

MINISTERSTVO FINANCÍ

Sekce 09 Informační a komunikační systémy

Letenská 15

118 10 Praha 1

Telefon: 257 041 111 Fax: 257 042 788

ID datové schránky: xzeaaav

E-mail: podatelna@mfcz.cz

V Praze dne 22. 2. 2016

PID: MFCR6XCGAH

Č. j.: MF-20660/2015/9001-40

Počet listů:

Přílohy: 1

Věc: **Rozhodnutí zadavatele o námitkách uchazeče O2 IT Services s.r.o. proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**

Zadavatel dne 11. února 2016 obdržel námitky obchodní společnosti O2 IT Services s.r.o., IČO: 02819678, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Michle, 140 00 Praha 4 (dále pouze jako „Stěžovatel“), ve veřejné zakázce „Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému státní pokladny (IISSP) pro období 1. 10. 2015 - 31. 12. 2017“ proti Rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Jedná se o nadlimitní veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení, jejíž předběžné oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno pod evidenčním číslem VZ: 404517 a v TED pod značkou 2015/S 092-165845. Zadavatel přezkoumal námitky z hlediska splnění zákonných náležitostí dle § 110 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále také „ZVZ“), a konstatoval, že námitky byly z formálního pohledu podány včas a obsahují předepsané náležitosti.

Zadavatel námitky přezkoumal v plném rozsahu a rozhodl tak, že námitkám se nevyhovuje.

Odůvodnění:

1. Zadavatel obdržel dne 3. února 2016 námitky Stěžovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a dne 4. února 2016 námitky uchazeče Ness Czech s.r.o. proti totožnému úkonu. Námitkám bylo ze strany Zadavatele vyhověno a s ohledem na skutečnost, že z námitek vyplynula závažná zjištění ohledně zákonnosti zadávacích podmínek, rozhodl se Zadavatel zadávací řízení zrušit, neboť nebylo již možné učinit jiné nápravné opatření.

K možnosti zrušení zadávacího řízení

2. V důvodové zprávě k ZVZ se uvádí: „Dále lze zrušit řízení i v případě, že se v průběhu řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovými důvody může být například

porušení postupu předepsaného tímto zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě, kterým by uvedené porušení zákona napravil, a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt. “

3. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na nedávné rozhodnutí Úřadu pro hospodářské soutěže (dále i jako „Úřad“ či „orgán dohledu“) č.j. ÚOHS-S199/2015/VZ-17053/2015/543/JWe a související rozhodnutí předsedy č.j. ÚOHS-R211/2015/VZ-43641/2015/321/OHo – obě rozhodnutí nabyla právní moci dne 11. prosince 2015. Úřad posuzoval případ, kdy zadavatel nesprávně stanovil zadávací podmínky (hodnotící kritérium) a když dospěl k názoru, že by se při hodnocení vždy dostal do rozporu se ZVZ, rozhodl se zadávací řízení zrušit. Oba stupně Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže potvrdily oprávněnost postupu zadavatele. Závěry orgánu dohledu jsou v očividném nesouladu s přesvědčeními Stěžovatele.
4. *„K tomu Úřad konstatuje, že § 111 odst. 6 zákona nestanoví zadavateli žádná omezení týkající se toho, jakých úkonů se opatření k nápravě mohou týkat ani jakých opatření může či nemůže zadavatel použít k nápravě úkonů, jimiž byl zákon v průběhu zadávacího řízení porušen. Obecně tedy lze konstatovat, že zadavatel může jako opatření k nápravě zrušit buď některý svůj úkon, kterým porušil zákon, nebo celé zadávací řízení veřejné zakázky v případě, že jiným způsobem nelze porušení zákona napravit. (odstavec 46 rozhodnutí prvního stupně)*
5. *Není možné odnímat zadavateli právo na zrušení zadávacího řízení v případě, kdy v průběhu zadávacího řízení zjistí, že se dopustil podstatného (ať formálního či věcného) pochybení a nutit jej takto vyhlášené zadávací řízení dokončit. Takový postup zadavatele by měl ve svém důsledku zásadní negativní dopad na řádnou hospodářskou soutěž, což by bylo v rozporu se zákonem. Tento závěr je ostatně též v souladu s důvodovou zprávou a judikaturou soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 79/2008 ze dne 6. 10. 2010), jež uvádějí, že důvodem ke zrušení zadávacího řízení je i porušení postupu předepsaného zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel (dodatečně) sám zjistil s tím, že zadavatel nemá dle zákona možnost přijmout takové opatření, kterým by uvedené porušení zákona napravil, a při eventuálním následném řízení o přezkumu úkonů zadavatele ze strany Úřadu by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty. “ (odstavec 48 rozhodnutí prvního stupně)*
6. Zadavatel se s uvedenými závěry orgánu dohledu naprosto ztotožňuje a považuje je za velmi racionální. Není možné, aby byl jedním právním předpisem povinný subjekt nucen do porušení jiného právního předpisu. Pokud by totiž zadavatel nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení v případě, kdy se dozví se o svém pochybení (např. od útvaru interního auditu, jiných kontrolních orgánů, nebo právě od dodavatelů), pak by neměl jinou možnost než dokončit zadávací řízení. Uzavřením smlouvy by se však dopustil porušení zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů, protože příkazce operace je povinen před přijetím závazku zkontrolovat dodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek. Především by ale jeho postup vedl k porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 44 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla) ve znění pozdějších předpisů, a následně by orgán finanční správy vyměřil zadavateli odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši neoprávněně vynaložených prostředků, tzn. všech

uhrazených výdajů za realizaci veřejné zakázky (viz např. známá kauza přestavby justičního paláce). V takové situaci nelze po zadavateli právoplatně požadovat, aby zadávací řízení dokončil. Má-li zadavatel možnost své pochybení napravit, pak je povinen tak učinit, což ostatně i výslovně stanoví § 111 odst. 6 ZVZ.

7. Národní právní úprava zadávání veřejných zakázek představuje transpozici směrnic EU, které omezení možnosti zrušení zadávacího řízení vůbec neobsahují. Dle úpravy směrnic tak zadavatel může zrušit zadávací řízení kdykoliv, pokud nedochází k porušení základních zásad vyplývajících ze Smlouvy o fungování EU, což by se stalo například při zrušení řízení čistě z důvodu vítězství dodavatele z jiného členského státu EU. Soudní dvůr EU dokonce judikoval v případě C-244/02 - Kaupatalo Hansel, že dle evropské legislativy je možné zrušit zadávací řízení, jestliže zadavatel po hodnocení nabídek dospěje k závěru, že nestanovil hodnotící kritéria pro něho výhodným způsobem. Stejně tak se uvádí v nejvíce respektované odborné literatuře v oblasti zadávání veřejných zakázek – viz *Sue Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, third edition, 2014, část 7-321 a následující*. Zadavatel si je samozřejmě vědom, že je vázán přísnější českou právní úpravou, ale i při její aplikaci lze využít možností eurokonformního výkladu.

K charakteru námitek Stěžovatele

8. V námitkách proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky Stěžovatel uvádí, že hodnotící komise nedodržela postup stanovený v § 78 odst. 4 ZVZ, když hodnotila dílčí hodnotící kritérium podle dokumentů v nabídkách bez vazby k nabízenému plnění veřejné zakázky. Hodnotící komise se dle Stěžovatele odklonila od ustanovení § 78 odst. 4 ZVZ, podle kterého se dílčí hodnotící kritéria musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky.
9. V 78 odst. 4 ZVZ se stanoví: *„Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky.“*
10. Z citace je patrné, že dotyčné ustanovení ZVZ vůbec neupravuje činnost hodnotící komise, nýbrž určuje povinnosti zadavatele při stanovení hodnotících kritérií. Hodnotící komise je z § 79 odst. 1 ZVZ povinna provést hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií stanovených v zadávacích podmínkách a nemůže se od nich jakkoli odchýlit.
11. Stěžovatel tedy v námitkách Zadavateli vytýká, že hodnotící kritérium nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny a že se hodnotící kritérium nevztahuje k nabízenému plnění veřejné zakázky. Námitka nesprávného stanovení hodnotícího kritéria je přitom klasickou námitkou proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 110 odst. 3 ZVZ, která musí být podána do 5 dnů od konce lhůty pro podání nabídek.
12. Stejně tak uchazeč Ness Czech s.r.o. ve svých námitkách uvedl: *„v ZD je uveden pouze způsob hodnocení, přičemž v ZD ani jejich přílohách neexistuje žádná podrobnější specifikace konkrétních požadavků zadavatele na způsob provedení migrace. Takto otevřeně formulovaná hodnotící kritéria i způsob hodnocení pak zadavateli umožňuje subjektivní pohled na jednotlivé nabídky a možnost účelového zkrácení hodnocení jednotlivých nabídek“*.

13. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že námitky uchazečů obsahovaly mimo jiné i námitky proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti stanovení hodnotícího kritéria a způsobu hodnocení. Zadavatel sice podle § 111 odst. 4 ZVZ o pozdě podaných námitkách nerozhoduje, ale z logiky věci i z odborné literatury vyplývá, že zadavatel „*může vzít obsah takových námitek v potaz a brát je dle svého uvážení jako podnět k případné nápravě z vlastního podnětu dle § 111 odst. 6 ZVZ*“.¹

Mezitímní závěr:

- 14. Zadavatel je oprávněn zrušit zadávací řízení, jestliže se v jeho průběhu dozví, že se svým úkonem dopustil pochybení, a nemá-li již možnost učinit nápravu méně závažným opatřením. Zadavatel tak může učinit na základě vlastního zjištění i na v návaznosti na pozdě podané námitky proti zadávacím podmínkám.**

V následujícím textu Zadavatel blíže rozvádí důvody, které ho vedly ke zrušení zadávacího řízení:

Chybně nastavená smluvní dokumentace

15. Zadavatel se z námitek stěžovatele dozvěděl, že se dopustil pochybení, když provedl hodnocení nabídek dle hodnotícího kritéria Metodika provedení migrace IISSP na novou verzi produktů platformy SAP s váhou 40 %. Stěžovatel v námitkách uvedl, že hodnocený dokument Návrh plnění veřejné zakázky se nestává součástí smlouvy na plnění veřejné zakázky a „*po výběru nejvhodnější nabídky a podpisu smlouvy na plnění veřejné zakázky tak bude probíhat plnění vybraného dodavatele bez jakéhokoliv vztahu ke slibům a návrhům, uvedeným mimo právně závaznou smluvní dokumentaci Veřejné zakázky. Kvalita Metodiky a Návrhu plnění Veřejné zakázky není součástí plnění dle smlouvy na veřejnou zakázku a zadavatel ji nebude moci nárokovat, natož právně vymáhat.*“
16. Zadavatel byl při řešení podané námitky nucen se s tímto pádným argumentem Stěžovatele vypořádat, což ho vedlo k důslednému přezkumu rozsáhlé zadávací dokumentace, smlouvy a veškerých jejích příloh. Ve výsledku Zadavatel dospěl k závěru, že tvrzení Stěžovatele je opodstatněné a nezpochybnitelné. Zadavatel ujišťuje dodavatele, že si nebyl tohoto administrativního pochybení nijak vědom, a to právě až do chvíle, kdy na to byl ze strany Stěžovatele upozorněn.
17. Zadavatel měl při přípravě zadávacích podmínek samozřejmě v úmyslu zanést do smlouvy v rámci objednávaných služeb povinnost dodavatele realizovat na vyžádání předložený návrh plnění veřejné zakázky, tzn. zajistit provedení migrace IISSP na novou verzi produktů platformy SAP, jak byl navržen v nabídce a hodnocen ze strany hodnotící komise. V jiném případě ztrácí hodnocení takového kritéria smysl a Zadavatel se ztotožňuje s názory stěžovatele ohledně nevyhmatelnosti předložených slibů v nabídkách.
18. V § 78 odst. 4 ZVZ se stanoví, že v případě hodnocení základního hodnotícího kritéria ekonomická výhodnost nabídky musí dílčí hodnotící kritéria vyjadřovat vztah užitné hodnoty a ceny. Jestliže však v zadávacích podmínkách scházela provazba nabízené metodiky na smluvní povinnosti dodavatele, pak dílčí hodnotící kritérium s váhou 40 % nemůže požadavkům zákona dostát. V důsledku hodnocení tohoto kritéria navíc

¹ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, str. 792

došlo k situaci, kdy hodnotící komise vybrala jako ekonomicky nejvhodnější nabídku, která byla o 26 584 165 Kč vyšší než nabídka s nejnižší cenou. Zpracování lepší metodiky, jejíž obsah nemá dodavatel povinnost realizovat, nepřináší Zadavateli oproti nabídkám jiných uchazečů žádnou přidanou hodnotu, která by výrazně vyšší smluvní cenu vyvážila.

19. K problematice vztahu užitné hodnoty a ceny lze citovat rozhodnutí Úřadu ÚOHS-S281/2013/VZ-22000/2013/512/PDr, které nabylo právní moci 5. ledna 2015.
20. *„Úřad k uvedenému uvádí, že z pomocného kritéria Návrh nové linky, zejména z vymezení jeho obsahových a formálních náležitostí v čl. 9.4 zadávací dokumentace, není zřejmé, jak toto kritérium souvisí s výběrem ekonomicky nejvýhodnější nabídky, resp. není zřejmé, že by se týkalo nabídky a její ekonomické výhodnosti, neboť samotné navržení nové linky MHD dodavatelem zadavateli nenapoví, jak kvalitně bude tento dodavatel služby, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky, poskytovat. Rovněž ani z vyjádření zadavatele ani z žádných jiných skutečností není zřejmé, jaký „ekonomický přínos“ mu dané dílčí podkritérium poskytuje. Zadavatel má dílčí hodnotící kritéria nastavit tak, aby byla nejlépe vyhodnocena a následně jako nejvhodnější nabídka vybrána nabídka s nejvyšší užitnou hodnotou (při konkrétní nabídnuté ceně) pro zadavatele. V daném případě zadavatelem stanovené kritérium Návrh nové linky zadavateli nemůže nijak přispět k výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky, a z toho důvodu má Úřad za to, že v šetřeném případě při stanovení pomocného kritéria Návrh nové linky chybí požadovaná vazba mezi užitnou hodnotou a cenou, tj. nevyjadřuje zásadu nejlepší hodnoty za peníze. (odstavec 57 rozhodnutí)*
21. *K tvrzení zadavatele, že mu Návrh nové linky napoví, do jaké míry je dopravní analytik uchazeče schopen reagovat na očekávané potřeby obyvatel města, Úřad uvádí, že hodnotící kritéria mají sloužit k hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky a zjištění ekonomické výhodnosti této nabídky pro zadavatele, nikoli k ověření a hodnocení kvality typového výstupu uchazečem nabízených služeb, jak zamýšlel zadavatel. K tomuto ověření zadavateli může sloužit zejména institut technických kvalifikačních předpokladů, kdy může zadavatel k prokázání jejich splnění požadovat seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, a dále zadavateli k ověření schopností osoby dopravního analytika může posloužit doložení osvědčení o jeho vzdělání a odborné kvalifikaci, tedy například doložení jeho praxe o určité požadované délce včetně specifikace obsahu jeho pracovní náplně. (odstavec 58 rozhodnutí)*
22. V Úřadem posuzovaném případě se sice jednalo o veřejnou zakázku na provozování MHD, ale závěry orgánu dohledu lze aplikovat analogicky. Rozkladové rozhodnutí sice připouští možnost hodnocení vzorové úlohy, ale Zadavatel konkrétně u veřejné zakázky na provoz státní pokladny rozhodně neměl v úmyslu hodnotit Metodiku migrace jako jakousi vzorovou úlohu.

Definice hodnotícího kritéria „Metodika provedení migrace IISSP na novou verzi produktů platformy SAP“

23. Zadavatel při přípravě zadávacích podmínek veřejné zakázky vycházel z podmínek zadávacího řízení dříve realizovaného na obdobný předmět plnění, které proběhlo bez jakýchkoli obtíží.

24. K předběžnému hodnocení nabídek byl přizván odborný poradce mezinárodní poradenské společnosti Deloitte, který však provedl hodnocení nedostatečně a navíc způsobem, který neodpovídal zadávací dokumentaci. Hodnotící komise dospěla ke stanovisku, že hodnocení dle určeného dílčího kritéria je při vědomí požadavků vyplývajících ze ZVZ velmi složitý úkol. Z tohoto důvodu co nejpečlivěji rozpracovala zprávu o posouzení o hodnocení nabídek (dále jako „zpráva“). Složitost zpracování zprávy je zřejmá již z délky práce hodnotící komise.
25. Po obdržení námitek dvou uchazečů proti rozhodnutí o výběru nejvhodnějších nabídek byl Zadavatel povinen znovu přezkoumat obsah zprávy a zjistil, že argumentace Stěžovatele je relevantní. Dle Stěžovatele není ze zprávy zřejmé, proč dodavatelé obdrželi 100, 90, 50, 40 a 30 bodů namísto například 100, 97, 86, 83 a 80 bodů. Dále ze zprávy nevyplývá, jak se každé jednotlivé hledisko hodnotícího kritéria odrazilo na celkové hodnotě přidělených bodů.
26. Při posuzování námitek se Zadavatel obeznámil s aktuálním rozhodnutím předsedy Úřadu čj. ÚOHS-R252/2014/VZ-42006/2015/321/MMI ze dne 3.12.2015 a prvostupňovým rozhodnutím Úřadu ÚOHS-S507/2013/VZ-13240/2014/522/MBa. Orgán dohledu zde ve skutkově obdobné situaci konstatoval, že zadavatel stanovil nesprávně hodnotící kritéria a způsob hodnocení s následujícím výkladem:
27. *Zákon stanoví, že zadávací dokumentace musí, mimo jiné, obsahovat způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. V šetřeném případě zadavatel tomuto zákonnému požadavku sice formálně vyhověl, tedy popsal způsob, jakým bude jednotlivé nabídky hodnotit, tj. bude hodnotit veškeré aspekty a konsekvence uvedených skutečností v souhrnu, nicméně učinil tak způsobem, jenž dodavatelům neposkytuje jasný návod, jak koncipovat návrh způsobu poskytování služeb distribuce léčivých přípravků a zdravotnických prostředků dle požadavků zadavatele, aby mohli se svými nabídkami soutěžit. (odstavec 59 rozhodnutí prvního stupně)*
28. *Hodnotícímu kritériu „Návrh způsobu poskytování služeb distribuce léčivých přípravků a zdravotnických prostředků“ přikládá zadavatel hodnotící váhu 70 % (čímž z daného kritéria učinil nejvýznamnější hodnotící kritérium) a v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria stanovil dalších 7 požadavků, které mají být předmětem hodnocení. Zadavatel však nestanovil váhu, jakou přikládá těmto jednotlivým bodům, není tedy zřejmé, zda zadavatel všem požadavkům přikládá stejnou váhu, nebo zda je pro něj některý požadavek důležitější a přikládá mu váhu větší a dále není zřejmé, jakým způsobem bude dané požadavky hodnotit ve vzájemných souvislostech. Zadavatel tak nestanovil a podrobně nepopsal způsob a metodu hodnocení nabídek z hlediska jednotlivých dílčích hodnotících kritérií, jaké nabídky budou hodnoceny jako výhodnější a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. (odstavec 60 rozhodnutí prvního stupně)*
29. V rozkladovém rozhodnutí se dále uvádí: „*Důležitým faktorem pro tento závěr (tzn. že byl způsob hodnocení nastaven v rozporu se ZVZ – pozn. Zadavatele) je rovněž ta skutečnost, že v zadávací dokumentaci nejsou uvedeny váhy, jaké přikládá jednotlivým sedmi požadavkům, přičemž tomuto hodnotícímu kritériu přikládá zadavatel váhu 70 %.*“
30. Zadavatel po přezkoumání těchto rozhodnutí orgánu dohledu nabyt vážných pochybností ohledně stanoveného způsobu hodnocení uvedeného v zadávací dokumentaci, protože v ní nebyly stanoveny váhy u osmi jednotlivých odrážek

hodnotícího kritéria. Navíc v definici hodnotícího kritéria se také vyskytovaly termíny typu „nejúplnější“ „nejprovázanější“ apod.

31. Zadavatel si je vědom skutečnosti, že posouzení zákonnosti stanovení subjektivního dílčího hodnotícího kritéria a způsobu jeho hodnocení je velmi specifická záležitost, ke které je závazně oprávněný pouze Úřad. V současné době je nicméně s ohledem na rozhodovací praxi Úřadu toho názoru, že při stanovení hodnotícího kritéria a způsobu hodnocení nedostál požadavkům ZVZ.

Možnost dvojího výkladu způsobu hodnocení dílčího hodnotícího kritéria

32. Stěžovatel se v námitkách proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vyhradil proti způsobu, kterým mu je ve zprávě vytýkána přílišná obecnost a neurčitost navrhovaného metodiky. Stěžovatel se brání, že se při přípravě nabídky záměrně vyhnul spekulativním úvahám o konkrétních parametrech migrace, když tyto nevyplývaly ze zadávací dokumentace a z poskytnutých informací.
33. Ostatní uchazeči oproti tomu vycházeli z jiných předpokladů a snažili se své nabídky přizpůsobit prostředí Zadavatele a jím provozovanému informačnímu systému, za což byli v rámci hodnocení bonifikováni. Tito uchazeči se snažili navrhnout co nejlepší Metodiku ve vztahu k IISSP, neboť zadavatel v definici dílčího hodnotícího kritéria výslovně uvedl, že bude mimo jiné hodnotit míru „*vhodnosti uchazečem navržené konkrétní metodiky, postupů, procesů a nástrojů provedení migrace IISSP pro potřeby a prostředí Zadavatele vyplývající z této zadávací dokumentace*“ a „*zda je uchazečem nabízený časový plán/harmonogram provedení migrace IISSP vhodně strukturovaný, realizovatelný a optimalizovaný z hlediska potřeb Zadavatele*“.
34. Je však skutečností, že v rámci zadávací dokumentace nebyly detailní informace o IISSP poskytovány. Zadavatel by tedy mohl nabídky hodnotit i způsobem, kterého se dožaduje Stěžovatel v námitkách proti zrušení, ačkoli by to bylo v rozporu s jeho původními záměry. Existence takové možnosti však není v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek.

Návrhy Stěžovatele ohledně dalšího postupu

35. Zadavatel, ačkoli vychází z obdobných premis jako Stěžovatel, nemůže se s ním ztotožnit ohledně závěrů, co by měl v nastalé situaci učinit k dosažení nápravy závadného stavu.
36. Stěžovatel se v námitkách proti rozhodnutí o zrušení nejprve domáhá, aby Zadavatel provedl hodnocení dle skutečností uvedených pouze v návrzích smluv. Tyto jsou však veskrze stejné, protože byly součástí Zadávací dokumentace a uchazeči vyplňovali pouze části vymezené Zadavatelem jako je výše nabídkové ceny a seznam členů týmů. Nehodnocení zpracovaných metodik by navíc samozřejmě představovalo porušení ZVZ. Stejně tak nemůže obstát návrh Stěžovatele, aby hodnotící komise při hodnocení vzala v úvahu vztah užitné hodnoty a ceny. Opětovně by došlo k odklonu od zadávacích podmínek a k porušení § 79 odst. 1 ZVZ. Dále Stěžovatel cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu a naznačuje, že v případě hypotetické možnosti dvojího výkladu by se Zadavatel měl přiklonit k možnosti výhodnější pro Stěžovatele. Rozsudek se však týká jiné situace (vyloučení uchazeče) a jen obtížně si lze představit,

jakým způsobem by měl Zadavatel Stěžovatele s ohledem na možný dvojitý výklad zvýhodnit při hodnocení.

37. Stěžovatel často odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, když ale posuzované případy nejsou skutkově přílehlavé, případně se většinou jedná o rozhodnutí staršího data.
38. V současné situaci opravdu Zadavateli nezbylo nic jiného než zadávací řízení zrušit. Zadavatel nemohl přijmout méně závažné nápravné opatření (např. pouze zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky), protože jakýkoliv další postup v řízení by opětovně vedl k porušení ZVZ a při následném uzavření smlouvy ke správnému deliktu. Nápravné opatření požadované stěžovatelem by znamenalo hrubé porušení § 79 odst. 1 ZVZ, protože by se jednalo o nepřípustnou faktickou změnu hodnotících kritérií po obdržení nabídek.
39. Zadavatel je přesvědčen, že opakované hodnocení dle původní zadávací dokumentace by sice možná vedlo k částečně lepším výstupům, ale ve výsledku by znovu trpělo Stěžovatelem vytykánymi neduhy. Celkový počet přidělených bodů u jednotlivých hledisek by totiž nadále neměl oporu v zadávací dokumentaci, ani co se týká výše, ani ve směru míry zohlednění jednotlivých aspektů dílčího hodnotícího kritéria. Opětovné hodnocení proto dle názoru Zadavatele postrádá smysl, jelikož podstata nesprávně provedeného hodnocení je zakotvena již v samotné nedostatečné definici hodnotícího kritéria a v absentujícím popisu způsobu hodnocení.
40. Zadavatel dále považuje za vhodné se vyjádřit k tvrzením Stěžovatele, že je nějakým způsobem ze strany Zadavatele poškozován, jak se uvádí např. v námitkách: *„Zadavatel místo toho přistoupil ke zrušení zadávacího řízení, což je pouze pokračováním dříve nastoupené cesty, kdy zadavatel vynaložil značné úsilí, aby subjektivní hodnocení nabídky Stěžovatele zajistilo, že nebude vybrána v zadávacím řízení jako nejvhodnější.“*. Následný postup Zadavatele, který po zrušení vyhlásil otevřené řízení s dílčím hodnotícím kritériem ceny s váhou 90 %, ukazuje, že obdobná přesvědčení dodavatele jsou absolutně lichá. Stěžovateli je ostatně již známo, že jeho Návrh plnění veřejné zakázky byl jako nejslabší vyhodnocen i ze strany nezávislého poradce mezinárodní poradenské společnosti Deloitte, kterého asi nikdo nemůže obviňovat ze zaujatosti vůči Stěžovateli.

Závěr:

- 1) Zadavatel nesprávně stanovil hodnotící kritérium „Metodika provedení migrace IISSP na novou verzi produktů platformy SAP“ s váhou 40%, když kritérium postrádalo vazbu na smluvní povinnosti vítězného dodavatele, ačkoli Zadavatel měl toto v úmyslu. Tímto pochybením Zadavatele při přípravě zadávacích podmínek došlo k porušení § 78 odst. 4 ZVZ, když hodnotící kritéria nevyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Hodnotící kritérium dále umožňovalo nepřípustný dvojitý výklad a nebylo stanoveno dostatečně jasným způsobem.
- 2) Zadavatel se o této chybě dozvěděl v průběhu zadávacího řízení právě v námitkách Stěžovatele doručených dne 3. února 2016.
- 3) Zadavatel neměl možnost své pochybení napravit méně závažným způsobem, protože po podání nabídek již nelze měnit hodnotící kritéria ani obchodní podmínky.
- 4) Zadavatel z tohoto důvodu zadávací řízení bezodkladně poté dne 9. února 2016 zrušil.

- 5) Zadavatel v návaznosti na to vyhlásil nové otevřené řízení, v němž již problematické kritérium vynechal a zároveň neměnil podstatným způsobem zadávací podmínky veřejné zakázky tak, aby umožnil účast dodavatelům bez nutnosti zásadních změn v podaných nabídkách.

Z výše uvedených důvodů Zadavatel neakceptoval námitky Stěžovatele proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Zadavatel při zrušení zadávacího řízení postupoval v souladu se svými povinnostmi vyplývajícími ze ZVZ.

Poučení:

Zadavatel tímto v souladu s ustanovením § 111 odst. 2 zákona Stěžovateli sděluje, že je oprávněn podat ve lhůtě dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Návrh musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.

.....
Dipl.-Ing. Miroslav Hejna
na základě pověření ministra
MF-55993/2015/6601