení, v důsledku čehož nebyli schopni zpracovat a podat nabídku v rámci otevřeného řízení. K uvedenému Úřad doplňuje následující skutečnosti.
169. Dodavatel SEV Computing, s. r. o., ve svých námitkách mimo jiné uvedl, že „(...) *Zadávací podmínky, zejména pak technické podmínky, jsou neúplné, nejednoznačné, dodavatelé (včetně Stěžovatele) stojící mimo dosavadní vývoj NENU nemají šanci na základě takového zadání zpracovat relevantní nabídku.*“. Podle jmenovaného dodavatele „(...) *podrobný popis servisních služeb poskytovaných současným dodavatelem je zcela nezbytný k vypracování nabídky a k nacenění služeb. Stěžovatel musí vědět, jakým způsobem se bude vyvíjet spolupráce mezi Stěžovatelem (pokud bude k plnění veřejné zakázky vybrán) a současným dodavatelem. Servisní služby označené jako S1 – S12 Zadavatel v zadávací dokumentaci a v technických podmínkách nepopsal vůbec.*(...)“.
170. Z námitek a z návrhu dodavatele Tender systems s. r. o. mimo jiné vyplývá, že „(...) *spatřuje zásadní porušení zákona v nejednoznačném a zmatečném vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a tudíž nemožnosti Stěžovatele a dalších potencionálních dodavatelů předložit Zadavateli veřejné zakázky kompletní a ucelené nabídky a rovněž jejich ocenění. Stěžovatel tak namítá porušení ustanovení § 6 a § 44 zákona.*“. Zmatečnost vymezení předmětu plnění veřejné zakázky jmenovaný dodavatel dovozuje např. ze zpracování a strukturovanosti zadávacích podmínek, „(...) *a to zejména Přílohy č. 1 Smlouvy s názvem „Požadavky Objednatele na Systém a Služby“, kde se podle jeho názoru prolíná text popisu stávajícího*

stavu a požadavků a podmínek Zadavatele na plnění. Zadavatel se toto pokusil objasnit v odpovědi na dotaz č. 4 a 5 v dodatečných informacích č. 2. (...) Zadavatel na jednu stranu používá popis stávajícího systému IS NEN k ilustraci prostředí IS NEN. Zároveň v dodatečné informaci č. 2 na dotaz č. 4 Zadavatel tento popis stávajícího IS NEN objasňuje uchazečům ve vztahu k požadované plnění předmětu veřejné zakázky - IS NEN I. Není tak zřejmé, kdy je popis stávajícího stavu v Příloze č. 1 Smlouvy přímo aplikovatelný i pro plnění předmětu veřejné zakázky (jako požadavek či podmínka Zadavatele pro IS NEN I) a kdy se jedná pouze o informaci o prostředí IS NEN.“

171. Podle dodavatele Tender systems s. r. o. jsou technické podmínky veřejné zakázky dále vymezené diskriminačním způsobem: *„(...) Zadavatel nemůže obdržet jiné řešení než řešení stávajícího dodavatele/dodavatelů IS NEN. Technické vymezení předmětu veřejné zakázky tak, jak je obsaženo v zadávacích podmínkách je postavené na proprietárním uzavřeném řešení, nástrojích a platformách společnosti TESCO SW (FAMA+ a Crypto ID). Zadavatel a budoucí vybraný uchazeče je tak nepochybně závislý na jednom řešení. Pro řádné zpracování nabídky je nutné znát úroveň těchto proprietárních řešení tohoto konkrétního dodavatele, čehož se snažil Stěžovatel a další potenciální dodavatelé dosáhnout žádostmi o dodatečné informace k zadávacím podmínkám a žádostí o doplnění zadávacích podmínek. Tyto však byly Stěžovateli a ostatním dodavatelům v odpovědích na tyto žádosti odepřeny.“*
172. Navrhovatel ve svých námitkách mimo jiné uvedl, že k nacenění množství práce spojené s realizací díla, potřeboval mimo jiné znát zdrojové kódy, a to např. pro zjištění v jakém programovacím jazyce je dílo napsané, jak je dokumentované, jaká syntaxe je použita. Dále by navrhovatel potřeboval znát, jaké vývojové prostředí je potřeba pro úpravu NEN, jaké licence je potřeba vlastnit. Dále by např. navrhovatel potřeboval znát, jaké jsou k dispozici zdrojové kódy šablon, jak jsou dokumentované, zda-li jsou zpracovány tak, že jdou parametricky modifikovat, nebo se musí psát znovu, atd.
173. Podle námitek navrhovatele *„Zadávací podmínky, zejména pak technické podmínky jsou tedy neúplné a nejednoznačné, dodavatelé (včetně Stěžovatele) stojící mimo dosavadní vývoj NENU nemají nejenom šanci na základě takového zadání zpracovat relevantní nabídku, nemají však šanci zpracovat nabídku jako takovou, včetně nabídkového prototypu.“*
174. K tomu Úřad uvádí, že z dokumentace o veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení, konkrétně pak z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 3. 2016 vyplývá, že zadavatel obdržel v otevřeném řízení ve stanovené lhůtě pouze jednu nabídku, a to nabídku vybraného uchazeče.
175. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem získal Úřad pochybnosti o zákonnosti nastavení požadavků obsažených v zadávací dokumentaci jednacím řízení s uveřejněním, neboť ta zůstala v jednacím řízení s uveřejněním nezměněna oproti zadávací dokumentaci použité zadavatelem v otevřeném řízení. Úřad tak získal zejména pochybnosti o zákonném nastavení technických podmínek a požadavků zadavatele na předmět plnění.
176. Protože Úřad nedisponuje kompletními odbornými znalostmi nutnými k posouzení technických podmínek, ustanovil podle § 56 správního řádu znalce k vypracování písemného znaleckého posudku, a to v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0453/2016/VZ.

177. K uvedenému Úřad dodává, že jak vyplývá z žádostí o poskytnutí dodatečných informací, potenciální dodavatelé v nich mimo jiné požadovali, aby jim zadavatel sdělil informace týkající se zdrojových kódů, šablon a vývojového prostředí původního systému NEN nebo informace vztahující se ke službám podpory provozu, které poskytuje zadavateli stávající provozovatel systému NEN, popř. požadovali, aby zadavatel poskytl konkrétnější informace k vytvoření nabídkového prototypu atd. Ze zadavatelem poskytnutých dodatečných informací je však zřejmé, že zadavatel požadované informace potenciálním dodavatelům neposkytl, neboť je nepovažoval za údaje, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky. Z uvedeného důvodu Úřad položil znalci otázky týkající se uvedených skutečností.

Zdrojové kódy, vývojové prostředí NEN, šablony

178. Potenciální dodavatelé požadovali po zadavateli informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách původního systému NEN, neboť tvrdili, že jsou takové informace v případě rozvoje původního systému nezbytné; zadavatel naopak tvrdil, že tyto informace nejsou pro zpracování nabídky nezbytné a budou poskytnuty až vybranému uchazeči. K uvedenému Úřad dodává, že zadavatel v rámci 2. dodatečných informací poskytnutých dne 19. 2. 2016 v odpovědi na otázku č. 1 „*Zadávací dokumentace, jakož ani příloha č. 2 zadávací dokumentace – návrh smlouvy, nedefinuje, jak a kdy budou uchazeči předány zdrojové kódy stávajícího systému NEN. Prosíme tedy o předání kompletních zdrojových kódů IS NEN ve lhůtě pro podání nabídky.*“ uchazečům sdělil, že „*Zdrojové kódy budou předány zhotoviteli po podpisu Smlouvy.*“. Úřad tedy znalci položil otázku č. 2, zda „*Jsou technické informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí stávajícího systému nezbytné pro získání reálného přehledu o náročnosti poptávaného plnění?*“.

179. Z předloženého znaleckého posudku Úřad zjistil následující skutečnosti.

180. Aby si mohli potenciální dodavatelé učinit představu o náročnosti předmětu plnění v detailu nezbytném pro jeho realizaci a pro jeho nacenění, musí mít podle odpovědi znalce na otázku č. 1 (viz bod 50. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) „*(...) k dispozici všechny relevantní informace a podklady*“. V šetřené veřejné zakázce však zadavatel podle znalce „*(...) neuveřejnil všechny potřebné informace a podklady. Jedná se například o:*

- *informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí stávajícího systému (dále otázka č. 2 posudku),*
- *rozsah a obsah služeb podpory provozu (dále otázka č. 5 posudku)*
- *dokumentace TS NEN v3.2 – V rámci návrhu realizace Zadavatel poptává aktualizaci technické specifikace (odstavec 5.3.1 návrhu Smlouvy). Pro nacenění úpravy dokumentace, ale také samotného předmětu plnění, je nezbytné uveřejnit kompletní znění TS NEN v3.2.*“.

181. Podle odpovědi znalce na otázku č. 2 (viz bod 53. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jsou „*(...) informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách a technickém prostředí nezbytné pro získání reálného přehledu o náročnosti poptávaného plnění.*“, neboť „*(...) zdrojové kódy jsou základní pilíř implementace každého informačního systému. Informační systémy jsou tvořeny proměnnými parametry, vzorci, výrazy, funkcemi, pravidly, atd., které jsou slučovány do vyšších celků a to do funkcí, procedur, komponent, submodulů, modulů, subsystémů či programů. To vše lze označit za zdrojový kód, jehož interpretace či interpretace strojového kódu, získaného kompilací zdrojového kódu, na produkčním prostředí zajišťuje*

správnou uživatelskou funkci softwarového řešení. (...) Uchazeč v případě rozvoje systému musí získat přehled o tom, jak je daný software naprogramovaný a dokumentovaný, aby posoudil, jak lze daný SW rozšiřovat a zda je možné použít již implementované funkce pro implementaci požadavků zadavatele, či je nutné vybrané funkce nově naprogramovat. (...) Nastudováním zdrojového kódu může uchazeč tudíž dospět k závěru, že některé části systému NEN jsou obtížně rozšiřitelné a bude výhodnější, či dokonce nutné, určité části vytvořit znovu, což má dopad na pracnost, a tím i na cenu plnění veřejné zakázky.“

182. Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že dle znalce informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách jsou zcela nezbytné pro to, aby si uchazeči udělali základní představu o tom, jak je daný program, v šetřeném případě stávající IS NEN vytvořen, na základě jakého programovacího jazyka je naprogramovaný, jaké obsahuje parametry, vzorce, funkce, atd., aby následně byli schopni posoudit, zda některé části stávajícího IS NEN lze rozšířit, resp. upravit původní zdrojové kódy, či zda bude vhodnější určité části vytvořit zcela znovu. S uvedeným názorem znalce se Úřad po posouzení dalších důkazů, jež jsou podklady pro vydání rozhodnutí, zejména zadávacích podmínek, ztotožňuje a v posuzované věci konstatuje, že vzhledem k vymezenému předmětu plnění, který spočívá v jakési „nástavbě“ stávajícího systému NEN, je nezbytné, aby všichni dodavatelé působící na relevantním trhu disponovali co největším množstvím informací, a to včetně informací ke stávajícímu systému NEN. Je zřejmé, že vzhledem k tomu, že nově pořizované plnění má být propojeno s původním systémem, je potřeba, aby dodavatelé znali základní „principy“, na kterých funguje původní, nyní rozšiřovaný systém.
183. Jak vyplývá z přílohy č. 1 návrhu smlouvy, části 3 „Požadavky na systém“ zadavatel požadoval, že *„Systém NEN I. musí být plně v souladu s níže uvedenými požadavky. Popis naplnění jednotlivých požadavků ve struktuře dle kapitoly 5 bude předmětem Návrhu realizace. Dodavatel využije stávajících produktů využitých v IS NEN.“*. Dále i z čl. 3.1 přílohy č. 1 návrhu smlouvy vyplývá, že *„V rámci dodání Systému je Uchazeč povinen využít pouze produkty využívané v NEN (uvedené v odst. 2.5) a vycházet ze stávající architektury NEN popsané v kapitole 2 této přílohy.(...)“*.
184. Jestliže zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval, aby uchazeči k realizaci předmětu veřejné zakázky využili stávajících produktů, Úřad v tomto ohledu akcentuje, že je zřejmé, že dodavatelé k vytvoření navazujícího systému potřebují znát v podrobnostech i systém původní, tím spíše tedy v situaci, kdy zadavatel výslovně požaduje využití stávající architektury původního systému NEN. Pokud však bez znalosti zdrojových kódů, vývojového prostředí a šablon nelze kvalifikovaně poznat, jakým způsobem stávající IS NEN pracuje, pak si ani nelze učinit jasnou představu o tom, jakým způsobem by měl být stávající IS NEN přepracován do podoby odpovídající novému zákonu o zadávání veřejných zakázek.
185. Zadavatel ve vyjádření ze dne 26. 10. 2016 uvedl, že uchazeči mohli využít pro plnění veřejné zakázky jiné technické řešení, pokud nedisponovali dostatečnou znalostí daných technologií (jak vyplývá z kontextu vyjádření zadavatele, danými technologiemi jsou v tomto případě myšleny technologie, na základě kterých funguje současný systém NEN, pozn. Úřadu). Takové vyjádření zadavatele však logicky směřuje k závěru, že zadavatel tím potvrdil, že někteří potenciální dodavatelé nemusí disponovat dostatečnou znalostí daných technologií a v tomto případě jsou tedy oprávněni použít i jiného řešení. Nicméně skutečnost, že dodavatelé jsou obecně oprávněni využít pro plnění veřejné zakázky i jiných kvalitativně

a technicky obdobných řešení vyplývá z ustanovení § 44 odst. 11 zákona a možnost využít kvalitativně a technicky obdobných řešení tedy plyne přímo ze zákona a zadavatel tím pouze splnil, co mu zákon ukládá. Skutečnost, že jsou dodavatelé oprávněni použít i jiných technických řešení však zadavatele nijak nezavazuje jeho povinnosti komplexně popsat a uvést veškeré informace nezbytné pro vytvoření technického řešení primárně požadovaného zadavatelem, v tomto případě tedy veškeré informace nezbytné pro vytvoření technického řešení vycházejícího z původní architektury systému NEN. Zadavatel je povinen v zadávacích podmínkách uvést všechny podstatné informace, aby uchazeči mohli využít všech možných technických řešení, která by bylo možné při tvorbě předmětu veřejné zakázky aplikovat. Bez jejich znalosti by reálně měli dodavatelé vytvořit „update“ systému tzv. na zelené louce, což však nebylo slučitelné s předmětem veřejné zakázky. Lze konstatovat, že situace, kdy by uchazeči neměli dostatečnou znalost „daných technologií“ vůbec nemůže, v případě, že má zadavatel povinnost stanovit transparentní zadávací podmínky a ty formulovat jasným a přehledným způsobem tak, aby obsahovaly veškeré informace nezbytné ke zpracování nabídky, nastat. Sám zadavatel tedy tímto svým vyjádřením de facto potvrdil, že jím stanovené zadávací podmínky neobsahují dostatečné informace o „daných technologiích“, tedy neobsahují dostatečné informace o původním systému, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky, když uvedl, že v takovém případě mohou uchazeči použít jiná obdobná technická řešení. Zadavatel je však povinen v rámci zadávacích podmínek poskytnout veškeré informace, aby se pak uchazeči mohli sami rozhodnout, která z možných technických řešení využijí. Nelze však připustit, aby zadavatel neuvedl informace, které jsou nezbytné pro možnost nabídnout zadavateli technické řešení zadavatelem primárně požadované, tedy řešení založené na technologiích původního systému. Jelikož se jedná o rozvoj systému, je zřejmé, že dodavatel, který je současným provozovatelem systému pak tyto informace znát bude, což pak v souladu s dodržením zásady zákazu diskriminace vede k povinnosti zadavatele takové informace poskytnout i ostatním dodavatelům, aby byli schopni provést kvalifikovanou úvahu a rozhodnout se, která z technických řešení chtějí pro plnění předmětu veřejné zakázky využít. Potenciální dodavatelé musí být schopni posoudit ekonomickou, finanční, technologickou, popř. i jinou stránku těchto řešení a na základě toho se pak rozhodnout, které technické řešení pro vytvoření předmětu plnění zvolí, přičemž bez vstupních informací o „daných technologiích“, tedy o architektuře původního systému NEN, jak vyplývá z výše uvedeného, minimálně tedy bez informací o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách nelze takové posouzení provést. Jestliže tedy zadavatel neposkytne všechny informace, resp. informace nezbytné pro zpracování nabídky, kterými disponuje původní provozovatel systému, lze takto zpracované zadávací podmínky považovat nejen za netransparentní, ale i za diskriminační, neboť diskriminují dodavatele, kteří na původním systému žádným způsobem neparticipovali a nemají tedy stejné vstupní informace (informace nezbytné pro zpracování nabídky) jako původní dodavatel. Jestliže nejsou uchazečům poskytnuty údaje o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách, které jsou základem každého informačního systému, a je zadavatelem stanovena povinnost rozvoje tohoto informačního systému, pak je zřejmé, že bez znalosti těchto prvků daného systému nelze předmět šetřené veřejné zakázky realizovat, neboť zadavatel v zadávací dokumentaci neposkytl všechny údaje nezbytné pro zpracování nabídek.

186. K argumentu vybraného uchazeče, že zdrojové kódy nelze zveřejnit s ohledem na jejich autorskoprávní ochranu, Úřad uvádí, že v případě, že tomu tak skutečně je (ač zadavatel sám, který by si takového limitu měl být vědom především, takový argument v průběhu správního řízení nevznesl), měl zadavatel učinit jiná opatření, aby potenciálním dodavatelům mohl poskytnout veškeré relevantní informace nutné k vypracování nabídky. Zákon, je-li tento argument pravdivý, dává celou řadu možností, jak toto do zadávacích podmínek zapracovat. Zadavatel mohl buď zveřejnit pouze některé zdrojové kódy, u nichž je uveřejnění možné, popř. mohl informace obsažené ve zdrojových kódech popsat jiným způsobem; tedy jestliže dodavatelé prostřednictvím zdrojového kódu získávají informace o tom, jak je daný software naprogramovaný a dokumentovaný, měl zadavatel takové informace poskytnout alespoň v tom rozsahu, který je možný, popř. měl zadavatel uvést informace o možné rozšiřitelnosti jednotlivých komponent systému, atd. Toto je však na zadavateli a ten netvrdil, že by této ochrany požívaly a nijak to ostatně ani do zadávacích podmínek nevtělil.
187. K uvedenému Úřad dodává, že zadavatel ve vyjádření ze dne 26. 10. 2016 dále uvedl, že zadávací podmínky veřejné zakázky stanovil v souladu se zákonem, což potvrzuje posudek zpracovaný společností GTV. Úřad k tomu uvádí, že ve znaleckém posudku společnosti GTV je obecně uveden závěr, že *„Zadavatel stanovil zadávací podmínky v dostatečné míře pro zpracování nabídek tak, aby nabídky neobsahovaly různá řešení a byly mezi sebou porovnatelné (byly hodnotitelné).“* (viz *„Druhá část – Podrobnost zadávacích podmínek“* znaleckého posudku společnosti GTV).
188. Z předmětné části posudku společnosti GTV však explicitně taktéž vyplývá *„Jaké informační vstupy musí zadavatel poskytnout dodavatelům, aby byli schopni nacenit a podat tak nabídku (...)“*, přičemž mezi tyto vstupy následně mimo jiné společnost GTV uvádí i *„(...) výčet šablon, nápovědy a dokumentace (...)“*. Z právě uvedeného je tedy zřejmé, že i znalecký posudek, který si nechal zpracovat zadavatel, obsahuje závěr, že minimálně výčet šablon je pro zpracování nabídky nezbytný, což potvrzuje jak závěry znaleckého posudku, který si nechal zpracovat Úřad, tak shora uvedené závěry Úřadu.
189. Z výše uvedeného vyplývá, že uchazeči si nebyli na základě zadavatelem poskytnutých zadávacích podmínek schopni učinit kvalifikovanou představu o tom, jakým způsobem lze předmět plnění veřejné zakázky vytvořit a jak tudíž mají vypracovat nabídku a předmět veřejné zakázky nacenit, když jim nebyly poskytnuty informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách původního systému NEN.
190. Na základě všech uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel nezpracoval zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť ta neobsahovala informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách, které jsou základem stávajícího systému NEN, a bez jejichž znalosti nelze stávající systém NEN změnit. Uchazeči po seznámení se s obsahem zadávací dokumentace tak nebyli schopni zpracovat své nabídky. Uchazečům tak bylo znemožněno zpracovat nabídku tak, aby odpovídala předmětu plnění veřejné zakázky v rámci zadávacího řízení, přičemž byl tímto postupem zadavatele zároveň zvýhodněn dodavatel, který původní systém NEN znal, resp. ho provozoval, popř. jinak spravoval.

Služby spojené s podporou provozu předmětu veřejné zakázky

191. Dále Úřad uvádí, že součástí předmětu plnění veřejné zakázky je i poskytnutí služeb podpory provozu systému a služeb rozvoje systému, přičemž uchazeč má garantovat a poskytovat služby na celý systém NEN I, který má být rozvojem stávajícího IS NEN; zároveň jsou uchazeči povinni všechny poskytované služby nacenit (viz bod 7. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace).
192. Podle čl. 6.2 „Definice služeb“ přílohy č. 1 návrhu smlouvy *„Katalog služeb obsahuje Katalogové listy a specifikuje služby Uchazeče a činnosti (tzv. komponenty služeb), které vykonává v rámci jednotlivých služeb. Katalog služeb obsahuje základní minimální výčet parametrů jednotlivých služeb. Předpokládá se, že Katalog služeb bude dále rozpracován v rámci implementačních fází projektu, kde budou rovněž detailně specifikovány související procesy řízení a poskytování služeb.“*
193. V dodatečných informacích č. 4. 5 a 6 ze dne 23. 2. 2016 zadavatel na otázku č. 17 *„Zájemce žádá o poskytnutí katalogu služeb.“* odpověděl, že *„Katalog služeb je definován v odstavci 6.2 přílohy č. 1 Smlouvy a tvoří jej jeden katalogový list popisující požadovaný rozsah služby „S13_Provozní podpora NEN I“ (viz pododstavec 6.2.1 přílohy č. 1 Smlouvy). Služby S1 až S12 zajišťuje stávající provozovatel IS NEN. Služba S13 je v pododstavci 6.2.1 popsána v rozsahu, který zadavatel požaduje.“*
194. Zadavatel dále v dodatečných informacích č. 4. 5 a 6 ze dne 23. 2. 2016 odpověděl na otázku č. 18 *„Zájemce žádá zadavatele, aby specifikoval smluvní rozsah servisních služeb, které jsou aktuálně poskytovány provozovatelem NEN.“* tak, že zájemci sdělil, že *„(...) stávající provozovatel IS NEN poskytuje pro zajištění podpory IS NEN služby označené jako S1 až S12. Podrobný popis služeb je zbytečný pro zpracování nabídky Uchazeče.“*
195. Z uvedených skutečností je zřejmé, že vybraný uchazeč má podle zadavatele poskytovat v rámci systému NEN I služby podpory označené jako S13. Služby, které zadavatel označil jako S1 až S12, poskytuje stávající poskytovatel systému NEN. Zadavatel se domnívá, že není nutné, aby uchazeči znali rozsah služeb S1 až S12, které poskytuje stávající provozovatel NEN.
196. K uvedenému Úřad dodává, že z odpovědi znalce na otázku č. 5 (viz bod 61. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) *„Součástí předmětu plnění je i poskytnutí služeb podpory provozu Systému a služeb rozvoje Systému. Lze ze zadávacích podmínek zjistit, jaké služby podpory a provozu budou s předmětným Systémem spojeny? Je pro zpracování nabídky nezbytná znalost rozsahu a obsahu služeb S1 – S12?“* vyplývá, že *„(...) ze zadávacích podmínek není zřejmý přesný rozsah služeb, který bude vítězný uchazeč plnit, a to především ve vztahu k současnému IS NEN. Znalec konstatuje, že ze zadávacích podmínek si nelze udělat jasnou představu, jaké riziko, spojené s převzetím servisu, na sebe uchazeč přebírá a za jaké služby uchazeč zodpovídá, neboť činnosti uvedené u služby S13 jsou patrně v současné době zajištěny současným Provozovatelem u systému NEN v rámci služeb S1 - S12 (viz odpověď na dodatečné informace 4.,5. a 6.). Dále znalec konstatuje, že k nacenění předmětu smlouvy v oblasti služeb je proto pro vyloučení nejasností nutné zveřejnit rozsah a obsah služeb S1 - S12. Služby se budou patrně v několika oblastech protínat, a proto znalec podotýká, že dále je nutné uveřejnit další informace mimo obsahu služeb S1 - S12, a to například detailní popis*

řešení odpovědností mezi stávajícím Provozovatelem NEN a vítězným uchazečem NEN I za jednotlivé části spojené s poskytováním služeb.“

197. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel dodavatelům sdělil, že služby, které bude dodavatel v rámci provozu a rozvoje systému NEN I poskytovat, jsou označeny jako služby S13, přičemž obsah takových služeb je popsán v odstavci 6.2 přílohy č. 1 závazného návrhu smlouvy, v pododstavci 6.2.1, a to v rozsahu, který zadavatel požaduje (viz bod 193. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle vyjádření zadavatele tudíž znalost služeb, které poskytuje současný provozovatel systému (služby S1 až S12), není pro potenciální dodavatele nezbytná.
198. Podle Úřadu si však dost dobře nelze představit, jakým způsobem bude probíhat provozní podpora systému NEN I za situace, kdy stávající provozovatel NEN bude po určitou dobu nadále poskytovat služby podpory původního systému NEN (tedy služby S1 až S12), přičemž však v rámci předmětu realizace této šetřené veřejné zakázky dojde ke změně systému NEN vybraným uchazečem a vybraný uchazeč bude poskytovat služby týkající se podpory nového systému NEN I, ale zároveň stávající provozovatel NEN bude nadále poskytovat služby podpory, a to stávajícího systému NEN.
199. Pokud dojde ke změně systému NEN, pak logicky dojde i ke změně původních služeb podpory, neboť stávající systém NEN bude změněn, rozšířen a vznikne systém NEN I. Je tak velice pravděpodobné, že určité služby podpory, které poskytuje stávající provozovatel NEN, mohou být změnou systému NEN vyloučeny, či se určité služby podpory po změně systému NEN mohou v určitých oblastech protínat (což potvrdil i znalec, viz bod 196. odůvodnění tohoto rozhodnutí) se službami podpory NEN I, které má poskytovat vybraný uchazeč. Zároveň ze zadávacích podmínek ani nevyplývá, kdo a za jaké služby, v případě, že se určité služby budou navzájem protínat, bude odpovídat. Úřad po pečlivém posouzení všech podkladů pro vydání rozhodnutí, zejména zadávacích podmínek a závěrů znalce, jenž konstatoval, že „(...) *ze zadávacích podmínek si nelze udělat jasnou představu, jaké riziko, spojené s převzetím servisu, na sebe uchazeč přebírá a za jaké služby uchazeč zodpovídá, neboť činnosti uvedené u služby S13 jsou patrně v současné době zajištěny současným Provozovatelem u systému NEN v rámci služeb S1 - S12 (viz odpověď na dodatečné informace 4.,5. a 6.). (...) k nacenění předmětu smlouvy v oblasti služeb je proto pro vyloučení nejasností nutné zveřejnit rozsah a obsah služeb S1 - S12. Služby se budou patrně v několika oblastech protínat, a proto znalec podotýká, že dále je nutné uveřejnit další informace mimo obsahu služeb S1 - S12, a to například detailní popis řešení odpovědností mezi stávajícím Provozovatelem NEN a vítězným uchazečem NEN I za jednotlivé části spojené s poskytováním služeb. (...)*“, dospěl k následujícím závěrům.
200. Na tomto místě Úřad považuje za vhodné akcentovat, že shora uvedené otázky položené znalci byly ryze otázkami odbornými, o nichž si Úřad sám nemohl ze zákona učinit úsudek. Skutečnost, že jde o otázku odbornou, kterou nelze zodpovědět bez specifických odborných znalostí, vyplývá nejen ze složitosti předmětné „IT“ - problematiky, ale dále též z toho, že v průběhu řízení o návrzích byly Úřadu účastníky řízení předkládány listiny, ve kterých jsou řešeny výlučně odborné otázky. Úřad, který je ústředním orgánem státní správy pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezení a dohledovým orgánem bdícím nad řádností postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a který tudíž není ze zákona orgánem specializujícím se na technickou stránku - „IT“ – problematiku, při svém rozhodování musel vyjít ze spolehlivě zjištěného stavu věci, včetně

ozřejmění výše nastolených technických odborných otázek. Smysl vyžádání znaleckého posudku, jakožto expertního vyjádření nestranného odborníka, tkví v zodpovězení odborné otázky, k jejímuž posouzení není správní orgán bez takového skutkového zjištění dostatečně kompetentní. Úřad zjišťoval prostřednictvím znaleckého zkoumání odbornou skutečnost z důvodu zjištění a objasnění skutkového stavu v souladu se zásadou materiální pravdy a v rozsahu, který je nezbytný pro rozhodnutí o věci.

201. Nejvyšší správní soud opakovaně ve své rozhodovací praxi (srov. např. rozsudek ze dne 12. 5. 2010, č. j. 1 Afs 71/2009 – 113) uvedl, že znalci se ve správním nebo soudním řízení přibírají k tomu, aby jednak pozorovali skutečnosti, jejichž poznání předpokládá zvláštní odborné znalosti, jednak z takovýchto pozorování vyvozovali znalecké úsudky (posudky). Znalci se však nepřibírají, aby sdělovali úřadu nebo soudu své názory a úsudky o otázkách rázu právního nebo o otázkách, k jejichž správnému porozumění a řešení není zapotřebí odborných vědomostí nebo znalostí, nýbrž stačí, s ohledem na povahu okolností případu, běžná „soudcovská“ zkušenost a znalost.
202. Ač tedy Úřad povolal k zodpovězení konkrétních otázek technického charakteru znalce, přistoupil po jejich zodpovězení k pečlivému hodnocení všech důkazů (tzn. nejen předmětného posudku) ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po provedení tohoto hodnocení důkazů vyvodil závěry, které pochopitelně vždy některý z účastníků řízení, (jež mají protichůdné zájmy), bude zpochybňovat. Úřad však vždy podrobně vyložil své úvahy, jimiž byl při hodnocení těchto důkazů veden. Nejvyšší správní soud ve svých rozhodnutích pravidelně zdůrazňuje, že i při hodnocení důkazů jako jsou zprávy o výsledku zkoušek vydané státními akreditovanými laboratořemi a znalecké posudky či zprávy odborných pracovišť, platí zásada volného hodnocení důkazů, takže žádný z těchto důkazů není dopředu nadán větší důkazní silou a jejich správnost a věrohodnost je nutno pečlivě hodnotit. Dokazování znaleckým posudkem provádí správní orgán tehdy, kdy jeho rozhodnutí závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají, a jestliže odborné posouzení skutečností nelze opatřit od jiného správního orgánu. Ze znaleckého posudku musí být zřejmé, z jakých skutečností znalec vycházel a na základě jakých postupů ke svým zjištěním dospěl. Dále musí znalec své závěry náležitě odůvodnit v souladu s pravidly logického myšlení. Za splnění těchto požadavků je znalecký posudek srozumitelný jak správnímu orgánu, tak účastníkům řízení. Správní orgán dále posuzuje, zda nejsou dány žádné jiné skutečnosti nebo důkazy, kterými by správnost závěrů posudku mohla být zpochybněna. Toto hodnocení je správní orgán nepochybně oprávněn provést bez toho, že by disponoval odbornými znalostmi. V případě, kdy by úřední osoba měla odborné znalosti, nemělo by navíc vypracování znaleckého posudku žádný význam (viz např. rozhodnutí ze dne 1. 2. 2012, č. j. 3 As 22/2011 – 66).
203. Z výše uvedeného plyne, že znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, neboť ani on nepožívá žádné větší důkazní síly a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti (k tomu viz dále). Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ponechávat bez povšimnutí věcnou správnost znaleckého posudku, slepě důvěřovat závěrům znalce, by znamenalo ve svých důsledcích

popřít zásadu volného hodnocení důkazů soudem (tyto závěry lze vztáhnout bezvýjimečně též na hodnocení důkazů správním orgánem) podle svého vnitřního přesvědčení, privilegiovat znalecký důkaz a přenášet odpovědnost za skutkovou správnost soudního rozhodování na znalce; takový postup nelze ze správněprávních ani z ústavněprávních hledisek akceptovat (blíže viz nálezy Ústavního soudu České republiky sp. zn. III. ÚS 299/06).

204. Posudek, který splňuje požadavek úplnosti a přesvědčivosti a který se vypořádává se všemi rozhodujícími skutečnostmi, bývá zpravidla rozhodujícím důkazem pro posouzení správnosti a zákonnosti přezkoumávaného rozhodnutí. Stále je však mít třeba na paměti, že znalci se vyjadřují k předmětným odborným otázkám, o nichž si správní orgán nemůže učinit úsudek sám, avšak právní hodnocení a závěry v uvedené věci činí právě Úřad. Je tedy na správním orgánu, aby se vypořádal s tím, který a z jakých důvodů z případně protichůdných odborných skutkových závěrů vyjde. Nejde o vyslovování správnosti nebo nesprávnosti odborných stanovisek, ale o hodnocení znaleckého posudku s ostatními důkazy a v řízení zjištěnými skutečnostmi (§ 50 odst. 4 správního řádu). Tím je rovněž zamezeno, aby docházelo k přenášení odpovědnosti za správnost rozhodování na znalce, neboť ten toto činit nemůže a jakákoli případná výtky na takového znalce by byla nepřiléhavá, neboť – jak cizeloval též Ústavní soud (viz např. usnesení sp. zn. III. ÚS 2245/10 ze dne 16. 9. 2010), hlavním úkolem znalců je provádění znalecké činnosti v řízení před státními orgány, jakož i v souvislosti s právními úkony občanů nebo organizací. V soudním řízení je znalec osobou, která prostřednictvím svých odborných znalostí posuzuje skutečnosti, které mu byly soudem k posouzení určeny, a ve znaleckém posudku sděluje výsledek tohoto posouzení. Znalecké posudky pak slouží jen jako jeden z mnoha (byť zde je nutné doplnit „významných“) důkazů v řízení před soudy a jinými státními orgány, přičemž teprve po jejich zhodnocení ve vzájemných souvislostech s dalšími najevo vyšlými okolnostmi lze vyvodit na jeho základě závěr o jeho použitelnosti jako podkladu pro rozhodnutí.
205. Existence rozdílných tvrzení a důkazů je typickou a nedílnou součástí řízení už jen z toho důvodu, že jsou navrhovány účastníky řízení, jejichž zájem na výsledku rozhodnutí je opačný. V souladu se zásadou volného hodnocení důkazů pak rozhodující orgán posuzuje dostupné důkazy každý zvlášť a ve vzájemné souvislosti a z těchto zjištění činí závěr. Úřad považuje za vhodné na tomto místě uvést, že použití zásady *in dubio pro reo* přichází v úvahu pouze a jen tehdy, má-li i po zhodnocení všech důkazů (včetně jejich váhy, věrohodnosti atd.) rozhodující orgán pochybnosti o tom, zda byl skutkový stav dostatečně zjištěn, případně o tom, jak rozhodnout, což však není tento případ.
206. Úřad veden shora uvedenými premisami proto následně přistoupil k hodnocení důkazů.
207. Zcela zásadním se u znaleckého posudku jeví posouzení jeho důkazního významu (relevance). Je třeba zdůraznit, že primárním předpokladem pro využitelnost znaleckého posudku jako podkladu pro rozhodnutí je hodnocení jeho důkazního významu (relevance), při němž se posuzuje, zda z obsahu znaleckého posudku lze vůbec vyvodit nějaké poznatky o předmětu dokazování a jaké to jsou poznatky, čili - jak expertiza přispívá ke zjištění skutkového stavu v dané věci. Hodnocení důkazního významu znaleckého posudku nevykazuje žádné podstatné odlišnosti od hodnocení jiných důkazů, přičemž tímto hodnocením správní orgán hodnotí faktickou využitelnost odborných závěrů pro daný případ, což ničeho nevyovídá o správnosti či nesprávnosti závěrů ve znaleckém posudku uvedených.

208. Úřad při hodnocení důkazního významu znaleckého posudku znalce dospěl k závěru, že – aniž by se zabýval hodnocením odborné správnosti znaleckého zkoumání - z jeho obsahu lze s ohledem na posuzovaný případ vyvodit relevantní poznatky o předmětu dokazování. Znalec při přípravě znaleckého zkoumání vyšel ze všech relevantních skutečností. O tom svědčí i množství listin, jež si vyžádal, pečlivě hodnotil a vycházel ze zadávacích podmínek.
209. K tomu Úřad nad rámec uvádí, že je třeba u znaleckých posudků hodnotit, zda znalec své závěry (jejichž správnost Úřad neposuzuje, neboť nemůže /neumí/ sám nahradit odborné závěry znalce svými laickými názory) odůvodnil tak, aby byly transparentní a srozumitelné jak správnímu orgánu, tak účastníkům řízení. Transparentnost znaleckého posudku, jinými slovy řečeno, jeho srozumitelnost a úplnost i pro laiky, je významným aspektem. Znalecký posudek má specifickou funkci, poněvadž má zprostředkovat odborné poznatky nikoli odborníkům z oboru (v daném případě IT specialistům), nýbrž správnímu orgánu zabývajícím se dohledem nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a též procesním stranám. Tyto subjekty musí mít reálnou možnost se plnohodnotně zapojit do procesu dokazování a do hodnocení důkazů, což samozřejmě předpokládá, že jsou pro něj srozumitelné. Není-li tato podmínka splněna, nebyly by ze strany správního orgánu dodrženy podmínky spravedlivého procesu. V posuzovaném případě znalecký posudek znalce, zpracovaný s příslušnou odborností, obsahuje v závěrečné posudkové části jednoznačný závěr při zodpovídání vybraných položených otázek. V některých otázkách však závěry absentovaly, a proto Úřad k jejich jednoznačnému posouzení znalce vyzval.
210. Pro to, aby bylo možné zpracovat nabídku, měly by být součástí zadávací dokumentace rovněž alespoň rámcové informace týkající se služeb označených zadavatelem jako S1 až S12, které poskytuje stávající provozovatel NEN. Současně by zadávací dokumentace měla obsahovat i informace o vztahu mezi stávajícím provozovatelem NEN a vybraným uchazečem, tedy jakým způsobem bude mezi nimi probíhat komunikace ohledně poskytování služeb podpory, které se budou prolínat, a kdo bude mít odpovědnost za řešení takto vzniklých situací. V případě, že může nastat situace, že se budou určité služby prolínat, přičemž tuto skutečnost potvrdil znalec a dle názoru Úřadu vyplývá i z logiky věci, tedy ze skutečnosti, že původní systém bude nahrazen, rozšířen systémem novým; v takovém případě musí mít dodavatelé informace i o službách S1 až S12, tedy o službách, které se vztahují k původnímu systému NEN, neboť ten má být upravován a měněn v rámci šetřené veřejné zakázky, přičemž jestliže je předmětem veřejné zakázky skutečně úprava původního systému, nikoliv vytvoření systému nového, pak původní NEN se stane součástí NEN I, a služby, které se vztahovaly k původnímu NEN budou bezpochyby souviset i s novým NEN I, přičemž pokud zadavatel počítá s tím, že vůči původnímu NEN bude zadavatelem požadované služby po určitou dobu poskytovat původní dodavatel NEN, pak je nezbytné minimálně stanovit, jakým způsobem bude řešena odpovědnost za poskytování protínajících se služeb, o jaké konkrétní služby se může jednat, jak bude probíhat spolupráce při poskytování těchto služeb a jaké povinnosti z toho budou dodavatelům vyplývat. V čl. 6.2 „Definice služeb“ přílohy č. 1 návrhu smlouvy totiž zadavatel zároveň uvedl „(...) *Předpokládá se, že Katalog služeb bude dále rozpracován v rámci implementačních fází projektu, kde budou rovněž detailně specifikovány související procesy řízení a poskytování služeb.*“. Z právě uvedeného tedy plyne, že i sám zadavatel si je vědom toho, že k určitým změnám v rámci poskytovaných služeb bude pravděpodobně docházet, přičemž pokud by uchazečům poskytl seznam služeb, poskytovaných v rámci původního NEN (služeb S1 až S12), byli by schopni

udělat si jasnější představu o tom, jaké další služby mohou následně v rámci předmětu plnění nastat, popř. jakým způsobem bude probíhat v této oblasti komunikace s původním provozovatelem NEN a tyto skutečnosti by pak potenciální dodavatel mohl zohlednit v podané nabídce. V případě, že potenciální dodavatelé nemají kompletní informace o tom, za jaké služby budou ve skutečnosti odpovídat, nelze v této části kvalifikovaně zpracovat a nacenit nabídku. Jelikož právě i služby podpory provozu systému jsou součástí předmětu plnění a musí být tedy uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku řádně naceněny, potřebují uchazeči znát informace o těchto službách, přičemž jestliže zadavatel neposkytne informace o službách S1 až S12, které jsou poskytovány v rámci původního NEN, a které se tedy stanou součástí, resp. budou se částečně prolínat i do nově vytvořeného NEN I, nelze si bez jejich znalosti udělat komplexní představu o těchto službách a v této části kvalifikovaně nacenit nabídku.

211. Na základě uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadávací dokumentace neobsahuje ani v části upravující služby podpory a provozu systému dostatečně přesné, jasné a srozumitelné informace, na základě kterých by bylo možné zpracovat nabídku.

Prototyp

212. Úřad dále k šetřené problematice uvádí, že z čl. 10. „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel zvolil pro hodnocení nabídek kritérium ekonomická výhodnost nabídek, přičemž stanovil, že kromě subkritéria „Celková výše nabídkové ceny v Kč s DPH“, bude hodnotit i subkritérium „Kvalita nabídkového prototypu“, u kterého stanovil celkem 13 hodnotících subkritérií.
213. V příloze č. 6 „Specifikace nabídkového prototypu a způsob jeho hodnocení“ zadávací dokumentace, v části „Úvod“ zadavatel uvedl, že tato „(...) příloha stanovuje požadavky na zpracování nabídkového prototypu, způsoby jeho hodnocení a je konkretizací čl. 10 zadávací dokumentace a v něm obsaženého způsobu hodnocení subkritéria ekonomické výhodnosti nabídky, kterým je subkritérium **B – Kvalita nabídkového prototypu s celkovou vahou hodnocení subkritéria 40%.**“.
214. Dále zadavatel v čl. 1.1. „Shoda a podoba nabídkového prototypu a výsledného řešení předmětu plnění veřejné zakázky“ citované přílohy č. 6 uvedl, že „*Logika, architektura, design Systému, užívání jednotlivých modulů a jednotlivé postupy zpracování procesů prototypu budou vycházet z požadavků Závazného návrhu smlouvy; zejm. Přílohy č. 1 a budou shodné, či příp. dle operativních pokynů zadavatele v průběhu samotné realizace plnění veřejné zakázky upravené, aniž by došlo k podstatné změně vzájemných práv a povinností ve smyslu ust. § 82 odst. 7 ZVZ, s logikou, architekturou, designem Systému, užíváním jednotkových modulů a jednotlivých postupů zpracování procesů, které budou plněny vybraným uchazečem v roli zhotovitele předmětu plnění veřejné zakázky.*“.
215. Dále zadavatel v rámci dodatečných informací č. 7 ze dne 3. 3. 2016 zodpovídal dotaz č. 7 „Zadavatel uvádí na straně č. 9 zadávací dokumentace: „Údaje, které uchazeč nabídne pro účely hodnocení nabídek, jsou pro uchazeče závazné i z hlediska následného plnění Smlouvy (platí také pro nabídkový prototyp)“. Uchazeč potřebuje specifikovat, jaké údaje z nabídkového prototypu jsou závazné i z hlediska plnění Smlouvy. Jedná se například o vývojové prostředí? Nebo o způsob grafického řešení? Případně komunikační rozhraní? Nebo grafický návrh? Použitý programovací jazyk?“.

216. Na citovaný dotaz zadavatel odpověděl, že „(...) dle ustanovení zadávací dokumentace, na které poukazuje uchazeč, je povinností uchazeče nabídnout pro účely hodnocení nabídek takové údaje o kvalitativních a kvantitativních vlastnostech nabízeného plnění a prototypu pro hodnocení nabídek tak, aby obojí mělo odraz ve skutečném plnění veřejné zakázky a nedošlo tak následně k zakázané podstatné změně smlouvy. Ohledně vztahu nabídkového prototypu a následného „ostrého“ plnění lze uvést, že uvedený vztah mezi prototypem a finálním plněním zadavatel vykládá v běžných interpretačních intencích vztahu prototyp – finální produkt.“.
217. Dále se dodavatelé v rámci dodatečných informací (např. dodatečné informace č. 2 ze dne 19. 2. 2016, dotaz č. 3) snažili zjistit, na jakém hardwarovém prostředí bude následně prototyp pro účely hodnocení nabídek spuštěn, přičemž zadavatel jim takovou informaci neposkytl, neboť ji považoval za zbytečnou pro zpracování nabídky.
218. Z uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel požadoval, aby nabídkový prototyp obsahoval funkce, které jsou popsány v příloze č. 1 návrhu smlouvy. Současně z poskytnutých dodatečných informací vyplývá, že zadavatel požaduje, aby nabídkový prototyp, který bude předmětem hodnocení, byl vyhotoven tak, aby jej bylo možné následně použít jako součást nabízeného řešení, tedy aby odpovídal zadávacím podmínkám.
219. Znalec k tomu v rámci odpovědi na otázku č. 6 (viz bod 65. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatoval, že „(...) zadávací podmínky prototypu nejsou stanoveny jednoznačně, a tedy nejsou dostatečné pro vyhotovení požadovaného prototypu.“. Znalec rovněž uvedl i následující příklad nejednoznačně stanoveného požadavku na vypracování prototypu, když konstatoval, že „(...) v příloze č. 1 návrhu smlouvy je požadavek na architektu, viz odstavec 3.3.5.6. zálohování dat. Zde je ve zkratce uvedeno, že se má zálohovat každé 2 hodiny. Znalec konstatuje, že ze zadávacích podmínek není zřejmé, zda má prototyp tuto funkci obsahovat (takovýchto požadavků je v Příloze č. 1 návrhu smlouvy mnoho). Není zřejmé, zda v případě absence těchto požadavků bude takový prototyp označen jako nefunkční.“.
220. K otázce č. 7, tedy zda, „Lze požadovaný prototyp vytvořit a následně zprovoznit v systému zadavatele bez znalosti hardwarového prostředí, na kterém bude následně pro účely hodnocení nabídek spuštěn?“ znalec uvedl, že „(...) bez znalosti HW prostředí nelze obecně vytvořit a následně zprovoznit žádný SW tak, aby byl bezpochyby funkční a plnil požadované odezvy. Ze zadávacích podmínek je patrné, že prototyp bude implementován jako dva virtuální počítače - klient, server pro virtualizační platformu Zadavatele VMware 5.5. (strana 40 ZD). Na internetových stránkách výrobce VMware může uchazeč nalézt minimální a doporučené HW požadavky pro tuto verzi virtualizační platformy a získat tak alespoň základní informaci o HW prostředí. Zde je ale nutné upozornit, že Zadavatel se tímto nemusí řídit a virtualizační platforma může být provozována na nepodporovaném či poddimenzovaném HW, byť toto není obvyklé. Uchazeč musí ale dále provést testy konfigurace (configuration testy) a nasazení (deployment test). Bez znalosti HW komponent, síťového zapojení, nasazení, designu a nastavení bezpečnostních prvků (jako jsou firewall, IPS, apod.) architektury HW prostředí toto nelze provést. Pokud nejsou provedeny příslušné testy, nelze garantovat, že nasazení prototypu proběhne úspěšně a prototyp bude fungovat na daném HW a síťové konfiguraci.“.

221. Z výše citovaných závěrů znalce vyplývá, že požadavky na vypracování prototypu nebyly stanoveny jednoznačně a potenciální dodavatelé nebyli schopni identifikovat, co všechno má zadavatelem požadovaný prototyp splňovat; zároveň si dodavatelé nemohli být jisti, zda prototyp, který by vytvořili, by byli schopni v prostředí zadavatele vůbec zprovoznit, když neznali hardwarové prostředí zadavatele.
222. Znalec uvedl v rámci odpovědi na otázku č. 6 (viz bod 219. odůvodnění tohoto rozhodnutí) konkrétní příklad, na kterém demonstroval, z jakého důvodu nejsou požadavky zadavatele na vytvoření prototypu jasné, když uvedl, že ze zadávacích podmínek nevyplývá, zda má požadovaný prototyp obsahovat i funkci zálohování (každé 2 hodiny), jak zadavatel požaduje v odstavci 3.3.5.6. přílohy č. 1 návrhu smlouvy. Pokud uchazeči nejsou schopni určit, jaké konkrétní požadavky jsou zadavatelem kladeny na požadovaný prototyp, nelze v této části považovat zadávací podmínky za transparentní a zpracované v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
223. Jestliže tedy musí nabídkový prototyp obsahovat funkce, které jsou popsány v příloze č. 1 návrhu smlouvy, který popisuje stávající systém NEN a požadavky zadavatele na změnu systému NEN, přičemž podle vyjádření znalce, stanovil zadavatel zadávací podmínky v této části nejednoznačně a nedostatečně konkrétně, když nelze určit, jaké podmínky má zadavatelem požadovaný prototyp skutečně splňovat, nelze v této části řádně zpracovat nabídku.
224. Skutečnost, že zadavatel nestanovil zadávací podmínky pro vyhotovení nabídkového prototypu dostatečným způsobem, dokládá i to, že znalec nebyl, z důvodu chybějících informací, schopen zodpovědět další dotazy Úřadu týkající se nabídkového prototypu (viz bod 70. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť dle jeho názoru jsou informace pro vypracování prototypu zcela nedostatečné.
225. Taktéž skutečnost, že zadavatel neuvedl, na jakém hardwarovém prostředí bude následně prototyp spuštěn, nelze považovat za transparentní, když ze znaleckého posudku vyplynulo, že „(...) bez znalosti HW prostředí nelze obecně vytvořit a následně zprovoznit žádný SW tak, aby byl bezpochyby funkční a plnil požadované odezvy. (...)“. Potenciální dodavatelé tudíž potřebovali tuto informaci, aby byli schopni zadavatelem požadovaný prototyp vytvořit a následně zprovoznit, resp. aby si mohli být jisti, že jím vytvořené zařízení bude v prostředí zadavatele funkční. Z výše uvedeného vyplývá, že na základě informací poskytnutých v rámci zadávacích podmínek nebyli uchazeči schopni vytvořit zadavatelem požadovaný prototyp, neboť nebyli schopni zjistit, jaké konkrétní požadavky zadavatel na prototyp klade, a dále nebyli schopni takový prototyp vytvořit takovým způsobem, aby si mohli být jisti, že bude funkční v prostředí zadavatele, když ten neposkytl informace o hardwarovém prostředí, na kterém by měl být spuštěn.
226. Ke všem výše popsaným pochybením Úřad dále dodává, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího

správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.

227. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008 ze dne 4. 11. 2010 „(...) *zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, Č. j. 2 Afs 86/2008-222, dostupný na www.nssoud.cz, kde tento soud zdůraznil požadavek, aby byla zadávací dokumentace jednoznačná, jelikož musí být zcela patrná, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“. (...) Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na vypracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.*“
228. Dále z právě citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně vyplývá, že „*Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 zákona. Tato zásada musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. 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. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla.*“
229. Jak vyplývá z výše uvedených skutečností, dospěl Úřad k závěru, že zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně, konkrétně, přesně a srozumitelně stanovené zadávací podmínky definující předmět plnění veřejné zakázky tak, aby byli uchazeči na jejím základě schopni zpracovat své nabídky. Pokud nelze na základě zadávací dokumentace zpracovat nabídky, je třeba takovou zadávací dokumentaci považovat za netransparentní, a tudíž v rozporu s § 6 odst. 1 zákona.
230. Jak již bylo uvedeno výše, zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. Kromě zásady transparentnosti tak musí být dodržena i další zásada, kterou je zásada zákazu diskriminace.
231. Problematiku dodržování zásady zákazu diskriminace zohledňuje např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že smysl ustanovení § 6 zákona „*v první řadě směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle*

dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“. Dále Nejvyšší správní soud zdůraznil, „že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“. Zásada zákazu diskriminace je obligatorním principem při realizaci zadávacích řízení a je na ni kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, který se otázkou zákazu diskriminace v jakýchkoliv formách na jakékoli úrovni také několikrát zabýval, a to např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2005 ve věci C-158/03 Komise Evropských společenství proti Španělskému království.

232. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je pak třeba považovat např. takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových podmínek plnění veřejné zakázky, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Tedy postup zadavatele, kdy někteří z dodavatelů mají znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, je postupem diskriminačním, který odporuje základním zásadám uvedeným v § 6 odst. 1 zákona.
233. Jak již Úřad uvedl výše, v případě, kdy zadavatel poptává službu spočívající v úpravě a rozvoji určitého již existujícího systému, je nezbytné, aby zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl i informace o systému původním, který má být upravován, neboť v případě, že tak zadavatel neučiní, nemohou být dodavatelé, kteří s původním systémem nemají žádné zkušenosti schopni nabídku na takový předmět plnění zpracovat a mohou tím být v konkrétním případě zvýhodněni ti dodavatelé, kteří již mají s daným předmětem plnění zkušenosti a mají tedy další informace vyplývající z jejich předchozí participace na původním systému, jehož úprava je předmětem dané veřejné zakázky; takovému stavu sice nelze zabránit, nicméně tím spíše je pak zadavatel povinen zpracovat zadávací podmínky takovým způsobem, aby i ostatním dodavatelům (tedy těm, kteří původní systém neznají) poskytl veškeré informace, kterými disponuje a které jsou nezbytné pro zpracování konkurenceschopné nabídky.
234. K uvedenému Úřad uvádí, že z oznámení o zadání zakázky uveřejněného dne 2. 10. 2014 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 351814 a dne 7. 10. 2014 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2014/S 192-339475, vyplývá, že zadavatel uzavřel dne 15. 9. 2014 se společností TESCO SW a. s. smlouvu na realizaci předmětu veřejné zakázky „Výběr provozovatele Národního elektronického nástroje (NEN) na období 5 let“, jejímž předmětem je zabezpečení služby běžného provozu na období 5 let včetně technické podpory a údržby Národního elektronického nástroje.
235. Společnost TESCO SW a. s. je tak provozovatelem stávajícího systému NEN.
236. Z výpisu z obchodního rejstříku společnosti TESCO SW a. s. vyplývá, že jejím jediným akcionářem je společnost TESSELA HOLDING SE, IČO 04394232, se sídlem Senovážné náměstí 978/23, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „TESSELA HOLDING SE“).

237. Nabídka vybraného uchazeče podaná v jednacím řízení s uveřejněním obsahuje mimo jiné i informaci, že vybraný uchazeč využije k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky subdodavatele, kterým je společnost DEZADATA spol. s r. o., a to na základě subdodavatelské smlouvy nazvané „Smlouva o spolupráci při sestavení nabídky“ a uzavřené mezi nimi dne 2. 3. 2016, ve znění dodatku č. 1 ze dne 15. 4. 2016.
238. Z článku II. „Předmět smlouvy“, bodu 2.2. citované subdodavatelské smlouvy vyplývá, že společnost DEZADATA spol. s r. o. se zavázala mimo jiné k tomu, že po celou dobu plnění veřejné zakázky zajistí členy realizačního týmu, a to hlavního programátora, právníka a procesního analytika. Součástí tohoto plnění je i prokázání části kvalifikačních předpokladů veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, a to v části technických kvalifikačních předpokladů. Společnost DEZADATA spol. s r. o. se tudíž zavázala, že pro plnění této smlouvy zajistí výkon funkcí členů realizačního týmu osobami splňujícími požadavky, které jsou uvedeny v příloze č. 1 zadávací dokumentace, tj. v kvalifikační dokumentaci.
239. Podle čl. 5.2. přílohy č. 1 „Kvalifikační dokumentace“, která je přílohou zadávací dokumentace, požadoval zadavatel prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) a e) zákona předložením seznamu osob, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky a předložením osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci těchto osob. Realizační tým měl být složen z projektového manažera, hlavního programátora, právníka a procesního analytika.
240. Z nabídky vybraného uchazeče dále vyplývá, že hlavním programátorem je Mgr. Martin Maťašovský. Z „Přehledu profesní praxe vztahující se k předmětu plnění zakázky“ uvedené v nabídce vybraného uchazeče, je zřejmé, že Mgr. Martin Maťašovský pracoval u společnosti TESCO SW a. s. nejprve na pozici programátora v letech 2003 – 2006 a poté na pozici vedoucího vývojového týmu v letech 2006 – 2010. Od roku 2010 pracuje Mgr. Martin Maťašovský u společnosti TESCO SW a. s. na pozici hlavního programátora. Současně Mgr. Martin Maťašovský pracuje od února 2016 na pozici hlavního programátora u společnosti DEZADATA spol. s r. o.
241. Z právě uvedeného je zřejmé, že Mgr. Martin Maťašovský v době, kdy běžela lhůta pro podání nabídky v otevřeném řízení, pracoval u společnosti TESCO SW a. s. na pozici hlavního programátora, tedy u společnosti, která je provozovatelem stávajícího systému NEN. Současně však Mgr. Martin Maťašovský od února roku 2016 pracuje na stejné pozici, tedy na pozici hlavního programátora u společnosti DEZADATA spol. s r. o., která je subdodavatelem vybraného uchazeče, přičemž jmenovaný Mgr. Martin Maťašovský se podle nabídky vybraného uchazeče má podílet na realizaci předmětu veřejné zakázky, a to na vývoji a programování systému, na analýze a implementaci požadavků klienta, programování ve vybraném jazyce, provádění úprav a oprav, atd. Mgr. Martin Maťašovský tak vykonává pozici hlavního programátora jak u stávajícího poskytovatele NEN, tak i u vybraného uchazeče, i když pouze prostřednictvím subdodavatele. To však na posuzované skutečnosti nic nemění, neboť Mgr. Maťašovský se bude přímo podílet na realizaci předmětu veřejné zakázky, jak to vyplývá z nabídky vybraného uchazeče.
242. Pokud Mgr. Maťašovský pracuje jako hlavní programátor u stávajícího poskytovatele NEN, je nanejvýš pravděpodobné, že disponuje informacemi ohledně stávajícího systému NEN bez toho, že by musel žádat zadavatele o poskytnutí dodatečných informací k zadávacím

podmínkám. O této skutečnosti svědčí i to, že vybraný uchazeč, ačkoliv jako jediný uchazeč podal nabídku, nepožádal zadavatele ani jednou o poskytnutí dodatečných informací.

243. Z výpisu z obchodního rejstříku vybraného uchazeče dále vyplývá, že jejím jediným jednatelem je RNDr. Vladimír Vašek, který je podle nabídky vybraného uchazeče zároveň i členem realizačního týmu, a to na pozici projektového manažera. Z nabídky vybraného uchazeče dále vyplývá, že RNDr. Vladimír Vašek byl v letech 1992 – 2003 jednatelem a vedoucím projektu u společnosti DEZADATA spol. s r. o. Jak však vyplývá z úplného výpisu z obchodního rejstříku společnosti DEZADATA spol. s r. o. byl RNDr. Vladimír Vašek jednatelem jmenované společnosti ode dne 26. 10. 1992 do dne 22. 12. 2015, přičemž k výmazu funkce jednatele došlo až dne 7. 1. 2016.
244. Jak vyplývá z nabídky vybraného uchazeče, RNDr. Vladimír Vašek vykonává v rámci realizačního týmu funkci projektového manažera, který je zodpovědný mimo jiné i za stanovení realizačních týmů a jejich obsazení. RNDr. Vladimír Vašek pak následně, jakožto jednatel vybraného uchazeče, sjednal dne 2. 3. 2016 dohodu se společností DEZADATA spol. s r. o., ve které až do dne 22. 12. 2015 působil jako její jednatel, subdodavatelskou smlouvu a do svého realizačního týmu angažoval i Mgr. Martina Maťašovského, který pracuje v pozici hlavního programátora jak u jmenovaného subdodavatele, tak i u stávajícího poskytovatele NEN.
245. K uvedenému Úřad dodává, že z výpisu z obchodního rejstříku DEZADATA spol. s r. o. je zřejmé, že jediným akcionářem jmenované společnosti je společnost TESSELA HOLDING SE, která je současně jediným akcionářem společnosti TESCO SW a. s., tedy stávajícího poskytovatele systému NEN.
246. Jak Úřad dále zjistil z internetové stránky společnosti TESCO SW a. s., jmenovaná společnost na svých internetových stránkách www.tescosw.cz vyjmenovává partnerské spolupracující společnosti. Mezi vyjmenovanými partnery je mimo jiné i společnost DEZADATA spol. s r. o., přičemž společnost TESCO SW a. s. dále uvádí, že společnost DEZADATA spol. s r. o., nabízí mimo jiné i produkt „Nástroj elektronického nakupování“, tedy produkt, jehož úprava je předmětem šetřené veřejné zakázky. Z uvedené skutečnosti vyplývá, že společnost DEZADATA spol. s r. o., která je subdodavatelem vybraného uchazeče, by měla být seznámena se systémem NEN, pokud uvedený produkt nabízí.
247. Z výše popsaných skutečností, tedy že další potenciální dodavatelé neměli dostatečné informace ke zpracování nabídek a naopak určitá skupina dodavatelů, která měla/má přístup k původnímu systému NEN byla zvýhodněna, lze dovodit, že zadávací podmínky byly stanoveny rovněž i diskriminačním způsobem. Mimo jiného právě vybraný uchazeč, který je prostřednictvím subdodavatelské smlouvy uzavřené se společností DEZADATA spol. s r. o. navázán na stávajícího poskytovatele systému NEN, a to na společnost TESCO SW a. s., se kterou spolupracuje v nabízení produktu systému NEN, si dokázal udělat představu, co je předmětem šetřené veřejné zakázky, byl schopen sestavit nabídku a předmět plnění veřejné zakázky nacenit, a to bez toho, že by zadavatele požádal o poskytnutí jediné dodatečné informace. Což vzhledem k okolnostem šetřeného případu stojí za povšimnutí.
248. Naproti tomu další potenciální dodavatelé, kteří zadavatele žádali o opakované poskytnutí dodatečných informací, nebyli ani po jejich poskytnutí schopni zpracovat nabídky. Z kontextu všech skutečností daného případu Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nastavil zadávací

podmínky takovým způsobem, že je byl schopen splnit pouze uchazeč, který byl určitým způsobem navázán na stávajícího provozovatele systému NEN, tedy měl podrobnější informace o původním systému NEN (viz např. chybějící informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí, šablonách, službách podpory poskytovaných v rámci NEN a prototypu – v této části tedy zejména informace o znalosti hardwarového prostředí zadavatele). V důsledku uvedených skutečností jsou zadávací podmínky diskriminační vůči dalším dodavatelům, kteří by byli předmět plnění veřejné zakázky schopni realizovat, pokud by měli přístup ke všem informacím nezbytným pro zpracování nabídky, resp. disponovali podrobnějšími znalostmi původního systému NEN, přičemž je zřejmé, že takovým postupem mohl být zvýhodněn dodavatel, který má podrobnější informace o původním systému, které ostatním dodavatelům chyběly, resp. absentovaly v zadávacích podmínkách.

249. Z výše uvedených důvodů Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nestanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Skutečnost, že uvedený postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, je zřejmá z textu odůvodnění tohoto rozhodnutí a spočívá v tom, že zadavatel stanovil zadávací podmínky netransparentním a diskriminačním způsobem tak, že neumožnil soutěž mezi potenciálními dodavateli, kteří vzhledem ke způsobu stanovení zadávacích podmínek nebyli ani schopni podat své nabídky. O tom, že způsob nastavení zadávacích podmínek byl dle potenciálních dodavatelů rozporný se zákonem, byl zadavatel srozuměn již při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení, stejně tak si byl vědom toho, že právě otázka zákonnosti nastavení zadávacích podmínek je předmětem řízení před Úřadem. Zadavatel však v průběhu vedených správních řízení otevřené řízení z důvodu, že obdržel jedinou nabídku, která nespĺnila zadávací podmínky, zrušil a následně bez předchozího uveřejnění veřejnou zakázku de facto „na přímo“ zadal vybranému uchazeči, tedy dodavateli, který byl oproti ostatním dodavatelům zvýhodněn (v podrobnostech viz body 234. - 248. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V případě, že by zadavatel stanovil zadávací podmínky zákonným způsobem, mohl obdržet nabídky od dalších dodavatelů, kteří zadavateli mohli nabídnout výhodnější podmínky plnění. Uvedený postup zadavatele měl prokazatelně vliv minimálně na dodavatele SEV Computing, s. r. o., Tender systems s. r. o., a navrhovatele, kteří, jak vyplývá z jimi podaných námitek a návrhů (viz body 163. až 173. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepodali v zadávacím řízení nabídku, resp. postupem zadavatele jim ani nebylo umožněno nabídku podat, právě z důvodu netransparentních a diskriminačních zadávacích podmínek, přičemž v případě, že by zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem, mohli zadavateli podat výhodnější nabídku než vybraný uchazeč.
250. K potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad dále uvádí následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výše uvedený závěr o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20.3.2012 konstatoval, že *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbytvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Zadavatel svým jednáním tak

naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009 již předseda konstatoval, že „Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.6.2016 č. j. 4 As 61/2016-34, ve kterém se uvádí, že „skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat“.

251. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26.9.2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu.... již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.
252. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky stanovil v rozporu s § 44 odst. 1 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když požadavky na předmět plnění nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, neboť dodavatelům neposkytl dostatečné informace ve vztahu k možnosti řádného zpracování nabídky, a tedy zadávací podmínky byly nastaveny netransparentním a zároveň

diskriminačním způsobem vůči potenciálním dodavatelům, kteří neměli informace o původním systému NEN, přičemž tento postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu.

253. K argumentaci zadavatele ohledně nedostatků znaleckého posudku, který si Úřad nechal zpracovat za účelem posouzení zadávacích podmínek, uvádí Úřad vyjma již shora uvedeného ještě následující skutečnosti.
254. K vypracovanému znaleckému posudku Úřad nejprve považuje za vhodné uvést následující úvahy Ústavního soudu týkající se hodnocení znaleckého posudku jako důkazu, uvedené v nálezu sp. zn. III. ÚS 299/06 ze dne 30.4.2007. „(...) *Znalecký posudek je nutno hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, ani on nepoživá žádné větší důkazní síly, a musí být podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti. Tato zásada je běžně uznávána v odborné procesualistické literatuře, v judikatuře obecných soudů i v judikatuře Ústavního soudu. Hodnotit je třeba celý proces utváření znaleckého důkazu, včetně přípravy znaleckého zkoumání, opatřování podkladů pro znalce, průběh znaleckého zkoumání, věrohodnost teoretických východisek, jimiž znalec odůvodňuje své závěry, spolehlivost metod použitých znalcem a způsob vyvozování závěrů znalce. Ústavní soud si je vědom toho, že požadavek, aby orgán činný v trestním řízení hodnotil mj. též odbornou správnost znaleckého zkoumání a odbornou odůvodněnost závěrů znaleckého posudku, je velmi náročný. Uznává také správnost názoru, že orgán činný v trestním řízení nemůže sám nahradit odborné závěry znalce svými laickými názory. Je však třeba trvat na povinnosti orgánů činných v trestním řízení hodnotit znalecký posudek ze všech aspektů shora naznačených, včetně jeho odborné správnosti.(...)*“. Ačkoliv jsou tyto závěry učiněny ve vztahu ke znaleckému posudku jako důkazu v trestním řízení, lze z tohoto nálezu vycházet i při hodnocení znaleckého posudku v řízení správním.
255. Úřad tedy ve smyslu výše uvedených úvah podrobil závěry znaleckého posudku svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů a dospěl k závěru, že znalecký posudek lze považovat za zpracovaný v souladu s požadavky Úřadu a jeho závěry považuje za věrohodné a bez dalšího tedy použitelné v rámci tohoto správního řízení, nicméně nejedná se v případě závěrů Úřadu o pouhou mechanicky převzatou argumentaci závěrů obsažených ve znaleckém posudku, jak ostatně vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí. Dle názoru Úřadu znalec při svém znaleckém zkoumání vycházel jednak z podkladů, které mu byly Úřadem předloženy, přičemž z toho plynoucí závěry podpořil teoretickými hledisky v oblasti, ve které se jedná o znalce s příslušnou kvalifikací. Z obsahu znaleckého posudku je dále zřejmé, že znalec své závěry odůvodňuje jednak konkrétními skutečnostmi, které jsou obsaženy v předložených podkladech, a dále i teoretickými závěry, které jsou znalci známy z jeho znalecké činnosti. Znalecký posudek zároveň obsahuje všechny náležitosti stanovené v § 13 vyhlášky č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“).
256. Znalecký posudek lze tedy dle názoru Úřadu využít jako jeden z důkazů ve správním řízení, přičemž Úřad akcentuje, že z odůvodnění tohoto rozhodnutí je zřejmé, že znalecký posudek nebyl jediným podkladem pro rozhodnutí Úřadu, a že tedy Úřad ke svým závěrům dospěl na základě množství dalších podkladů a ve spojitosti se skutečnostmi zjištěnými z úřední činnosti, přičemž všechny tyto jsou součástí správního spisu.

257. K argumentaci zadavatele, že ve znaleckém posudku není uvedena metoda hodnocení podkladů, ani úvahy, na základě kterých dospěl znalec ke svým závěrům, že znalec necitoval odbornou literaturu a znalecký posudek je založen pouze na dojmech znalce, Úřad pak zejména opětovně odkazuje na § 13 vyhlášky, který stanovuje náležitosti znaleckého posudku a doplňuje, že dle názoru Úřadu znalec své závěry odůvodňuje dostatečně, a to jednak konkrétními skutečnostmi, které jsou obsaženy v předložených podkladech, a dále i teoretickými znalostmi, přičemž absenci citace odborné literatury nebo znalcem použitých metod Úřad nepovažuje za takovou vadu, která by snižovala věrohodnost daného posudku; zároveň citace odborné literatury nebo uvedení použitých metod zkoumání nejsou povinnými náležitostmi znaleckého posudku dle § 13 vyhlášky. Skutečnost, že mezi podklady pro zpracování znaleckého posudku nebyl „nový zákon o zadávání veřejných zakázek“, jak uvádí zadavatel, Úřad taktéž nepovažuje za vadu, která by mohla mít vliv na závěry znalce, když úkolem znalce bylo posouzení technických náležitostí zadávacích podmínek a Úřadu není zřejmé, jakou relevanci by mělo, pro posouzení technických specifikací předmětu plnění, zohlednění nového zákona o zadávání veřejných zakázek, jako podkladu pro vypracování znaleckého posudku. Argumenty takto uplatněné svědčí o tom, že zadavatel by po znalci požadoval právní hodnocení, to však je výlučně role Úřadu, nikoli znalce, který měl zodpovědět toliko otázky technického charakteru a tím přispět k zjištění skutkového stavu v rozsahu nezbytném pro rozhodnutí o věci.
258. Dále zadavatel uvedl, že znalec nepožádal o přístup do IS NEN referenčního prostředí a neposuzoval tudíž všechny podklady, které měli k dispozici uchazeči. K tomu Úřad uvádí, že ani absence přístupu do IS NEN dle názoru Úřadu nemá vliv na závěry znalce, když ani po přístupu do IS NEN bezpochyby nelze zjistit zdrojové kódy systému, seznam veškerých služeb podpory provozu poskytovaných v rámci současného systému NEN nebo požadavky zadavatele na prototyp, který mají uchazeči předložit v rámci nabídek.
259. Další nedostatek znaleckého posudku spatřuje zadavatel v absenci doložky o nestrannosti znalce, prohlášení o jeho nepodjatosti a dalších běžných náležitostí znaleckých posudků, přičemž k tomu Úřad opětovně uvádí, že právě uvedené není povinnou náležitostí znaleckého posudku podle § 13 vyhlášky, přičemž dle § 11 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, v případě, že by se znalec dozvěděl o skutečnostech, pro které by byl z dané věci vyloučen, je povinen to neprodleně oznámit, což se nestalo.
260. Další vadou znaleckého posudku má být dle zadavatele skutečnost, že v něm není definována správná podoba zadávacích podmínek, ke kterým by se posuzovaný stav hodnotil, přičemž dle názoru Úřadu předmětem znaleckého posudku bezpochyby nebylo zpracování nových zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky a Úřad tedy nevidí důvod, proč by měl znalecký posudek obsahovat, jak uvádí zadavatel, „správnou podobu zadávacích podmínek“. Úřad se však může ztotožnit se zadavatelem, že znalecký posudek se v části „Další zjištění znalce“ vyjadřuje k nespécifikovanému znaleckému úkolu a to nepřezkoumatelným způsobem, přičemž z toho důvodu Úřad tuto část znaleckého posudku v rozhodnutí žádným způsobem nereflekoval, neboť má za to, že v této části znalec dospěl i k právním závěrům, ke kterým však není oprávněn (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 15/2005 - 67 ze dne 30. 6. 2006, kde soud uvedl, že „(...) *Obecně platí, že znalci nepřísluší hodnocení právních otázek a nesmí z tohoto hlediska ani hodnotit provedené*

důkazy. Je oprávněn vyjadřovat se pouze k takovým otázkám, k jejichž posouzení má nezbytnou odbornou znalost.(...)“.

261. K uvedenému Úřad dodává, že jak již dovedil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, a to na základě souhrnu veškerých podkladů, které jsou obsahem správního spisu, zadavatel nestanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž Úřad současně shledal, že zadávací podmínky byly zadavatelem stanoveny netransparentním způsobem a zároveň byly diskriminační vůči dodavatelům, kteří neměli přístup k informacím stávajícího systému NEN. Uvedené skutečnosti bylo možné dovést z obsahu zadávací dokumentace, dodatečných informací poskytnutých zadavatelem v průběhu otevřeného řízení (Úřad opětovně uvádí, že zadávací podmínky otevřeného řízení a jednacího řízení s uveřejněním byly totožné), vyjádření dodavatelů, navrhovatele a zadavatele, přičemž znaleckého posudku pořízeného za účelem posouzení zadávacích podmínek Úřad využil jako každého dalšího důkazu a nepřikládal mu vyšší důkazní sílu, než např. zadávací dokumentaci nebo zadavatelem poskytnutým dodatečným informacím, zadavatelem zpracovanému znaleckému posudku nebo jeho vyjádřením.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

262. Zadavatel zadával šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 1 a odst. 2 zákona.

263. Zadání veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním může zadavatel, jestliže v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení nebo soutěžním dialogu byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky, podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednací řízení s uveřejněním bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení, přičemž je třeba, aby všechny uvedené podmínky byly splněny kumulativně.

264. Za neúplné nabídky se považují nabídky, které nevyhovely kontrole úplnosti podle § 71 odst. 7 zákona, tedy takové nabídky, které nebyly zpracovány v požadovaném jazyku, a které neobsahují návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Za nepřijatelné nabídky jsou pak podle § 22 odst. 1 zákona považovány nabídky nevhodné, kterými jsou jednak nabídky nesplňující požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky, dále nabídky které nespĺnily zadávací podmínky z hlediska jiných požadavků zadavatele než na předmět veřejné zakázky, nabídky u kterých uchazeč neprokázal splnění kvalifikace, dále jsou to nabídky, které jsou v rozporu s platnými právními předpisy, nebo nabídky, které obsahují upravené podmínky plnění v rozporu s požadavky zadavatele nebo neodůvodněnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo také nabídky, které byly podány po uplynutí lhůty pro podání nabídek.

265. V ustanovení § 22 odst. 2 zákona je pak uveden zvláštní postup pro případ, kdy byly v původním zadávacím řízení podány pouze nepřijatelné nebo neúplné nabídky, které však splnily požadavky podle § 69 odst. 5 zákona [nabídky byly podány ve lhůtě pro podání nabídek, přičemž u nich byly současně splněny požadavky zadavatele na náležitosti obálky (pokud jde o nabídky podané v listinné formě), resp. u kterých byly splněny požadavky podle § 149 zákona (pokud jde o nabídky podané elektronickými prostředky)]. V takovém případě zadavatel není povinen uveřejnit oznámení o zahájení jednacího řízení s uveřejněním a zadavatel podle § 22 odst. 2 zákona v tomto případě následně postupuje obdobně

v souladu s § 34 odst. 1 až 3 zákona, tzn. pouze zasílá výzvu k jednání všem uchazečům, kteří podali v původním zadávacím řízení nabídky splňující požadavky podle § 69 odst. 5 zákona, tzn. postupuje, jakoby veřejná zakázka byla zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění.

266. Z výše uvedeného vyplývá, že jednacím řízení s uveřejněním (tím spíše jeho modifikovaná verze uvedená v § 22 odst. 2 zákona) je pak jedním ze specifických druhů zadávacích řízení, která jsou zákonem upravena; nejedná se tudíž o standardní zadávací řízení, které lze využít, jako v případě otevřeného a užšího řízení, obecně a kdykoliv, bez splnění dalších podmínek.
267. Úřad nejprve s ohledem na okolnosti šetřeného případu krátce zopakuje, jakým způsobem probíhalo zadávání předmětu plnění spočívajícího v úpravě již existujícího systému NEN, neboť celý postup zadavatele je pro posouzení věci zcela zásadní.
268. Podle bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádostí o účast“ oznámení o zakázce stanovil zadavatel lhůtu pro podání nabídek v otevřeném řízení na den 7. 3. 2016 v 10.00 hodin. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 3. 2016, obdržel zadavatel v tomto otevřeném řízení ve stanovené lhůtě jednu nabídku, a to nabídku vybraného uchazeče (v této souvislosti Úřad připomíná, že vybraný uchazeč je propojen se stávajícím provozovatelem systému NEN, resp. Úřad výše dovodil, že s nejvyšší pravděpodobností vybraný uchazeč disponoval detailnějšími informacemi potřebnými pro zpracování nabídky, než ostatní potenciální dodavatelé (viz taktéž body 234. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
269. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz bod 163. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí), z předložené dokumentace o veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení je zřejmé, že zadavatel v průběhu otevřeného řízení obdržel několik námitek směřujících proti způsobu, jakým zadavatel stanovil technické podmínky veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení, a to v tom smyslu, že zadávací podmínky jsou nastaveny netransparentním způsobem a neposkytují dodavatelům dostatečné informace jak samotnému předmětu plnění, tak pro zpracování nabídek.
270. Zadavatel tak postupně obdržel námítky dodavatele SEV Computing, s. r. o., ze dne 4. 3. 2016, námítky dodavatele Tender systems s. r. o, ze dne 7. 3. 2016, a námítky navrhovatele ze dne 9. 3. 2016, přičemž zadavatel podaným námítkám svými rozhodnutími nevyhověl. K obsahu jednotlivých námitek Úřad odkazuje na body 169. až 173. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
271. Protože dodavatel Tender systems s. r. o., a navrhovatel nesouhlasili s rozhodnutími zadavatele o námítkách, podali k Úřadu návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení. K tomu Úřad doplňuje, že o podaných návrzích nerozhodl rozhodnutími ve věci, ale správní řízení zastavil z procesních důvodů (podrobněji viz body 164. a 165. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak je zřejmé, že z relevantních ustanovení právních předpisů, zadavatel věděl, že jsou u Úřadu vedena správní řízení ve věci přezkoumání jeho úkonů v souvislosti s veřejnou zakázkou zadávanou v otevřeném řízení, kdy předměty řízení těchto správních řízení se týkaly způsobu nastavení zadávacích podmínek, jelikož byl účastníkem těchto správních řízení, a např. podle § 114 odst. 4 zákona musí být stejnopis návrhu doručen rovněž zadavateli, přičemž tato podmínka byla v obou vedených správních řízeních splněna. Zadavatel byl tedy informován a byl si vědom toho, co

je předmětem šetření ze strany Úřadu ve vztahu k veřejné zakázce zadávané v otevřeném řízení.

272. Zadavatel dále rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 vyloučil vybraného uchazeče z otevřeného řízení z důvodu, že jeho nabídka nespĺnila požadavky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, neboť harmonogram zpracovaný vybraným uchazečem v nabídce nebyl zpracován v souladu se stanovenými milníky.
273. Rozhodnutím ze dne 1. 4. 2016 rozhodl zadavatel o zrušení otevřeného řízení podle § 84 odst. 1 písm. b) zákona, neboť v zadávacím řízení obdržel pouze jednu nabídku, kterou shledal podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona za nepřijatelnou, když nespĺnila požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách. Z uvedeného důvodu byla nabídka podle § 76 odst. 1 zákona ze zadávacího řízení vyřazena a uchazeč byl podle § 76 odst. 6 zákona vyloučen. Veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení tedy zadavatel zrušil v době, kdy prokazatelně věděl, že zákonnost zadávacích podmínek otevřeného řízení je předmětem správních řízení vedených u Úřadu.
274. Dne 4. 4. 2016 uveřejnil zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 518204 a dne 7. 4. 2016 v Úředním věstníku Evropské unie dne pod ev. č. 2016/S 068-118677 oznámení o zrušení otevřeného řízení.
275. Podle zveřejněného oznámení o zrušení otevřeného řízení zadavatel „zrušil zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. b) ZVZ z důvodu, že obdržel v zadávacím řízení pouze jednu nabídku. S ohledem na skutečnost, že nabídka byla podle § 22 odst. 1 písm. b) ZVZ shledána za nepřijatelnou, jelikož nespĺnila požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, byla tato nabídka v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ ze zadávacího řízení vyřazena a uchazeč byl v souladu s § 76 odst. 6 ZVZ ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel byl proto povinen zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. b) ZVZ zrušit.“.
276. Bezprostředně po zrušení otevřeného řízení zadavatel zahájil zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním, a to výzvou k jednání ze dne 8. 4. 2016, kterou zadavatel vyzval vybraného uchazeče k jednání s úmyslem zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 1 zákona, a to ve smyslu § 22 odst. 2 zákona a § 34 odst. 1 zákona.
277. K možnosti zadat veřejnou zakázku v rámci jednacího řízení s uveřejněním pak musí zadavatel, jak již bylo uvedeno výše, primárně splnit podmínky uvedené v zákoně, přičemž tyto podmínky musí být splněny kumulativně.
278. Aby mohl zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, musí tedy nejprve zadávat veřejnou zakázku v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení nebo soutěžním dialogu, přičemž v tomto předchozím řízení musí být podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky.
279. Jak je zřejmé z výše uvedených skutečností, zadavatel zadával veřejnou zakázku nejprve v otevřeném řízení. V tomto otevřeném řízení obdržel jedinou nabídku (přičemž tato nabídka splňovala požadavky podle § 69 odst. 5 zákona), kterou vyřadil z důvodu, že nespĺnila požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci, neboť harmonogram prací neodpovídal zadavatelem stanoveným časovým milníkům. Zadavatel tudíž shledal nabídku

podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona za nepřijatelnou, neboť nesplnila zadávací podmínky z hlediska jiných požadavků zadavatele než na předmět veřejné zakázky.

280. Další podmínkou, která musí být splněna, aby zadavatel mohl zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním je, že podstatně nezmění zadávací podmínky.
281. K uvedené podmínce Úřad uvádí, že zadavatel zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním realizoval na základě téže zadávací dokumentace, na základě které zahájil zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Zadavatel tudíž splnil i tuto podmínku stanovenou zákonem pro zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním.
282. Zadavatel musí dle ustanovení § 22 zákona dále zahájit jednacím řízení s uveřejněním bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení, přičemž zadavatel rozhodl o zrušení otevřeného řízení dne 1. 4. 2016. Následně zadavatel odeslal oznámení o zrušení otevřeného řízení za účelem jeho uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, přičemž ve Věstníku veřejných zakázek bylo oznámení o zrušení uveřejněno dne 4. 4. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2016. Zadavatel pak zahájil zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním na základě písemné výzvy k jednání ze dne 8. 4. 2016.
283. Z právě popsanych skutečností je zřejmé, že zadavatel splnil rovněž podmínku, že jednacím řízení s uveřejněním zahájil bezodkladně po zrušení předchozího otevřeného řízení. Zadavatel tak formálně splnil zákonem stanovené požadavky pro zadávání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, tedy postupem v jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení.
284. Skutečnost, že formálně došlo ke splnění podmínek stanovených zákonem pro daný druh zadávacího řízení, však nemusí vždy znamenat, že postup zadavatele v takovém druhu zadávacího řízení bude v souladu se zákonem, neboť je nezbytné akcentovat, že všechna ustanovení zákona musí být vždy vykládána komplexně, v souladu se základními zásadami stanovenými v § 6 odst. 1 zákona a v souladu se smyslem a účelem jednotlivých ustanovení. Mechanická aplikace zákona totiž v některých případech nevede k naplnění zákonodárcem zamýšleného smyslu a účelu zákona a takovou mechanickou aplikací může docházet k obcházení zákona. Zásady zakotvené v § 6 odst. 1 zákona mají zcela klíčovou roli jednak z toho důvodu, že se jimi zadavatel musí obecně řídit a respektovat je v celém procesu zadávání veřejné zakázky, ale jednak i z toho důvodu, že jsou i výkladovým prostředkem jednotlivých ustanovení zákona. Žádné zákonné ustanovení nelze posuzovat izolovaně, nýbrž je třeba ho vykládat vždy při zachování základních zásad zadávacího řízení. Tedy jediný možný a správný výklad zákona je takový, který neporušuje základní zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona. V tomto konkrétním případě byl tedy zadavatel povinen zároveň zvážit, zda jeho postupem (tedy postupem v jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení) nemůže dojít zejména k porušení zásady transparentnosti a zásady zákazu diskriminace a zda použitím tohoto druhu zadávacího řízení nedojde k narušení smyslu a účelu předmětného ustanovení zákona. V případě použití zadávacích řízení, která omezují hospodářskou soutěž a jsou jakousi výjimkou z běžného postupu zadavatele, je třeba vždy důsledně zvažovat, zda i přesto, že jsou formálně splněny podmínky zákona pro užití takového druhu zadávacího řízení, nedojde realizací takového zadávacího řízení k zákonem nepředpokládanému a tedy nedovolenému narušení základních zásad zadávacích řízení a zda tím skutečně dojde

k naplnění jeho základního účelu, přičemž v tomto smyslu se k použití jednacích řízení bez uveřejnění oznámení o jejich zahájení vyjadřuje i judikatura soudů.

285. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi SDEU, např. na rozhodnutí C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 nebo C-394/02 ze dne 2. 6. 2005, ve kterém SDEU konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vždy vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává – tedy zadavatel. Stejně závěry opakovaně uvádí i rozhodovací praxe tuzemských soudů, viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012 – 54 ze dne 11. 1. 2013, v němž soud dovodil, že „(...) Z obecného hlediska je použití jednacím řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacím řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. (...)“, přičemž „(...) důkazní břemeno ohledně naplnění zákonných podmínek nese zadavatel (...)“.
286. V souvislosti s výše uvedeným lze odkázat taktéž na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a to s účinkem k 18. dubnu 2016, kde je v odstavci 50 uvedeno, že „S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacím řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. (...)“ (na uvedené v souvislosti s posouzením v té věci šetřeného jednacím řízení bez uveřejnění výslovně odkázal i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016).
287. Výše uvedené rozsudky považuje Úřad v dané věci za zcela příléhavé, neboť šetřená veřejná zakázka byla sice zadávána v jednacím řízení s uveřejněním, nicméně ale postupem podle § 22 odst. 2 zákona, tedy bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení se materiálně de facto jedná o jednacím řízení bez uveřejnění (na ustanovení zákona upravující postup v jednacím řízení bez uveřejnění je v § 22 odst. 2 i výslovně odkazováno). V šetřeném případě nadto zadavatel tohoto ustanovení využil v situaci, kdy v předchozím otevřeném řízení byla zadavateli doručena jediná nabídka, a to na základě nezákonně nastavených zadávacích podmínek [Úřad ve výroku I. konstatoval, že zadávací podmínky veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona byly nastaveny nezákonným způsobem, přičemž jestliže zadávací dokumentace jednacím řízení s uveřejněním byla totožná se zadávací dokumentací otevřeného řízení (viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je zřejmé, že nezákonné byly i zadávací podmínky otevřeného řízení, pozn. Úřadu] a v následujícím jednacím řízení s uveřejněním tudíž došlo k přímému zadání zakázky tomuto jedinému uchazeči.
288. Z výše uvedené judikatury pak vyplývá, že jednacím řízení bez uveřejnění jeho oznámení svou povahou vždy představuje výjimečný postup zadavatele, přičemž důvodem je právě skutečnost, že tento druh zadávacím řízení je jediným druhem zadávacím řízení, který

nevyžaduje, resp. pro nějž neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů a zadavatel v případě užití tohoto druhu zadávacího řízení oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak de facto dochází k omezení hospodářské soutěže; tohoto druhu zadávacího řízení tak nesmí být zneužíváno a může být používáno pouze ve zcela výjimečných případech, pokud potřeby zadavatele nelze uspokojit v klasickém zadávacím řízení a je zřejmé, že uveřejnění by zadavateli nepřineslo větší hospodářskou soutěž. Lze tedy dovodit, že jednacího řízení bez uveřejnění lze, jak již bylo naznačeno výše, využít pouze tehdy, pokud takový postup bude zároveň v souladu se základními zásadami a účelem předmětného ustanovení zákona.

289. Účelem a smyslem jednacího řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení ve smyslu § 22 odst. 2 zákona je zejména umožnit jeho jednodušší proces a rychlost realizace předmětné veřejné zakázky, což zákonodárce umožňuje pouze z toho důvodu, že je předpokládáno, že řádná a efektivní soutěž o zakázku proběhla již v předchozím otevřeném řízení a předmětem tohoto zadávacího řízení pak je již tedy pouze úprava a doplnění nabídek uchazečů, podaných v předchozím zadávacím řízení tak, aby byly odstraněny jejich původní nedostatky; přičemž logickým předpokladem a zároveň jediným možným výkladem souladným se základními zásadami zadávacího řízení je, že tohoto druhu zadávacího řízení lze využít jen tehdy, pokud původní otevřené zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem, zejména tehdy, když se ho zúčastnil zákonný okruh uchazečů, popř. nebyly shledány důvody, že způsob nastavení zadávacích podmínek významným způsobem mohl zasahovat do okruhu potenciálních uchazečů a jejich možnosti podat nabídky. Skutečnost, že se předchozího otevřeného řízení zúčastnil okruh všech potenciálních uchazečů, je totiž jediným důvodem, proč zákon poté umožňuje pouze zaslání výzvy těmto uchazečům, neboť je kalkulováno s tím, že řádná hospodářská soutěž o zakázku již proběhla v předchozím otevřeném řízení. V případě, že tomu tak nebylo, je zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním postupem podle § 34 odst. 1 až 3 zákona, zcela zřejmým obcházením účelu a smyslu předmětného ustanovení zákona. Toto je v daném případě zesilováno skutečností, kterou již Úřad opakovaně v odůvodnění tohoto rozhodnutí akcentoval, a to tou, že zadavatel byl obeznámen s tím, že zákonnost zadávacích podmínek otevřeného řízení byla předmětem správních řízení vedených u Úřadu a byla zde tedy již v době zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení pochybnost o souladnosti postupu zadavatele se zákonem. Ustanovení § 22 odst. 2 zákona dovoluje zadavateli neuveřejnit předmětné oznámení o zahájení pouze z toho důvodu, že je kalkulováno s tím, že v předchozím otevřeném zadávacím řízení, o kterém se na základě uveřejněného oznámení, mohli dozvědět a zúčastnit se ho všichni potenciální dodavatelé, byl určen okruh potenciálních uchazečů a žádní další potenciální uchazeči neexistují a „*uveřejnění (by zadavateli, pozn. Úřadu) nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek* (viz bod 286. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pročež není nutné oznámení uveřejnit, což v tomto případě evidentně nenastalo, když zadavatel v průběhu otevřeného řízení obdržel námitky tří různých subjektů, které napadaly zadávací podmínky a tvrdily, že z důvodu nezákonně nastavených zadávacích podmínek se nemohou předmětného otevřeného zadávacího řízení zúčastnit.
290. Úřad v této souvislosti odkazuje taktéž na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, ze kterého vyplývá, že zadavatel není oprávněn zadat veřejnou zakázku na základě písemné výzvy zasláné jednomu uchazeči za předpokladu, že si zadavatel nejprve sám vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo nemožné nebo obtížné je

změnit, dovolával se zákonného postupu zadání veřejné zakázky na základě písemné výzvy zaslané jednomu uchazeči. Ač byl skutkový stav v citovaném rozsudku poměrně odlišný a rozsudek se vztahoval k zákonu č. 194/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, lze tento jeho závěr aplikovat na šetřený případ, neboť podobnost skutkového stavu spočívá v tom, že zadavatel sám, jak v citovaném rozsudku, tak v šetřeném případě, způsobil podmínky (tím, že nezákonně nastavil zadávací podmínky v předchozím otevřeném řízení a o této skutečnosti minimálně musel mít pochybnosti, viz taktéž odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí), na základě kterých byl následně oprávněn, zadat veřejnou zakázku v daném druhu zadávacího řízení. V šetřeném případě lze dle názoru Úřadu považovat jednání zadavatele za daleko závažnější, když k postupu v jednacím řízení podle § 22 odst. 2 ho nenutily žádné další okolnosti (zadavatel žádné takové okolnosti neuvedl), nýbrž tak učinil pouze z toho důvodu, že to jeho předchozí nezákonný postup formálně dovolil, bez toho aniž by se zadavatel ohlížel na dodržení základních zásad zadávacích řízení.

291. Ač tedy zadavatel formálně splnil podmínky stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním (postupem odpovídajícím jednacím řízení bez uveřejnění), nelze jeho postup aprobovat, neboť i z výše uvedené judikatury a s ohledem na zásady zadávacího řízení je zřejmé, že postupu v takto modifikovaném jednacím řízení s uveřejněním lze využít pouze tehdy, pokud o předmětnou veřejnou zakázku skutečně již proběhla otevřená soutěž, která vymezila okruh potenciálních uchazečů, přičemž jestliže Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel v jednacím řízení podle § 22 odst. 2 zákona nezákonně nastavil zadávací podmínky (zároveň tedy byly nezákonně nastaveny zadávací podmínky i v předchozím otevřeném řízení, viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a mohl tím být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, je zřejmé, že okruh uchazečů, kteří se zúčastnili zakázky zadávané v otevřeném řízení byl silně deformován (nabídku podal jediný uchazeč, který jak bylo dovozeno v odůvodnění tohoto rozhodnutí mohl nade vši pochybnost disponovat informacemi nezbytnými pro řádné zpracování nabídky oproti ostatním dodavatelům, kteří měli zájem na získání veřejné zakázky, avšak z důvodu nezákonně nastavených zadávacích podmínek ani nemohli podat své nabídky). Z výše uvedených rozsudků zároveň vyplývá, že jednacím řízení bez uveřejnění jejich oznámení jednak nelze zneužívat, jednak je lze využít pouze tehdy, nelze-li zakázku zadat v otevřenějším druhu zadávacího řízení, přičemž ani to v popsaném případě nenastalo, když zadavatel neuvedl žádné důvody, které by v daném případě odůvodňovaly nutnost zadat zakázku ve „zrychleném“ řízení. Zároveň je Úřad toho názoru, že došlo ke zneužití tohoto ustanovení, resp. k obejití zákona a materiálně tedy nebyl naplněn smysl a účel tohoto ustanovení zákona, když zadavatel přesto, že musel mít pochybnosti (viz podané námitky proti zadávacím podmínkám, obdržení jediné nabídky od dodavatele, který je propojen se současným poskytovatelem systému) o tom, zda jsou zadávací podmínky v otevřeném řízení nastaveny v souladu se zákonem, zároveň tedy i pochybnosti o tom, zda se otevřeného zadávacího řízení zúčastnili všichni potenciální uchazeči, zakázku v tomto druhu zadávacího řízení zadával. Dle názoru Úřadu opačný výklad zákona, tzn. mechanická aplikace ustanovení § 22 odst. 2 zákona je nemyslitelný, neboť by tak byla výrazným způsobem narušena hospodářská soutěž, kdy zadavatelé by „narychlo“ zahájili např. otevřené zadávací řízení, v rámci kterého by zadávací podmínky uzpůsobili pro určitý okruh dodavatelů, v nabídce takového dodavatele (dodavatelů) by se vyskytla nesrovnalost, která by byla důvodem vyloučení takového uchazeče (uchazečů) a následně by zadavatel „beztrestně na přímo“

veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení s uveřejněním, které je materiálně jednacím řízením bez uveřejnění, předem určenému dodavateli.

292. Jak je zřejmé z dokumentace o veřejné zakázce, zadavatel vyzval k podání nabídky v jednacím řízení s uveřejněním jediného uchazeče, neboť pouze jeden uchazeč podal nabídku v předchozím otevřeném řízení, což bylo zapříčiněno právě nezákonně nastavenými zadávacími podmínky v předchozím otevřeném řízení. Pochybnost o zákonném nastavení zadávacích podmínek musel mít zadavatel v otevřeném řízení de facto potvrzeno i tím, když obdržel nabídku jediného uchazeče, přičemž se jednalo o uchazeče, který je propojen se stávajícím provozovatelem systému (ve vyjádření ze dne 24. 6. 2016 zadavatel potvrdil, že o skutečnosti, že se jedná o uchazeče, který má vazby na současného provozovatele NEN, věděl, pozn. Úřadu) a zadavatel tedy musel mít pochybnosti, zda nebyly zadávací podmínky zpracovány nedostatečně konkrétně, přesně a jasně, když nabídku byl schopen podat pouze uchazeč, který má mnohem podrobnější informace o stávajícím systému.
293. Je zřejmé, že zadavatel v případě, kdy v průběhu otevřeného řízení obdržel množství námitek proti zadávacím podmínkám a nabídku pouze uchazeče, který je propojen se stávajícím poskytovatelem NEN, v žádném případě nemohl mít za to, že by mu zadávání veřejné zakázky v otevřenějším druhu zadávacího řízení, nemohlo přinést lepší výsledky, resp. nemohlo by být podáno více nabídek (v šetřeném případě jde zejména o skutečnost, že by se potenciální uchazeči v případě zadávání veřejné zakázky v otevřenějším druhu zadávacího řízení měli možnost bránit proti nezákonně nastaveným zadávacím podmínkám a zadavatel by následně musel zakázku zrušit a na základě změněných zadávacích podmínek poté mohl obdržet nabídky od více dodavatelů).
294. Zadavateli je bezpochyby, s ohledem na jeho postavení gestora zákona, stejně tak subjektu, jež provádí metodické řízení procesu zadávání veřejných zakázek, známa výše uvedená evropská i česká judikatura vztahující se k zadávání veřejných zakázek v zadávacích řízeních, která omezují okruh uchazečů a neumožňují provedení řádné hospodářské soutěže o zakázku a z tohoto plynoucí závěry, že takových zadávacích řízení lze využít pouze při splnění restriktivních zákonných podmínek (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie, C-57/94, Recueil, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13) a těchto zadávacích řízení nesmí být v žádném případě zneužíváno a musí být vždy šetřeno jejich smyslu a účelu, neboť jsou výjimkou z běžného a zákonného postupu zadavatele a lze jich využít skutečně jenom v krajních případech, zejména tehdy, kdy tím nemůže být narušena hospodářská soutěž, popř. je narušení, resp. omezení hospodářské soutěže zákonem předpokládáno a určitým relevantním způsobem odůvodněno. Přičemž, jak již bylo uvedeno výše, ustanovení § 22 odst. 2 zákona „dovoluje“ omezení soutěže v tomto druhu zadávacího řízení z toho důvodu, že v předchozím otevřeném řízení byl „uzavřen“ okruh subjektů, tzn. otevřeného řízení se zúčastnili všichni potenciální uchazeči, a proto v následujícím jednacím řízení mohou být za účelem urychlení zadání zakázky, vyzváni již pouze tito uchazeči (neboť je předpokládáno, že jiní neexistují, protože ti se mohli zúčastnit otevřeného řízení). Takový stav v předmětné věci však nenastal, když okruh uchazečů by v případě zákonného postupu zadavatele v rámci otevřeného řízení, byl mnohem širší, o čemž zadavatel musel mít pochybnosti, když obdržel námítky od tří různých dodavatelů, kteří namítali nezákonnost zadávacích podmínek. V případě, že tedy nebyl naplněn účel a jakýsi materiální předpoklad pro zadání v tomto

druhu zadávacího řízení, nebyl zadavatel oprávněn ho pro zadání předmětu veřejné zakázky použít. Nelze v tomto případě považovat využití jednacího řízení podle § 22 odst. 2 zákona za souladné se zákonem, když tím došlo de facto k přímému zadání zakázky jedinému uchazeči, a to na základě předchozího nezákonného postupu zadavatele, který spočívá v tom, že zadávací podmínky otevřeného řízení, které má být předpokladem pro možnost použití jednacího řízení dle § 22 odst. 2 zákona a má zejména vymezit okruh potenciálních uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku, byly nastaveny v rozporu se zákonem, přičemž o takové skutečnosti zadavatel minimálně musel mít silné pochybnosti.

295. Tím, že zadavatel zadával veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení, neměli potenciální uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku žádnou možnost obrany proti nezákonnému postupu zadavatele. V momentě, kdy potenciální dodavatelé měli reálné pochybnosti o zákonnosti nastavení zadávacích podmínek (v otevřeném řízení), a podnikli k obraně svých práv zákonné úkony, zadavatel svým jednáním těmto dodavatelům znemožnil domoci se svých práv, jelikož jakýkoliv přezkum zadávacích podmínek vyloučil, neboť veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení zrušil a následně „na přímo“ zadal veřejnou zakázku vybranému uchazeči. V případě, že by zadavatel uveřejnil oznámení o zahájení jednacího řízení s uveřejněním, popř. využil jiného transparentnějšího druhu zadávacího řízení, mohli by se uchazeči bránit proti nezákonně nastaveným zadávacím podmínkám, přičemž jestliže takové pochybnosti reálně existovaly, byl zadavatel s ohledem na základní zásady zadávacího řízení, povinen zvolit takový druh zadávacího řízení, který by umožnil soutěž mezi uchazeči. Svým postupem však zadavatel zcela v rozporu se základními zásadami vyloučil jakoukoliv hospodářskou soutěž. Je zcela nepředstavitelné, že by takový postup mohl být Úřadem aprobován, neboť takovýmto způsobem by pak k obcházení zákona zadavateli mohlo docházet naprosto standardně. Pokud by zadavatel nastavil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, tedy tak, že by nabídku mohl podat jediný uchazeč, přičemž ostatní dodavatelé by měli z důvodu nezákonně nastavených zadávacích podmínek znemožněnu účast v předmětném zadávacím řízení, proti čemuž by se zákonným způsobem bránili podáním námitek zadavateli, přičemž ten by toto zadávací řízení zrušil a tím se vyhnul právě možnému přezkumu Úřadem, neboť ten po zrušení předmětného zadávacího řízení, je nucen v případě, že je již vedeno správní řízení, toto správní řízení z procesních důvodů dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavit, a následně bez dalšího zadal zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, kdy neuveřejní jeho oznámení širšímu okruhu uchazečů, téměř znemožňuje možnost využití institutu podání námitek, neboť dodavatelé nemají povědomí o tom, že již bylo zahájeno zadávací řízení a tedy je vyloučena možnost, jak by mohl být Úřadem před uzavřením smlouvy přezkoumán postup zadavatele, a zadavatel tak „v souladu“ se zákonem uzavře smlouvu, je toto zcela neudržitelné a Úřad je povinen na takový postup reagovat. Úřad zároveň konstantně varuje před užitím tohoto druhu zadávacího řízení, kdy již v rozhodnutí vydaném ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S113/2009 uvedl, že *„V této souvislosti však Úřad zdůrazňuje, že zadavatel není oprávněn využít pro následující zadávací řízení na veřejnou zakázku na dodávku osobních aut jednací řízení s uveřejněním podle § 22 zákona, ani jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona vzhledem k tomu, že jednou z podmínek pro využití obou uvedených typů zadávacího řízení je zachování zadávacích podmínek předchozího zadávacího řízení, tzn. že tyto podmínky nesmí být podstatně změněny, což by v případě stávajících podmínek zadání znamenalo, že zadavatel by se v následujícím zadávacím řízení zřejmě dopustil porušení § 44 odst. 9*

zákona, § 45 odst. 3 zákona a porušení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace uvedených v § 6 zákona.“. Skutečnost, že v šetřeném případě Úřad neměl možnost konstatovat (a zadavatel tedy neměl rozhodnutím Úřadu postaveno najisto), že zadávací podmínky otevřeného zadávacího řízení byly stanoveny v rozporu se zákonem, neboť zadavatel předmětné otevřené zadávací řízení zrušil a Úřad tak nemohl meritorně rozhodnout v rámci podaného návrhu (viz bod 164. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jde pouze k tíži zadavatele, neboť ten měl na základě těchto pochybností zvolit postup, který by byl v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek a předmět plnění následně zadávat v transparentním druhu zadávacího řízení, aby mohli potenciální dodavatelé opětovně využít svého práva na přezkum zadávacích podmínek předmětného zadávacího řízení a zadávací podmínky veřejné zakázky tedy mohly být podrobeny přezkumu ze strany Úřadu před uzavřením smlouvy, příp. mohl (v daném případě dle názoru Úřadu měl povinnost) užít institutu dobrovolného oznámení ex ante.

296. Využití tohoto druhu zadávacího řízení (jednacího řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona) ve výše popsané situaci nebylo v žádném případě zákonodárcem předpokládáno ani aprobeováno a postup zadavatele tedy materiálně nenaplnňuje podmínky stanovené v § 22 odst. 2 zákona, resp. smysl a účel tohoto ustanovení zákona, když není v souladu se základními zásadami; bezpochyby nebylo záměrem zákonodárce, aby postupu podle § 22 odst. 2 zákona mohlo být využito (zneužito) v situaci, kdy zadavatel nezákonně nastaví zadávací podmínky, takové zadávací řízení pak zruší, čímž vyloučí jakýkoliv přezkum takového zadávacího řízení a následně zakázku zadá v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, tedy přímo jedinému uchazeči, který podal nabídku v přechodném otevřeném řízení, a to na základě nezákonně nastavených zadávacích podmínek. Za popsaný postup zadavatele přitom musí existovat účinná a odrazující sankce, kterou je v tomto případě konstatování spáchání správního deliktu a z toho plynoucí možnost uložení zákazu plnění smlouvy, neboť použitím jednacího řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení zadavatel zcela v rozporu se základními zásadami vyloučil jakoukoliv hospodářskou soutěž.
297. Účelem zásady transparentnosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je pak zajištění toho, aby zadávání veřejné zakázky proběhlo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, přičemž porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
298. Ve vztahu k problematice transparentnosti zadávací dokumentace lze rovněž odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010, ve kterém se uvádí následující: *„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.“.*
299. S ohledem na výše popsaný postup zadavatele lze odkázat taktéž zejména na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 166/2005-125 ze dne 14. 5. 2007 (tentýž závěr byl

vysloven taktéž např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 25/2010-94 ze dne 19. 7. 2011), kde soud uvedl, že zásada transparentnosti je porušena tehdy, „(...) pokud by v zadávacím postupu 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. (...)“. Lze bezpochyby uvést, že v popsaném zadávacím postupu existují prvky, které vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele, když zadavatel mohl předmět veřejné zakázky zadat i v jiném druhu zadávacího řízení (zadavatel neuvedl žádné důvody, které by svědčily o nutnosti zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení, pozn. Úřadu), a i přesto, že musel mít pochybnosti, zda jsou zadávací podmínky stanoveny v souladu se zákonem a mohou tedy existovat, resp. v tomto případě měl postaveno najisto, že existují (viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí, námitky dodavatelů v rámci otevřeného řízení) i další potenciální dodavatelé, kteří by mohli předmět veřejné zakázky realizovat, zvolil postup nejméně transparentní, tedy postup v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení. Případně alespoň, jak již Úřad uvedl výše, měl zadavatel uveřejnit dobrovolné oznámení ex ante, když veřejnou zakázku zadával v jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2 zákona.

300. Zároveň lze uvést i závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 62/2010-367 ze dne 26. 4. 2012, ve kterém soud konstatoval, že „Zásady podle § 6 ZVZ (tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace), které je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ vždy dodržovat, je tak třeba doplnit o zásadu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Přestože tyto dvě naposledy uvedené zásady nejsou v ZVZ výslovně mezi základními zásadami uvedeny, je třeba, aby v souladu s nimi zadavatel postupoval, neboť i na nich je postaven ZVZ a v jejich naplnění je samotný smysl zadávání veřejných zakázek podle ZVZ.“. Postupem zadavatele totiž došlo ke zcela flagrantnímu vyloučení hospodářské soutěže o zakázku a tím tedy mohlo dojít i k nevhodnému vynaložení veřejných prostředků, když není vyloučeno, že v případě otevřené soutěže o zakázku by zadavatel obdržel výhodnější nabídky.
301. Současně Úřad uvádí, že neoprávněné využití jednacích řízení bez uveřejnění je typickým případem i porušení zásady zákazu diskriminace, neboť takovým postupem zadavatele jsou diskriminováni všichni dodavatelé, kteří nebyli k jednání vyzváni, a právě v důsledku neoprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění je jim znemožněna účast v zadávacím řízení (při takovém neoprávněném užití jednacích řízení bez uveřejnění je možné uvažovat nikoliv o porušení této konkrétní zásady, ale kumulativně o porušení všech zásad stanovených komentovaným ustanovením). Právě uvedené potvrdil i SDEU v rozhodnutí C-16/98 ve věci Komise v. Francouzská republika, kde uvedl, že „(...) Princip nediskriminace mezi uchazeči je použitelný na všechna stadia zadávacího řízení a nejen od okamžiku, kdy dodavatel předloží nabídku.(...)“.
302. Dále lze odkázat taktéž na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že smysl ustanovení § 6 zákona „v první řadě směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“. Dále Nejvyšší

správní soud zdůraznil, „že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“. Zásada zákazu diskriminace je obligatorním principem při realizaci zadávacích řízení a je na ni kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, který se otázkou zákazu diskriminace v jakýchkoliv formách na jakékoli úrovni také několikrát zabýval, a to např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2005 ve věci C-158/03 Komise Evropských společenství proti Španělskému království.

303. Zadavatel tudíž při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel zásadu transparentnosti a zásadu zákazu diskriminace, když předmět plnění zadával v jednacím řízení podle § 22 odst. 2 zákona, přičemž k takovému postupu nebyl zadavatel, právě s ohledem na dodržení základních zásad, zejména zásady transparentnosti a zásadu zákazu diskriminace oprávněn.
304. Postup zadavatele mohl mít bezpochyby vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel zadával předmětnou veřejnou zakázku v transparentním druhu zadávacího řízení, mohlo se předmětného zadávacího řízení zúčastnit větší množství potenciálních dodavatelů, resp. tito by mohli uplatnit námitky proti zadávacím podmínkám, a jak je zřejmé z výroku I. tohoto rozhodnutí, veřejná zakázka by byla Úřadem zrušena, neboť zadávací podmínky nebyly nastaveny v souladu se zákonem. Při zadávání veřejné zakázky v zadávacím řízení, kdy oznámení o zahájení takového zadávacího řízení není vůbec zveřejněno, existuje vysoká míra pravděpodobnosti, že existovali další potenciální uchazeči, kteří by se zadávacího řízení, pokud by bylo realizováno transparentním způsobem, zúčastnili, přičemž je zřejmé, že v tomto případě existovali minimálně tři takoví dodavatelé (viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kteří o předmětnou veřejnou zakázku projevíli zájem. Zároveň lze konstatovat, že vliv na výběr je zřejmý přímo vzhledem k navrhovateli, když v návrhu výslovně uvedl, že měl zájem se předmětného zadávacího řízení účastnit, pokud by se o něm dozvěděl. Zároveň Úřad odkazuje na body 250. a 251. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde se Úřad podrobně věnuje problematice potenciálního vlivu na výběr nejvhodnější nabídky.
305. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadával v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, aniž by k použití tohoto druhu zadávacího řízení byl v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, zejména s ohledem na povinnost zachování zásady transparentnosti a nediskriminace, oprávněn, když ke splnění podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení došlo pouze z důvodu předchozího nezákonného postup zadavatele, když zadavatel sám zapříčinil stav, kdy v původním otevřeném řízení mohlo být podáno omezené množství nabídek, přičemž zadavatel následně obdržel jedinou nabídku, která nesplnila zadávací podmínky a zadavateli tak vznikla možnost zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, a to postupem dle § 22 odst. 2 zákona, tedy i bez povinnosti uveřejnit oznámení jednacích řízení s uveřejněním, přičemž takový postup není v souladu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace a mohl mít vliv na výběr nevhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu. Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

306. Podle § 146 odst. 1 zákona, je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele, oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o subdodávce, oznámení o výsledku zadávacího řízení, souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů, rozumí se tím uveřejnění
- a) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku a uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele nebo souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy,
 - b) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 a Úředním věstníku Evropské unie, jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 se v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.
- Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.
307. Zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, může podle § 146 odst. 2 zákona uveřejnit dobrovolně oznámení o záměru uzavřít smlouvu.
308. Zadavatel je podle § 26 odst. 4 zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení způsobem uvedeným v § 146 zákona v § 147 zákona.
309. Jak již bylo několikrát uvedeno v odůvodnění tohoto rozhodnutí, v šetřeném případě zadavatel postupoval v jednacím řízení s uveřejněním podle ustanovení § 22 odst. 1 a 2 zákona, přičemž podle § 22 odst. 2 zákona není zadavatel povinen uveřejnit oznámení jednacím řízení s uveřejněním a v takovém případě postupuje podle § 34 odst. 1 až 3 zákona obdobně. Výzvu k jednání je zadavatel povinen zaslat všem uchazečům, kteří podali nabídky podle věty první tohoto ustanovení zákona.
310. V souladu s ustanovením § 26 odst. 1 zákona zahajuje zadavatel zadávací řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení.
311. Na základě výše citovaných ustanovení zákona Úřad uvádí, že zákon neukládá zadavateli povinnost uveřejnit v případě jednacím řízení s uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, jestliže postupuje podle § 22 odst. 2 zákona. Jednacím řízení s uveřejněním se v takovém případě zahajuje odesláním výzvy všem uchazečům, kteří podali v předchozím otevřeném řízení nabídky splňující požadavky § 69 odst. 5 zákona.
312. Jak již Úřad dovodil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel formálně sice splnil požadavky stanovené zákonem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním, nicméně k použití tohoto druhu zadávacího řízení přesto nebyl oprávněn, neboť v předchozím otevřeném řízení nastavil zadávací podmínky v rozporu se zákonem (viz body 149. až 252. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž o této skutečnosti minimálně musel mít pochybnosti a za takového stavu není použití jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení v souladu se základními uvedenými v § 6 odst. 1 zákona

a smyslem a účelem tohoto ustanovení zákona a postup v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení tedy nebyl oprávněn využít (viz body 262. až 305. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

313. Z odůvodnění výroku II. tohoto rozhodnutí tedy zároveň vyplývá, že zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení uvedeném v § 21 zákona, resp. nebyl oprávněn veřejnou zakázku zadat bez jejího předchozího uveřejnění, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek (mimo veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění) ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení.
314. Úřad konstatuje, že zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup, kdy zadavatel nejprve nezákonně nastavil zadávací podmínky otevřeného řízení, protože obdržel pouze jedinou nabídku, která následně nesplnila zadávací podmínky, přičemž z toho důvodu bylo otevřené zadávací řízení zrušeno a zakázka mohla být z formálního hlediska zadána v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona.
315. Úřad v této souvislosti odkazuje již na výše zmíněný rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, ze kterého vyplývá, že zadavatel není oprávněn zadat veřejnou zakázku na základě písemné výzvy zaslané jednomu uchazeči za předpokladu, že si zadavatel nejprve sám vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se zákonného postupu zadání veřejné zakázky na základě písemné výzvy zaslané jednomu uchazeči (podrobněji viz bod 290. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad zároveň odkazuje na odůvodnění výroku II. tohoto rozhodnutí, kde podrobně popsal, z jakého důvodu nebyl zadavatel oprávněn postupovat v jednacím řízení podle § 22 odst. 2 zákona a v návaznosti na to, byl tedy povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení.
316. Tím, že zadavatel neuveřejnil oznámení o zahájení předmětného zadávacího řízení, i přesto, že k tomu byl povinen, když postup zadavatele v jednacím řízení podle § 22 odst. 2 zákona byl v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení a v rozporu se smyslem a účelem daného ustanovení, byli potenciální uchazeči absolutně zbaveni možnosti účinně se bránit proti nezákonnému nastavení zadávacích podmínek. Jestliže reálně existovaly pochybnosti o zákonnosti zadávacích podmínek, byl zadavatel s ohledem na zásady zadávacího řízení, povinen zvolit takový druh zadávacího řízení, který by umožnil soutěž mezi uchazeči; použitím jednacího řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení zadavatel zcela v rozporu se základními zásadami vyloučil jakoukoliv hospodářskou soutěž.
317. K uvedenému Úřad opětovně odkazuje na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a to s účinkem k 18. dubnu 2016, která se věnuje otázce postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v odstavci 50: *„S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednacím řízením bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou*

soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacím řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.“. Jak vyplývá z citované směrnice, k zadávání veřejných zakázek bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení by tedy mělo docházet ve zcela výjimečných případech, kdy např. objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést, což však není případ šetřené veřejné zakázky, neboť je bezpochyby zřejmé, že kromě vybraného uchazeče existovali nejméně tři další potenciální dodavatelé, kteří měli o realizaci šetřené veřejné zakázky zájem.

318. Skutečnost, že zadavatel nepostupoval v rámci předchozího otevřeného řízení v souladu se zákonem, pak pro zadavatele nemůže znamenat zvýhodnění a je třeba konstatovat jak spáchání správního deliktu spočívajícího v neoprávněném zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o zakázce, tak i samotné neuveřejnění předmětného oznámení, neboť se jedná o natolik závažné jednání, že ho zákonodárce koncipuje jako samostatný delikt.
319. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 202/2013, ve kterém jmenovaný soud přezkoumával rozhodnutí Úřadu, ve kterém Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a písm. c) zákona, za což mu uložil pokutu a zákaz plnění smlouvy. Citovaný soud se v uvedeném rozsudku vyjádřil ke vztahu obou deliktů, když uvedl, že: *„Mezi oběma delikty by bylo možné dovodit vztah příčiny a následku, nicméně soud považuje oba delikty za rovnocenné. Žalobce si musel být (resp. mohl být) při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vědom rizika obou deliktů a při vědomí si zásady neznalost zákona neomlouvá i případných následků obou deliktů, a to zejména možnosti uložení zákazu plnění uzavřené smlouvy ze strany ÚOHS, v rámci řízení zahájeného na návrh – viz § 118 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. V případě akceptace faktické konzumpce, tedy konstatování marginality deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách by soud vytvořil prostředí, ve kterém by bylo možné brát spáchání deliktu dle § 120 ods.t 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve faktické konzumpci deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách a uložení pokuty jako jediného možného trestu jako „náklad“ obětovaný omezení (a možného ovlivnění) soutěže, který si lze zakalkulovat a kompenzovat v obsahu samotné zakázky.“*
320. Z právě citovaného rozsudku tedy vyplývá, že není důvod nekonstatovat a neuložit sankci za spáchání obou deliktů, ač sice mezi nimi lze dovodit vztah příčiny a následku, neboť zadavatel si musí být i při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění oznámení o jeho zahájení vědom skutečnosti, že hrozí jeho postih za oba delikty a hrozí i možnost uložení zákazu plnění smlouvy, neboť v opačném případě *„(...) by bylo možné brát spáchání deliktu dle § 120 ods.t 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve faktické konzumpci deliktu dle § 120 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách a uložení pokuty jako jediného možného trestu jako „náklad“ obětovaný omezení (a možného ovlivnění)*

soutěže, který si lze zakalkulovat a kompenzovat v obsahu samotné zakázky.“, což považuje soud za nepřípustné.

321. Na základě provedeného šetření v rámci předmětné veřejné zakázky má pak Úřad za prokázané, že zadavatel neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek, ani v Úředním věstníku Evropské unie, oznámení ve smyslu § 146 odst. 1 zákona, stejně tak zadavatel neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu ustanovení § 146 odst. 2 zákona.
322. Pro odstranění všech pochybností Úřad dále uvádí, že nepřehlédl, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání zadavatele posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání zadavatele je správním deliktem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž zadavateli by při ukládání sankce dle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako dle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Za tohoto stavu věci není dle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro zadavatele příznivější, a proto jednání zadavatele Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci Nejvyšší správní soud dovodil povinnost správních orgánů zabývat se dodržením ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro pachatele příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013).
323. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na šetřenou veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoliv byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
324. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení pokuty

325. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
326. Podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
327. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky stanovil v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a § 6 odst. 1 zákona, tedy v rozporu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace, neboť požadavky na předmět plnění nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když dodavatelům neposkytl

dostatečné informace o zdrojových kódech, vývojovém prostředí a šablonách původního systému NEN, o službách podpory systému a o nabídkovém prototypu, v důsledku čehož byly zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky nastaveny netransparentním způsobem a diskriminovaly potenciální dodavatele, kteří neměli znalost původního systému NEN, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu.

328. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání šetřené veřejné zakázky postupoval v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, aniž by k použití tohoto druhu zadávacího řízení byl v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, zejména s ohledem na povinnost zachování zásady transparentnosti a nediskriminace, oprávněn, když ke splnění podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení došlo pouze z důvodu předchozího nezákonného postup zadavatele, když zadavatel sám zapříčinil stav, kdy v původním otevřeném řízení mohlo být podáno omezené množství nabídek, přičemž zadavatel následně obdržel jedinou nabídku, která nesplnila zadávací podmínky a zadavateli tak vznikla možnost zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení s uveřejněním, a to postupem dle § 22 odst. 2 zákona, tedy i bez povinnosti uveřejnit oznámení jednacím řízení s uveřejněním, přičemž takový postup není v souladu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace a mohl mít vliv na výběr nevhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu.
329. Ve výroku III. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
330. Výše specifikovanými postupy zadavatel naplnil skutkovou podstatu správních deliktů podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) a písm. c) zákona.
331. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
332. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 8. 6. 2016 a z podaného návrhu, který byl Úřadu doručen dne 17. 6. 2016. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 4. 5. 2016. Ke spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I., II. a III. tohoto rozhodnutí došlo dne 4. 5. 2016, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky zadané v jednacím řízení s uveřejněním. Z uvedených údajů je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
333. Za správní delikt se podle § 120 odst. 2 zákona uloží pokuta do
- a) 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona,
 - b) 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona,
 - c) 1 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. h) zákona.

334. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II. a III. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
335. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné samostatně posuzovat jednotlivé sazby za uvedené správní delikty.
336. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který správní delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
337. V daném případě se zadavatel dopustil při zadávání šetřené veřejné zakázky dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a jednoho správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, za které lze v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
338. Cena šetřené veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle čl. 14 „Cena plnění a platební podmínky“ v návaznosti na přílohu č. 6 „Tabulka pro zpracování nabídkové ceny“ smlouvy uzavřené dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem částku ve výši 15 306 258,- Kč včetně DPH za cenu díla, dále částku ve výši 1 218 954,- Kč včetně DPH za měsíc poskytování služeb podpory provozu, celkově ve výši 29 254 896,- Kč včetně DPH za 24 měsíců poskytování služeb podpory provozu, a dále částku ve výši 14 520,- Kč včetně DPH za jeden člověkodenní rozvoje systému,

celkově ve výši 5 082 000,- Kč včetně DPH za 350 člověkodní poskytování rozvoje, přičemž celková nabídková cena byla vypočtena na částku ve výši 49 643 154,- Kč včetně DPH.

339. Cena šetřené veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle smlouvy uzavřené dne 4. 5. 2016 s vybraným uchazečem tedy celkovou částku ve výši 49 643 154,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku ve výši 4 964 315,40 Kč.
340. S ohledem na to, že všechny správní delikty jsou z hlediska výše sankce stejně závažné, neboť u všech je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a k dalším dvěma deliktům přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku III. tohoto rozhodnutí přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
341. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
342. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Ve stejném rozsudku je dále uvedeno, že *„úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.“*.
343. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008, kde soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“*.
344. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaných rozsudcích, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
345. Hlavním kritériem, které je podle citovaného ustanovení zákona rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlídnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnost, za nichž byl spáchán).

346. Z hlediska závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu a akcentuje skutečnost, že účelem zadávacího řízení podle zákona je zejména zabezpečení volné a efektivní soutěže o předmět veřejné zakázky a tím také dosažení efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů.
347. Nezákoný postup zadavatele v jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění jeho oznámení dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatel tím v rozporu se zákonem výrazně omezil, resp. vyloučil soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 odst. 1 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti.
348. K uvedenému Úřad dále uvádí, že způsob, jakým zadavatel postupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky, lze považovat za zcela flagrantní obcházení zákona, které dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť jednacím řízení s uveřejněním, které v § 22 odst. 2 zákona dává možnost neuveřejnit oznámení o zahájení jednacím řízení s uveřejněním, využil v situaci, kdy sice formálně splnil zákonem stanovené požadavky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním, nicméně využil tohoto postupu v situaci, kdy jím nastavené zadávací podmínky byly v rozporu se zákonem, přičemž o tomto minimálně musel mít pochybnosti (viz podané námítky proti zadávacím podmínkám, obdržení jediné nabídky od dodavatele, který je propojen se současným poskytovatelem systému) a současně věděl, že zákonnost nastavení zadávacích podmínek byla předmětem šetření ve správním řízení u Úřadu, a materiálně tak nebyl naplněn účel použití jednacím řízení s uveřejněním. Tohoto zadávacího řízení lze totiž využít jen tehdy, pokud původní otevřené zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem, a pokud se ho zúčastnil, resp. mohl zúčastnit v případě jejich zájmu zákonný okruh uchazečů. V šetřeném případě však předchozí otevřené řízení neproběhlo v souladu se zákonem, neboť zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, netransparentním a diskriminačním způsobem, čímž se ho nezúčastnil a ani nemohl vzhledem ke způsobu nastavení zadávacích podmínek zúčastnit zákonný okruh uchazečů, přestože další potenciální dodavatelé existovali a měli zájem o předmětnou veřejnou zakázku usilovat, a v jednacím řízení s uveřejněním tak mohl nabídku podat pouze uchazeč, který měl k dispozici informace nezbytné pro zpracování nabídky, které však byly nad rámec informací obsažených v zadávacích podmínkách, tedy např. vybraný uchazeč, který je napojen na stávajícího provozovatele systému NEN. Jestliže tedy zadavatel postupoval při zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním postupem podle § 34 odst. 1 až 3 zákona, došlo tak k obcházení účelu předmětného ustanovení. Jako přitěžující okolnost v této souvislosti Úřad vnímá skutečnost, že zadavatel nebyl žádnými vnějšími okolnostmi (zadavatel žádné takové okolnosti neuvedl) nucen k zadání předmětné veřejné zakázky v určitém „zrychleném“ řízení a jednacím řízení s uveřejněním bez uveřejnění jeho oznámení tedy využil zcela v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení.
349. Následkem spáchaného správního deliktu je skutečnost, že zadavatel svým postupem znemožnil účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku. Jak již Úřad uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel věděl o existenci dalších potenciálních dodavatelů, kteří měli zájem realizovat předmět šetřené veřejné zakázky, přičemž se jedná o ty dodavatele, kteří v průběhu otevřeného řízení podali námítky, kterými

napadali zadávací podmínky. Jak vyplývá z obsahů podaných námitek, tito dodavatelé se z důvodu nezákonně nastavených zadávacích podmínek nemohli zúčastnit předcházejícího otevřeného zadávacího řízení a následné zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění jeho oznámení jim zcela znemožnilo se na zadavatele opětovně obrátit s námitkami proti zadávacím podmínkám a domoci se tak práva na zákonný průběh zadávacího řízení. Zadavatel tak narušil, resp. v šetřené veřejné zakázce přímo vyloučil soutěžní prostředí, neboť k podání nabídky v jednacím řízení s uveřejněním vyzval jediného uchazeče. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků a zejména s ohledem na předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.

350. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu spáchání dalších správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a to deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
351. Po posouzení šetřeného případu, vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost i skutečnost, že zadavatel prokazatelně musel mít pochybnosti o zákonném průběhu předchozího otevřeného řízení, když v jeho průběhu obdržel námitky tří dodavatelů proti zadávacím podmínkám a posléze obdržel pouze nabídku uchazeče napojeného na současného provozovatele systému NEN a i za tohoto stavu předmětnou veřejnou zakázku zadal postupem odpovídajícím jednacím řízení bez uveřejnění a tím zcela vyloučil hospodářskou soutěž. Jako přitěžující okolnost shledává Úřad i skutečnost, že zadavatel byl navrhovatelem výslovně dotazován, jakým způsobem bude po zrušení otevřeného zadávacího řízení probíhat zadávání předmětu plnění, přičemž zadavatel mu dle vyjádření navrhovatele dne 29. 4. 2016 (je zřejmé, že datum 25. 2. 2016 na předmětné odpovědi je chybné, když dotaz byl zadavatel dle tohoto dopisu doručen dne 5. 4. 2016, přičemž zadavatel se proti datu uváděnému navrhovatelem žádným způsobem neohradil) odpověděl, že neví, jak bude v daném případě postupovat, přičemž je zřejmé, že v té době již byla odeslána výzva vybranému uchazeči k jednání v jednacím řízení dle § 22 odst. 2 zákona, což v souladu s výše zmíněným rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 25/2010-94 ze dne 19. 7. 2011 skutečně vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele, když není jasné, z jakého důvodu měl zadavatel zájem zadávání předmětné veřejné zakázky „utajit“ a zásada transparentnosti tak byla narušena hrubým způsobem.
352. Při určení výměry pokuty se Úřad v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 věta druhá zákona zabýval rovněž otázkou, v jakém finančním rozsahu bylo ze smlouvy plněno.
353. Smlouva na realizaci šetřené veřejné zakázky byla uzavřena dne 4. 5. 2016. Z uvedeného je zřejmé, že předmět šetřené veřejné zakázky je realizován již po dobu delší než 6 měsíců.
354. Jak vyplývá z článku 14. „Cena plnění a platební podmínky“, bodu 14.1.3 smlouvy, cena díla bude zaplácena po částech odpovídajících plnění v rámci jednotlivých etap po jejich splnění dle harmonogramu obsaženého v příloze č. 2 a dle podrobné cenové specifikace uvedené v příloze č. 8 smlouvy, a to na základě daňového dokladu vystaveného vybraným uchazečem, přičemž vybraný uchazeč není oprávněn vystavit daňový doklad za příslušnou etapu dříve, než po úspěšném provedení všech akceptačních procedur všech částí díla tvořících etapu. Dále má být podle bodu 14.2. smlouvy hrazena cena služeb podpory provozu za jeden měsíc

poskytování této služby a podle bodu 14.3. smlouvy má být hrazena cena rozvoje za jeden člověkoden rozvoje.

355. K tomu Úřad dodává, že zadavatel na základě usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-45262/2016/532/KSt ze dne 9. 11. 2016 sdělil, že ke dni 18. 7. 2016 došlo k akceptaci etapy č. 1 „Vytvoření a akceptace návrhu realizace ve smyslu čl. 3.1.1. smlouvy“ a za zpracování této etapy byl vybraným uchazečem vystaven daňový doklad na částku ve výši 2 947 560,- Kč včetně DPH.
356. Jestliže má Úřad při určení výměry pokuty posoudit, v jakém finančním rozsahu bylo ze smlouvy již plněno, pak pokud byl dosud vystaven daňový doklad na částku ve výši 2 947 560,- Kč včetně DPH, představuje tato částka cca 6% z celkové ceny sjednané za realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky ve výši 49 643 154,- Kč včetně DPH. V návaznosti na uvedené skutečnosti týkající se rozsahu finančního plnění předmětu veřejné zakázky Úřad uvádí, že v návaznosti na § 118 odst. 2 zákona přihlédl při určení výměry pokuty rovněž k této skutečnosti. Protože bylo podle finančního rozsahu plněno ze strany zadavatele dosud ve výši cca 6% z celkové sjednané ceny za realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky. Nicméně nelze přehlédnout skutečnost, že zadavatel bude hradit i plnění spojené s další etapou veřejné zakázky, která by měla být v následujících týdnech dokončena (ukončení prací na této části předmětu plnění by mělo být do 15. 12. 2016) a hodnota prací na tomto plnění po jejich celkovém dokončení má činit 10 516 473 Kč včetně DPH.
357. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech neshledal Úřad žádné další polehčující nebo přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
358. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z internetové stránky <http://monitor.statnipokladna.cz/2016/statni-rozpočet/kapitola/317>, konkrétně z rozpočtu zadavatele na rok 2016 vyplývá, že zadavatel pro rok 2016 disponuje s příjmy v celkové výši 8 693 011 tis. Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, kterými zadavatel disponuje, považovat za likvidační, popř. v tomto smyslu nespravedlivou.
359. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
360. Po zvážení všech okolností šetřeného případu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, zejména

kontinuálnímu zatím stále trvajícím plnění, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující. Stanovená výše pokuty podle Úřadu přitom dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, přičemž ve vztahu k zadavateli akcentuje právě preventivní účinek uložené sankce.

361. Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinak. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
362. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na předmět veřejné zakázky byla již uzavřena a nápravy tak nelze dosáhnout jinak. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
363. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

K výroku V. tohoto rozhodnutí – uložení zákazu plnění smlouvy

364. Podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení.
365. Stěžovatel může podle § 110 odst. 7 zákona podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona bez předchozího podání námitek.
366. Podle § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona,
 - b) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo
 - c) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle § 82 odst. 3 zákona.
367. Z výše uvedeného ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele. Jak vyplývá z tohoto již výše citovaného ustanovení, základním předpokladem pro uložení zákazu plnění ze smlouvy je zde skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona. To, že se zadavatel v šetřeném případě tohoto správního deliktu dopustil, dovodil Úřad již výše v rámci odůvodnění výroku III. tohoto rozhodnutí.
368. Citované ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle

§ 146 odst. zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 115 odst. 5 zákona, přičemž obě tyto podmínky musí být splněny kumulativně.

369. K otázce uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu Úřad uvádí, že podle § 146 odst. 2 zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu, případně tak může zadavatel postupovat v případě, kdy byl ze zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, ale neučinil tak. Řádné uveřejnění oznámení o záměru uzavřít smlouvu spolu s postupem podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jelikož uveřejnění tohoto oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda oznámení o záměru uzavřít smlouvu bylo v daném konkrétním případě skutečně řádně uveřejněno, tedy zda konkrétní oznámení zejména po obsahové stránce naplňuje účel tohoto institutu.
370. Úřad však na základě vlastní činnosti zjistil, že zadavatel dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu způsobem podle § 146 odst. 1 zákona neuveřejnil, přičemž toto zadavatel ani sám netvrdil.
371. Na základě výše uvedených skutečností má Úřad za prokázané, že zadavatel neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Z uvedeného důvodu není již třeba zkoumat, zda zadavatel dodržel postup podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona, neboť pro neuložení zákazu plnění smlouvy by muselo dojít ke kumulaci výše uvedených podmínek, což v šetřeném případě nenastalo.
372. Ze zákona vyplývá, že Úřad může podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona rozhodnout na návrh navrhovatele o uložení zákazu plnění smlouvy, pokud se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, tzn. neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek, ani v Úředním věstníku Evropské unie oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž ani neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Jelikož Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona (viz výrok III. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a navrhovatel v návrhu navrhuje uložení zákazu plnění smlouvy, je Úřad oprávněn v šetřeném případě uložit zákaz plnění smlouvy.
373. Podle § 118 odst. 5 zákona písm. b) zákona však Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona nebo naplnění důvodu podle § 118 odst. 4 zákona.
374. Úřad podle § 118 odst. 3 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázky a náklady

spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.

375. Současně Úřad podle § 118 odst. 4 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy tehdy, pokud by důsledky tohoto zákazu závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.
376. Vzhledem k § 118 odst. 3 zákona proto musí Úřad nejdříve posoudit, zda v konkrétním šetřeném případě neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění smlouvy, resp. které vylučují uložení zákazu plnění této smlouvy.
377. Pojem „veřejný zájem“ je typickým neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem přitom nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen. Naznačený postup při interpretaci tohoto neurčitého právního pojmu vyplývá i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004.
378. Úřad v posuzovaném případě vyšel z toho, že aby mohl být určitý zájem označen za veřejný, je třeba, aby se jednalo o zájem, jehož nositelem je společnost, resp. aby se jednalo o takový zájem, který je možno označit za obecně prospěšný. Veřejný zájem je třeba zpravidla dovodit ze smyslu a účelu právní úpravy, přičemž není vyloučena ani situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen.
379. Úřad v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0453/2016/VZ-26027/2016/532/KSt ze dne 21. 6. 2016 upozornil zadavatele, že v případě návrhu na zákaz plnění je zadavatel povinen Úřadu mimo jiné i označit případné důvody pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 3 zákona.
380. Zadavatel se ke správnímu řízení zahájenému na návrh vyjádřil dopisem ze dne 24. 6. 2016, přičemž v uvedeném vyjádření, ani v jiném jeho vyjádření, neuvedl žádné důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které by měly být důvodem pro neuložení zákazu plnění smlouvy.
381. K uvedenému Úřad dále uvádí, že z čl. 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace vyplývá, že: *„Předmětem veřejné zakázky je zajištění funkčního souladu*

aplikačního řešení Národního elektronického nástroje (dále také „IS NEN“) s nově připravovanou legislativou v oblasti zadávacích řízení, veřejných zakázek a koncesí (dále také „NEN I“ nebo „Systém“) a zajištění jeho následné podpory provozu a rozvoje.“.

382. Podle znaleckého posudku společnosti GTV představuje NEN v rámci Národní infrastruktury pro elektronické zadávání veřejných zakázek klíčový modul pro elektronické zadávání veřejných zakázek, které odpovídá zadávací strategii stanovené pro komplexní (strategické) nákupy s rozsáhlou metodickou a procesní podporou zadavatele u komodit, které umožňují využití elektronického zadávání, ale kombinovanou formou, tj. část úkonů bude v listinné podobě.
383. Předmětem šetřené veřejné zakázky je tedy zajištění funkčního souladu NEN s nově připravovanou legislativou v oblasti zadávacích řízení, veřejných zakázek a koncesí a následné provozování systému NEN, přičemž systém NEN má sloužit k elektronickému zadávání veřejných zakázek v rámci České republiky. Nelze však přehlédnout, že nová dle zadávacích podmínek připravovaná legislativní úprava, na kterou měl být systém nachystán je již účinná.
384. V daném případě je tedy třeba posoudit, zda jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 písm. b) zákona pokračování plnění smlouvy.
385. K tomu Úřad dodává, že pokud jdou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, pak je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout. Ustanovení § 118 odst. 3 zákona je však třeba vykládat v souladu s obecnými právními zásadami restriktivně, a to z následujících důvodů. Ustanovení § 118 odst. 3 představuje výjimku z pravidla upraveného v § 118 odst. 2 zákona, které zajišťuje, že v případech tam uvedených dojde k nápravě nezákonného stavu (tj. stavu, kdy zadavatel postupoval, a to kvalifikovaným způsobem, v rozporu se zákonem) mimo jiné tím, že smlouva, která byla uzavřena v rozporu se zákonem (a tedy v rozporu s veřejným zájmem zákonem sledovaným, tj. zájmem na zabezpečení soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů), nebude moci být plněna. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem podle § 118 odst. 3 zákona se tak musí jednat o tak závažné důvody, které převáží veřejný zájem sledovaný zákonem.
386. Důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele, jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) nese osoba, která se jich dovolává.
387. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel ve svých vyjádřeních neuvedl žádné důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které by měly být důvodem pro neuložení zákazu plnění smlouvy, přičemž ani Úřad neshledal žádné důvody, které by byly hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, a které by tedy vyžadovaly pokračování plnění smlouvy, přičemž vycházel z předmětu plnění šetřené veřejné zakázky, u kterého zkoumal, zda tuto činnost lze označit za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, a jakou „hodnotu“ veřejného zájmu by tato činnost měla.

388. Je totiž nutné vzít v potaz i skutečnost, že současně nesmí převážit jiný, závažnější, byť partikulární, zájem. Ústavní soud totiž k této otázce definování veřejného zájmu ve správním řízení již několikrát vyložil, že „*veřejný zájem v konkrétní věci by měl být zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění správního rozhodnutí pak musí zřetelně vyplynout, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování (...)*“ (náleze ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04).
389. Úřad v daném případě zdůrazňuje skutečnost, že je současně nutno přihlídnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování některého z uchazečů.
390. V šetřeném případě důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, by mohly být spatřovány v ohrožení, za předpokladu, že by byl uložen zákaz plnění smlouvy, že systém NEN, tedy systém sloužící k elektronickému zadávání veřejných zakázek, nebude plně v souladu s novou legislativou upravující oblast zadávacích řízení, veřejných zakázek a koncesí, příp., že systém NEN nebude plně funkční a nebude provozován v důsledku toho, že nebude prováděna jeho údržba, servis a aktualizace. K uvedenému však Úřad dodává, že systém NEN je pouze jedním ze systémů, prostřednictvím kterých lze v rámci celé České republiky zadávat veřejné zakázky. Nemůže tudíž nastat situace, pokud by nebyl systém NEN plně funkční a neumožňoval by zadávání veřejných zakázek, že by v České republice nemohly být veřejné zakázky vůbec zadávány. Zákaz plnění předmětné smlouvy tedy nebude mít za žádných okolností za následek vyloučení možnosti zadávat v prostředí České republiky veřejné zakázky. Úřad dále uvádí, že systém NEN k zadávání veřejných zakázek v současné době používá minimum zadavatelů, neboť jak vyplývá ze seznamu profilu zadavatelů uvedeného v systému NEN, využívá tento systému pro zadávání veřejných zakázek pouze 176 uživatelů (viz <https://nen.nipez.cz/SeznamPlatnychProfiluZadavatelu>). Z právě uvedeného důvodu Úřad v šetřeném případě tudíž neshledal, že by činnost, která je realizována na základě šetřené veřejné zakázky, ač takovou činnost bezpochyby lze označit za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, mohla převážit zájem na zákonném zadávání veřejné zakázky a vyžadovala by pokračování plnění smlouvy uzavřené v rozporu se zákonem.
391. Nad rámec již uvedeného Úřad dodává, že ověřil i skutečnost, zda v šetřeném případě nejsou dány důvody pro neuložení zakazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 4 zákona. Po přezkoumání povahy veřejné zakázky Úřad následně existenci důvodů předvídaných § 118 odst. 4 zákona v šetřeném případě vyloučil, neboť uložením zakazu plnění smlouvy nemůže dojít k ohrožení existence širšího obranného nebo bezpečnostního programu, jenž má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.
392. Z uvedených důvodů Úřad neshledal v šetřeném případě důvody, pro které by zákaz plnění smlouvy nemohl uložit.
393. K institutu zakazu plnění smlouvy dále Úřad dodává, že zákaz plnění, resp. tento druh nápravného opatření lze považovat za specifický prostředek ochrany hospodářské soutěže.

Zákaz plnění smlouvy má být, s ohledem na skutečnost, že jejím uložením dochází k podstatnému narušení právní jistoty stran uzavřené smlouvy, ukládán pouze v případech zcela flagrantního porušení zákona, což je dáno zákonným zakotvením striktních podmínek pro možnost uložení tohoto druhu nápravného opatření a zároveň možností, za splnění určitých podmínek souvisejících s veřejným zájmem, toto nápravné opatření neuložit. Zakotvení možnosti uložit zákaz plnění smlouvy vychází a je v zákoně zakotveno v souladu se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek, která v bodě 13 uvádí, že *„Za účelem boje proti protiprávnímu přímému zadávání zakázek¹, které Soudní dvůr označil za nejzávažnější porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele či zadavatele by měly být stanoveny účinné, přiměřené a odrazující sankce.“*. Výslovně je zde pak uvedeno, že *„Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou. Neúčinnost by neměla být automatická, nýbrž by měla být prohlášena nezávislým orgánem příslušným k přezkumu nebo by měla být výsledkem jeho rozhodnutí.“*

394. Je zřejmé, že institut zákazu plnění smlouvy zakotvený v zákoně je odrazem evropských směrnic a česká zákonná úprava toto pojetí zachovává, když i podle zákona může být zákaz plnění smlouvy uložen pouze v případech podstatného omezení, popř. úplného vyloučení hospodářské soutěže o zakázku (viz konkrétní důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy stanovené v § 118 odst. 2 zákona).
395. I přesto, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, tedy bez povinnosti uveřejnit oznámení jednacím řízení s uveřejněním, byly v šetřeném případě formálně splněny, nemůže tato skutečnost vyloučit možnost Úřadu konstatovat spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a 120 odst. 1 písm. c) zákona a uložit zákaz plnění smlouvy, když ke splnění podmínek § 22 odst. 2 došlo pouze na základě postupu zadavatele, který zcela flagrantně narušuje základní zásady zadávání veřejných zakázek a obchází zákon. Zadavatel si byl vědom minimálně potenciální možnosti, že zadávací podmínky nejsou nastaveny v souladu se zákonem a byl tedy, v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, povinen zadat tuto „novou“ veřejnou zakázku v transparentním zadávacím řízení, aby se potenciální dodavatelé mohli proti zadávacím podmínkám opětovně bránit, neboť zahájený postup přezkumu zadávacích podmínek ze strany Úřadu v době zadávání původní veřejné zakázky zadavatel svým postupem znemožnil. V tomto případě nelze než uložit zákaz plnění smlouvy, neboť smlouva byla uzavřena de facto přímým zadáním, jak uvádí i citovaná směrnice, přičemž tento druh „přímého zadání“ nebyl v žádném případě zákonodárcem předpokládán a postup zadavatele tedy materiálně nenaplnuje podmínky stanovené v § 22 odst. 2 zákona; bezpochyby nebylo záměrem zákonodávce, aby postup podle § 22 odst. 2 zákona mohlo být využito v situaci, kdy zadavatel nezákonně nastaví zadávací podmínky, takové zadávací řízení pak zruší, čímž vyloučí jakýkoliv přezkum takového zadávacího řízení a následně zakázku zadá v jednacím řízení s uveřejněním podle § 22 odst. 2 zákona, tedy přímo jedinému uchazeči, který podal nabídku v přechodném otevřeném řízení, a to na základě nezákonně nastavených zadávacích

¹ Směrnice dále v bodě 14 vysvětluje, že přímé zadávání ve smyslu této směrnice zahrnuje veškeré zakázky zadané bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce.

podmínek. Dle názoru Úřadu se jedná o zcela jednoznačné obcházení zákona a porušení jeho základních zásad a za popsaný postup zadavatele tak musí existovat účinná a odrazující sankce, kterou je v tomto případě právě uložení zákazu plnění smlouvy, neboť jak směrnice dále uvádí, „*neúčinnost je neúčinnějším způsobem obnovení hospodářské soutěže a vytvoření nových obchodních příležitostí pro hospodářské subjekty, které byly protiprávně zbaveny možnosti zúčastnit se soutěže.*“.

396. Nelze tedy v šetřeném případě, zákaz plnění smlouvy neuložit, když, i s ohledem na znění citované směrnice, došlo de facto k přímému zadání zakázky jedinému uchazeči, a to na základě zcela zjevného obehití zákona.
397. Na základě výše uvedených skutečností rozhodl Úřad podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona a uložil zákaz plnění smlouvy uzavřené dne 4. 5. 2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na šetřenou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, a to v celém rozsahu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha – Staré Město,
2. QCM, s.r.o., Bellova 370/40, 623 00 Brno – Kohoutovice,
3. DEZADATA GROUP spol. s r. o., Vyskočilova 3/741, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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