



UOHSX004FMXK

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S12,250/2012/VZ-18911/2012/523/DŘÍ

V Brně dne 8. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve společném správním řízení zahájeném na návrhy navrhovatelů ze dne 6. 1. 2012 a ze dne 30. 4. 2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Národní archiv, IČ 70979821, se sídlem Archivní 2257/4, 149 01 Praha, jehož jménem jedná PhDr. Eva Drašarová, CSc., ředitelka,
- navrhovatel – Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, za níž jednají JUDr. Jakub Chytil a Ing. Martin Bek, členové představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 13. 2. 2012 Radkem Šindelářem, zaměstnancem,
- navrhovatel – ICZ, a. s., IČ 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 147 00 Praha, za níž jedná Ing. Bohuslav Cempírek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 2. 4. 2012 Mgr. Petrou Koutnou, advokátkou, se sídlem Kostelní 6, 170 00 Praha 7,
- vybraný uchazeč – Gordic, spol. s r. o., IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava, za níž jedná Ing. Jaromír Řezáč, jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 5. 6. 2011 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu učiněných ve veřejné zakázce „NDA, zadávací řízení na dodavatele technologií ICT a implementaci a vývoj SW“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 27. 10. 2011 a bylo uveřejněno téhož dne pod ev. č. 6005317502001 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2011 pod ev. č. 2011/S 209-340426,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Národní archiv, IČ 70979821, se sídlem Archivní 2257/4, 149 01 Praha – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 citovaného zákona, když omezil možnost prokazování splnění technického kvalifikačního předpokladu (podle bodu 6.4 A) zadávací dokumentace) prostřednictvím subdodavatele, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** předmětné zadávací řízení.

## II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Národní archiv, IČ 70979821, se sídlem Archivní 2257/4, 149 01 Praha – ukládá

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-- Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Národní archiv, IČ 70979821, se sídlem Archivní 2257/4, 149 01 Praha, jehož jménem jedná PhDr. Eva Drašarová, CSc., ředitelka (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 27. 10. 2011 pod ev. č. 6005317502001 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 29. 10. 2011 pod ev. č. 2011/S 209-340426 oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení „NDA, zadávací řízení na dodavatele technologií ICT a implementaci a vývoj SW“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena do 19. 12. 2011.
3. Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, za niž jednají JUDr. Jakub Chytil a Ing. Martin Bek, členové představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě pověření ze dne 13. 2. 2012 Radkem Šindelářem, zaměstnancem (dále jen „navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s.“), podala námitky proti zadávacím podmínkám, které zadavatel obdržel dne 19. 12. 2011.
4. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 27. 12. 2011, které navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. obdržel dne 30. 12. 2011, nevyhověl výše uvedeným námitkám navrhovatele, podal navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") dne 9. 2. 2012. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.

### OBSAH NÁVRHU NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s.

5. Navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. v návrhu napadá požadavek zadavatele na poskytnutí výhradní licence a majetkových práv k dílu. Navrhovatel napadá, že poskytnutí výhradní licence pro zadavatele přináší řadu nevýhod, jako vysokou pořizovací cenu, rozpor s obecnými cíli elektronizace veřejné správy, nejednotnost informačních systémů veřejné správy a obtížnou propojitelnost a zejména vysoké náklady na dlouhodobou udržitelnost a na rozvoj systému společně s nízkou budoucí úrovní metodické, věcné i technické podpory. Proti těmto výhodám nestojí žádné nevýhody. Požadavek na výhradní licenci je v rozporu s požadavky na funkční vzorek a na předvádění systému v chodu ještě před uzavřením smlouvy, na poskytnutí uživatelské a administrátorské dokumentace již v nabídce a obecně na systém, který je již nějak odzkoušen. Tento rozpor považuje navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. za zmatečný, že podle zadávací dokumentace a jejich protichůdných požadavků nemohl správně sestavit nabídku.
6. Požadavek na poskytnutí majetkových práv je nesplnitelný pro rozpor se zákonem č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), protože majetková práva jsou nepřevoditelná. Navrhovatel považuje postup zadavatele za netransparentní a diskriminační vůči těm dodavatelům, kteří by nabídli odzkoušený a na trhu zavedený produkt, který je však určen pro opakovaný prodej a který nemůže být uchazečem nabídnut včetně výhradní licence. Nevýhradní licence by zadavateli přinesla řadu výhod, výhradní naopak pouze nevýhody. Zadavatel se k uvedenému v rozhodnutí o námitkách podle názoru navrhovatele nevyjádřil.
7. Dále navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. napadá, že zadavatel v rozporu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona nepřipustil prokázání části technických kvalifikačních předpokladů subdodavatelem. Toto podle navrhovatele zadavatel potvrdil svými odpověďmi v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám. Zadavatel dále v rámci dodatečných informací stupňoval svůj požadavek na reference tak, že jistý druh reference uzná jen v případě, že existuje veřejný zdroj, který o ní pojednává.
8. Navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. poté upozorňuje na skutečnost, že zadavatel poskytoval dodatečné informace k zadávacím podmínkám ve 102 bodech. Poslední dodatečné informace zadavatel vydal tři pracovní dny před koncem lhůty pro podání nabídek. Zadavatel i přesto, že zásadním způsobem měnil zadávací podmínky, neprodloužil lhůtu pro podání nabídek. Důsledkem toho navrhovatel opakovaně svoji nabídku přepracovával a nakonec ji pro nejasnost a nedostatek času nepodal. Zadavatel dále poskytoval dodatečné informace pozdě v rozporu s § 49 odst. 2 zákona.
9. Již samotná okolnost, že zadavatel poskytl 102 dodatečných informací k zadávacím podmínkám, podle navrhovatele značí, že zadávací dokumentace nevymezovala předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel tedy porušil § 44 odst. 1 zákona.
10. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel v dílčím hodnotícím kritériu č. 3 hodnotil funkční vzorek řešení a v jeho rámci i ověření datového formátu balíčku SIP, včetně převedení balíčku SIP do balíčku AIP. V rámci dodatečných informací pak zadavatel na dotaz uchazeče „Má se jednat již ve funkčním vzorku o SIP podle NSESS?“ odpověděl „Ano.“ Navrhovatel tvrdí, že tím

zadavatel zpřísnil podmínky hodnocení proti zadávací dokumentaci, která takovou specifikaci nevymezovala.

11. V článku 10.10 a 10.11 zadávací dokumentace požaduje zadavatel sjednání sankcí a náhrad škody, jejichž výše není nijak omezena. Vysokou sankci požaduje za každý jednotlivý nedostatek a každou jednotlivou vadu, aniž uvádí nějakou definici, co je nedostatkem nebo vadou. Jde o netransparentní postup zadavatele. Navrhovatel namítá, že vyhovět takovým požadavkům je buď nemožné, nebo vysoce nákladné. Přitom efektivní nástroj, jak vynutit řádné plnění smlouvy, mohl zadavatel získat přijatelněji konstruovanými sankcemi.
12. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. navrhuje, aby Úřad předmětné zadávací řízení zrušil. Současně navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. požadoval vydání předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

#### **VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s.**

13. Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu dne 18. 1. 2012. Zadavatel uvádí, že navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. není uchazečem ve smyslu § 17 zákona. Navrhovatel v průběhu lhůty pro podání nabídek adresoval zadavateli jednu žádost o poskytnutí dodatečných informací a to v samém závěru běhu této lhůty. Zadavatel dovozuje, že dotazy navrhovatele byly položeny čistě účelově, aby navrhovatel mohl vznést námitku právě s odkazem na neprodloužení lhůty pro podání nabídky. Zadavatel ale poskytl odpověď již dne 16. 12. 2011 tak, aby měl navrhovatel dostatečný prostor pro dopracování a podání nabídky. Zadavatel má dále za to, že poskytnutím dodatečných informací nedošlo ke změně zadávacích podmínek a z tohoto důvodu nebylo tedy nutné prodloužovat lhůtu pro podání nabídek.
14. Zadavatel upozorňuje na skutečnost, že projektová žádost na realizaci digitálního archívu byla posuzována útvarem hlavního architekta e-Governmentu, jehož úkolem je zajistit soulad mezi jednotlivými projekty. Nepřichází proto v úvahu možnost realizace zakázky, kdy by, jak uvádí navrhovatel, mohl vzniknout systém nekompatibilní s ostatními systémy užívanými státní správou. Snaha o jednotnost a efektivitu řešení vede stát nutně k trvání na požadavku poskytnutí výhradní licence k užití díla, jehož využití bude výhradně v kompetenci veřejné správy. V opačném případě by nutně docházelo ke stále opakujícím se nákupům prakticky téhož od řady dodavatelů. Nutnost zajistit výsledek díla či jeho součást, která je předmětem autorských a souvisejících práv, smluvně výhradní licencí pak vyplývá z nařízení Ministerstva vnitra č. 9/2011, o zadávání veřejných zakázek, ze dne 27. 1. 2011, příloha č. 9 - obchodní a platební podmínky.
15. Názory navrhovatele proto zadavatel odmítá, protože vyplývají z odlišné interpretace zákonného pojmu souborné dílo a výhradní licence k tomuto dílu a z nepochopení funkce Národního digitálního archívu, jehož prostřednictvím plní své úkoly zadavatel jako orgán státní správy s celostátní působností. Zadavatel poukazuje na to, že jeho funkce je v oblasti jeho působnosti výlučná a z tohoto vyplývá nutnost zajistit výkon této funkce pomocí exkluzivity dodávky.
16. K otázce nemožnosti prokázat část kvalifikace pomocí subdodavatele zadavatel uvádí, že takovou možnost neomezil a nevyločil. Formulace požadavku na seznam realizovaných

významných služeb vychází ze současné situace v oblasti ICT v České republice, s níž je zadavatel podrobně obeznámen. Zatímco oborem krátkodobého ukládání, správy a poskytování dat se v ČR zabývá řada společností, oblast dlouhodobého uchovávání dat není soukromou sférou uspokojivě akcentována. Zadavatel má zájem na výběru stabilního partnera působícího v ČR, s prokazatelnými znalostmi minimálně z oboru ukládání, správy a poskytování dat, nicméně připustil spolupráci uchazeče se subdodavatelem, který má zkušenosti s řešením problematiky digitální archivace v paměťových institucích v případě, že těmito zkušenostmi sám uchazeč nedisponuje. K otázce údajného stupňování požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace tím, že zadavatel v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám vysvětlil termín ze zadávací dokumentace „odkaz na veřejný zdroj“ tím, že se jedná např. o webové stránky projektu, zadavatel uvádí, že o žádné stupňování požadavku nejedná, neboť byl pouze vysvětlen pojem obsažený v zadávací dokumentaci. Pro případné prokázání splnění kvalifikace třetí osobou, resp. prostřednictvím subdodavatele stanoví zákon v § 51 odst. 4 podmínky (předložení smlouvy), které zadavatel v zadávací dokumentaci nevyločil. Zadavatel má za to, že navrhovatel v daném případě pro užití subdodavatelů tlumočí zákon extenzivně.

17. K dodatečným informacím k zadávacím podmínkám zadavatel uvádí, že se s ohledem na rozsah a složitost veřejné zakázky jedná o adekvátní komunikaci, která významnou měrou přispěla k objasnění podstaty zakázky a požadavků zadavatele na zpracování nabídky, přičemž všechny dotazy byly vypořádány v zákonné lhůtě. Zadavatel poté předkládá tabulku s daty doručení žádostí o informace a daty odeslání odpovědí. Zadavatel uvádí, že postupoval v souladu s ustanovením § 39 zákona, když poskytnutí dodatečných informací nevedlo ke změně zadávacích podmínek. Do uplynutí lhůty pro podání nabídek bylo podáno celkem pět nabídek, o zadávací dokumentaci požádalo 18 zájemců a jeden zájemce oznámil, že se zúčastní zadávacího řízení, zadávací dokumentaci získal z webových stránek a požádal o zasílání informací. Zadavatel s těmito zájemci komunikoval prostřednictvím datových schránek, přičemž dodatečné informace k zadávacím podmínkám byly poskytovány v souladu s § 49 zákona, tj. odesláním odpovědi žadateli a všem ostatním zájemcům a zveřejněním identickým způsobem, jakým poskytl přístup k zadávací dokumentaci.
18. K hodnotícím kritériím zadavatel uvádí, že v průběhu zadávacího řízení nebyla měněna ani zpřísněna. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel zpřísnil podmínky hodnocení tím, že na dotaz, zda se má již ve funkčním vzorku jednat o SIP podle NSESS, odpověděl, že ano. Zadavatel uvádí, že touto odpovědí pouze explicitně potvrdil skutečnost, která podle jeho názoru jasně vyplývá ze zadávací dokumentace. Zadavatel, ačkoliv to v části zadávací dokumentace týkající se funkčního vzorku explicitně nevyjádřil, nepředpokládá, že by dodavatel obeznámený s problematikou elektronických dokumentů a jejich dlouhodobého uchovávání uvažoval o SIP, které by nebylo kompatibilní s NSESS (Národní standard pro elektronické spisové služby). Pojem SIP je obecně definován v rámci normy ISO 14721:2003, která specifikuje referenční model pro otevřený archivní informační systém OAIS (Open archival information system). V České republice je konkrétní podoba SIP definována v NSESS. Zadavatel požaduje po uchazeči, aby nabídl řešení pro dlouhodobé uložení archiválií, které odpovídá právnímu rámci ČR, nikoliv abstraktní ukládací systém.
19. K náhradě škody a sankcím v návrhu smlouvy zadavatel uvádí, že se jedná o standardní požadavky, kdy konkrétní formulace smluvních závazků, včetně smluvních sankcí je otázkou

obchodního jednání při vlastním uzavírání smlouvy. Zadavatel je přesvědčen, že jím stanovené podmínky náhrady způsobené škody a smluvních pokut pro případ nesplnění smluvních závazků odpovídají obvyklé praxi v obchodním styku a nejsou v žádném ohledu v rozporu se zákonem. Požadavek na definici vady, který navrhovatel vznáší ve svém návrhu, nevyplývá z žádného právního předpisu.

20. Na závěr zadavatel shrnuje, že tvrzení navrhovatele jsou nepřesná, účelová a vágní. Podle zadavatele dále návrh na nařízení předběžného opatření nemá předepsané náležitosti, neboť navrhovatel v návrhu žádné skutečnosti, v nichž je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli bezprostředně hrozí újma na jeho právech, neuvedl a nepředložil žádné důkazy.
21. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel uvádí, že dodržel postup stanovený zákonem a navrhuje, aby Úřad návrh zamítnul.

### **ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ**

22. Na základě provedeného posouzení a hodnocení nabídek rozhodl zadavatel dne 26. 3. 2012 o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Gordic, spol. s r. o., IČ 47903783, se sídlem Erbenova 4, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ing. Jaromír Řezáč, jednatel, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 5. 6. 2011 JUDr. Milanem Zápotočným, advokátem, se sídlem Telečská 7, 586 01 Jihlava (dále jen „vybraný uchazeč“).
23. Uchazeč ICZ, a. s., IČ 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 147 00 Praha, za niž jedná Ing. Bohuslav Cempírek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 2. 4. 2012 Mgr. Petrou Koutnou, advokátkou, se sídlem Kostelní 6, 170 00 Praha 7 (dále jen „navrhovatel ICZ, a. s.“), obdržel rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky dne 26. 3. 2012.
24. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel ICZ, a. s. námitky ze dne 9. 4. 2012, které byly zadavateli doručeny dne 10. 4. 2012.
25. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 19. 4. 2012, které navrhovatel ICZ, a. s. obdržel dne 20. 4. 2012, nevyhověl námitkám navrhovatele ICZ, a. s., podal navrhovatel ICZ, a. s. návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 30. 4. 2012 (dále jen „návrh 2“), který byl doručen Úřadu dne 30. 4. 2012. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.

### **OBSAH NÁVRHU NAVRHOVATELE ICZ, a. s.**

26. Navrhovatel ICZ, a. s. v úvodu návrhu navrhuje vydání předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem.
27. Dále navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč podle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nabídl cenu ve výši 68 829 256,80 Kč. Druhá nejnižší nabídková cena byla nabídnuta navrhovatelem ICZ, a. s. ve výši 155 304 000 Kč. Třetí uchazeč v pořadí nabídl nabídkovou cenu ve výši 172 511 400 Kč. Zadavatel uvedl jako předpokládanou hodnotu veřejné zakázky částku 214 913 000 Kč. Navrhovatel se tedy domnívá, že nabídková cena vybraného uchazeče naplňuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny. Hodnotící komise tedy měla v případě tak zásadního rozdílu mezi cenovými nabídkami a v případě zásadního rozporu mezi předpokládanou hodnotou veřejné zakázky a nabídkovou cenou vybraného uchazeče

postupovat v souladu s ustanovením § 77 zákona a požadovat zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.

28. Navrhovatel se domnívá, že za nabídkovou cenu vybraného uchazeče nelze předmět plnění veřejné zakázky realizovat při současném splnění požadavků zadavatele stanovených zadávacími podmínkami, zejména požadavků na komplexnost a proveditelnost nabízeného plnění, požadovaný hardware a také požadavku na poskytnutí oprávnění k užití díla (licence).
29. K této námitce zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že neposuzoval nabídkovou cenu vybraného uchazeče ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky či k nabídkovým cenám ostatních uchazečů a že měl za to, že nabídková cena vybraného uchazeče se sice jeví jako nízká, ale nikoliv jako mimořádně nízká a odpovídá nabízenému řešení, neboť původně uvažovaná podoba digitálního archivu nepředpokládala masivní použití open source řešení. Tímto tvrzením však zadavatel podle navrhovatele potvrzuje domněnku navrhovatele, že řešení nabízené vybraným uchazečem nereflektuje zadávací podmínky. Řešení postavené na open source platformě podle navrhovatele nevyhovuje zadávacím podmínkám.
30. Navrhovatel se domnívá, že požadavek zadavatele na poskytnutí veškerých majetkových práv k dílu a poskytnutí výhradní, neodvolatelné a časově neomezené, převoditelné a postupitelné licence k veškerým známým způsobům užití díla vylučuje masivní použití open source řešení v rámci nabízeného plnění.
31. Navrhovatel dále uvádí, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek trpí procesní vadou, kdy je vypracována a podepsána pouze zadavatelem a nikoliv hodnotící komisí. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že po obdržení námitek jmenoval zadavatel novou hodnotící komisi pro vypořádání námitek a jednu z námitek částečně uznal, přičemž zde nebyl dán důvod pro nápravné opatření. Hodnocení nabídek prováděla hodnotící komise s tím, že závěrečné vyhodnocení prováděla již 1. 3. 2012. Navrhovatel se domnívá, že za těchto okolností nebyly dány podmínky pro uplatnění ustanovení § 79 odst. 5 zákona a zpráva o posouzení a hodnocení nabídek měla být zpracována a podepsána členy hodnotící komise. Zpráva navíc není datována. Dále navrhovatel uvádí, že v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky nebyl uveden údaj o zákazu uzavření smlouvy, jak je stanoveno v § 81 odst. 4 písm. e) zákona.
32. Navrhovatel dále v návrhu uvádí, že zadavatel nastavil hodnotící kritéria a váhu jednotlivých subkritérií tak, že v konečném důsledku bylo rozhodující a determinující kritérium nejnižší nabídková cena a nikoliv ekonomická výhodnost nabídky, jak je v článku 12 zadávací dokumentace stanoveno (tedy technická kvalita nabízeného řešení). Vzhledem k tomu, že dílčí kritérium výše nabídkové ceny mělo váhu 60 %, není možné překonat extrémně nízkou nabídkovou cenu ani technicky velmi sofistikovaným řešením. Navrhovatel má za to, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nevyplývá, zda jednotlivé nabídky splnily veškeré zadávací podmínky, v čem spatřuje zadavatel rozdíly mezi jednotlivými nabídkami uchazečů v rámci dílčího hodnotícího kritéria č. 2 – Kvalita nabízeného řešení, a zadavatel nereflekoval zákonný požadavek na zhodnocení vztahu užitné hodnoty nabízeného plnění a nabídkové ceny. Zpráva dále neobsahuje zdůvodnění hodnocení jednotlivých nabídek jednotlivými členy komise a zdůvodnění hodnocení nabídek v rámci dílčího kritéria č. 2 neobsahuje hodnocení jednotlivých nabídek podle jednotlivých subkritérií stanovených zadávací dokumentací, ani odůvodnění rozdílů mezi jednotlivými nabídkami.

33. Kdyby zadavatel v rámci hodnocení jednotlivých nabídek transparentně specifikoval jednotlivé hodnocené části předložených nabídek a kvalifikoval, v čem shledává rozdíly mezi jednotlivými nabídkami ve vztahu k nabídnuté ceně řešení, došlo by k objektivizaci posouzení hodnocení nabídek. Stručný komentář ohledně „slabých míst“ jednotlivých nabídek, který je v rámci zprávy uveden, je velmi obecný a nedostatečný. Navrhovatel má tedy za to, že zadavatel porušil § 80 odst. 1 zákona.
34. S ohledem na uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zrušil, a aby zrušil předchozí posouzení a hodnocení nabídek. Navrhovatel rovněž požadoval, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu.

#### **VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU NAVRHOVATELE ICZ, a. s.**

35. K porušení § 77 odst. 1 zákona, tedy chybějícímu odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče zadavatel uvádí, že hodnotící komise neposuzuje nabídkové ceny ve vztahu k předpokládané hodnotě zakázky či nabídkovým cenám ostatních uchazečů. Většina nabídkových cen byla podstatně nižší než předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel předpokládal podobu digitálního archivu vycházející z Technologie projektu Pracoviště pro dlouhodobé uchovávání a zpřístupňování dokumentů v digitální podobě zpracované v letech 2007 až 2008. Uvažovaná podoba digitálního archivu např. nepředpokládala masivní využití open source řešení.
36. Zadavatel v zadávací dokumentaci specifikoval vlastnosti požadovaného systému s předpokladem, že uchazeči navrhnou systém, který bude tyto vlastnosti mít. Výše nabídkové ceny vybraného uchazeče se jeví jako nízká, nicméně vzhledem ke zvolenému řešení nikoliv jako nepřiměřeně nízká.
37. K navrhovatelem namítanému rozporu použití open source řešení a zadávacích podmínek zadavatel uvádí, že se použití open source software vždy řídí příslušným licenčním ujednáním a situace je proto obdobná jako u tzv. „balíkového software.“
38. K porušení § 79 odst. 5 zákona zadavatel uvádí, že povinnost zadavatele umožnit nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek se vztahuje pouze na tuto zprávu, nikoliv např. na dílčí protokoly z jednání hodnotící komise. Zadavatel měl za účelné seznámit uchazeče s hodnocením dílčího hodnotícího kritéria „funkční vzorek“ před ukončením hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „kvalita nabízeného řešení.“ K tomu jej vedl zájem všech uchazečů o výsledky hodnocení dílčího kritéria „funkční vzorek.“ Skutečnost, že zadavatel oznámil uchazečům hodnocení dílčího hodnotícího kritéria a obdržel v této věci dvě námítky, vedla k situaci, kdy výslednou zprávu o posouzení a hodnocení nabídek sestavil zadavatel, který dal nad to uchazečům k dispozici i protokoly z jednotlivých jednání hodnotící komise. Zadavatel má proto za to, že tímto postupem nebyla uchazečům způsobena faktická újma.
39. K netransparentnímu popisu hodnocení podle jednotlivých subkritérií ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek zadavatel uvádí, že bylo postupováno zcela v souladu s postupem předepsaným zadávací dokumentací. Uvedené se týká zejména dílčího kritéria č. 2 „Kvalita nabízeného plnění“, u jehož hodnocení nelze logicky vyloučit určitou míru subjektivity hodnotitele. Z tohoto důvodu hodnotil každý člen hodnotící komise samostatně a výsledné



hodnocení pak bylo dáno součtem bodů. Zadavatel má za to, že poskytl informace o hodnocení dílčího kritéria č. 2 v souladu se zákonem.

#### **SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ**

40. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s.,
  - navrhovatel ICZ, a. s.,
  - vybraný uchazeč.
41. Zahájení správního řízení spis. zn. ÚOHS-S12/2012/VZ na návrh 1 oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S12/2012/VZ-2035/2012/520/DŘÍ ze dne 30. 1. 2012. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S12/2012/VZ-2047/2012/520/DŘÍ ze dne 30. 1. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
42. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S12/2012/VZ-2447/2012/520/DŘÍ ze dne 6. 2. 2012 uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S12/2012/VZ-3377/2012/520/DŘÍ ze dne 17. 2. 2012 Úřad stanovil zadavatel lhůtu k zaslání vyjádření, z jakého důvodu byl v bodu 10 „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace stanoven požadavek, že „uchazeč je povinen ve smlouvě udělit zadavateli nejpozději při předání díla výhradní licenci k veškerým známým způsobům užití díla.“

#### **STANOVISKO NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s. K VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE**

44. Dne 24. 2. 2012 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s. k vyjádření zadavatele k návrhu 1. Navrhovatel uvádí, že nebyl uchazečem v zadávacím řízení právě proto, že nemohl podat nabídku z důvodů uvedených v jeho návrhu, tedy z důvodu porušení zákona zadavatelem.
45. Navrhovatel má z vyjádření zadavatele za to, že snad zadavatel sám hodlá licenci udělovat dalším subjektům veřejné správy a tak šířit autorské dílo. Zadavatel ovšem neuvádí, jak by šířil údržbu, ta není autorským dílem, nýbrž placenou službou. Těžko lze očekávat, že zadavatel bude údržbu a správu provádět vlastními kapacitami. Je těžko podle navrhovatele představitelné, že zadavatel skutečně chtěl zadávacími podmínkami popsat hypotetický obchodní postup, tedy že chtěl získat licenci i pro jiné subjekty, aniž jakkoliv ošetřil jejich údržbu.
46. Dále navrhovatel uvádí, že nerozumí argumentu zadavatele ohledně exkluzivity dodávky s odkazem na výlučnou působnost zadavatele v oblasti jeho působnosti. Navrhovatel uvádí, že působnost prakticky každého orgánu státu je výlučná.
47. Navrhovatel žádá Úřad, aby přezkoumal, zda všichni uchazeči nabídli poskytnutí veškerých majetkových práv k dílu, jak je předepsáno v článku 17 návrhu smlouvy a pokud je nenabídli, zda byli vyloučeni z účasti v zadávacím řízení.
48. Navrhovatel dále konstatuje, že nic z tvrzení zadavatele neodůvodňuje, proč technický kvalifikační předpoklad nemohl být prokázán subdodavatelem. Fráze o výběru stabilního partnera s prokazatelnými znalostmi nemůže být argumentem.

49. Navrhovatel znovu zdůrazňuje, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při poskytování dodatečných informací k zadávacím podmínkám a žádá Úřad, aby přezkoumal, kdy byl vytvořen soubor, kterým zadavatel poskytuje dodatečné informace vyžádané dne 14. 11. 2011.
50. K zadavatelem tvrzené samozřejmosti požadavku na standard NSESS u funkčního vzorku navrhovatel uvádí, že již samotné dodatečné informace na toto téma nenasvědčují samozřejmosti této podmínky.

#### **VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE**

51. Dne 27. 2. 2012 Úřad obdržel od zadavatele vyjádření k důvodům uvedení požadavku na poskytnutí výhradní licence v zadávací dokumentaci. Zadavatel uvádí, že požadavek výhradní licence je zejména v souladu s požadavkem státu na účelné a hospodárné nakládání s veřejnými prostředky. Tento požadavek vyplývá zejména z bodu 17 přílohy č. 9 „Obchodní a platební podmínky“ nařízení Ministerstva vnitra č. 9/2011 o zadávání veřejných zakázek ze dne 27. 1. 2011. Podobný požadavek vyplývá i z Návrhu opatření na zvýšení transparentnosti v souvislosti s nákupem a využíváním informačno-komunikačních technologií vo verejnom sektore, který byl schválen usnesením Vlády Slovenské republiky. Nejde tedy o zvláštní požadavek.
52. Požadavek na výhradní licenci není v rozporu s principy zadávání veřejných zakázek, a navíc vede k hospodárnosti a efektivitě, když zadavateli například umožní poskytnout oprávnění k užití systému i dalším osobám, bude-li to potřebné pro účely realizace jeho úloh. Zadavatel zdůrazňuje, že veřejnou zakázku zadával jako organizační složka České republiky. S ohledem na to bude smluvní stranou Česká republika, která tak bude rovněž beneficentem z výhradní licence. Nelze opomenout ani skutečnost, že nabyvatel výhradní licence je vždy oprávněn poskytnout souhlas poskytovateli licence s poskytnutím další licence třetí osobě, navíc zadavatel bude oprávněn poskytovat k dílu podlicence. Bude-li tak v budoucnu potřebné poskytovat podlicenci k budovanému informačnímu systému třetí osobě, nebude ji poskytovat dodavatel, ale zadavatel.
53. Zadavatel dále tvrdí, že požadavek na výhradní licenci se vztahuje pouze ke konečnému výstupu zakázky, tj. konečnému informačnímu systému, představujícímu nové dílo, případně souborné dílo ve smyslu § 2 odst. 5 autorského zákona. S ohledem na specifičnost zadavatelových požadavků nelze rozumně předpokládat, že by kterýkoliv uchazeč měl před zahájením zadávacího řízení k dispozici hotové dílo, které by odpovídalo jeho požadavkům. Naopak je zřejmé, že podstatnou část bude dodavatel vytvářet v úzké interakci se zaměstnanci zadavatele. Konečné dílo tak bude obsahovat podstatnou část know-how zadavatele a bude vycházet z důvěrné znalosti vnitřního vybavení zadavatele. Výhradní licence bude know-how zadavatele chránit dostatečným způsobem a je též reakcí na aktuální požadavky na bezpečnost informačních systémů. Ignorovat nelze ani skutečnost, že spolupráce mezi zadavatelem a dodavatelem velmi pravděpodobně povede ke vzniku alespoň částí informačního systému, které mohou mít povahu díla spoluautorů ve smyslu § 8 autorského zákona. Přitom, pokud by smlouva neobsahovala jasné vypořádání autorských práv, nebylo by zřejmé, kdo a za jakých podmínek je oprávněn dát souhlas s užíváním takového díla. S ohledem na uvedené považuje zadavatel požadavek na výhradní licenci za přiměřený potřebám České republiky a souladný se zásadami zákona.

## **STANOVISKO NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s. K VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE**

54. Úřad dne 14. 3. 2012 obdržel vyjádření navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s. k výše uvedenému vyjádření zadavatele. Navrhovatel opět uvádí, že z nařízení Ministerstva vnitra č. 9/2011 nevyplývá požadavek na výhradní licenci. K argumentaci zadavatele o obdobnosti slovenské úpravy navrhovatel uvádí, že slovenské předpisy pro zadávání veřejné zakázky neplatí a navíc, že zadavatelem uvedený slovenský předpis výhradní licenci neupravuje.
55. K zadavatelem uváděné skutečnosti, že v budoucnu bude poskytovat podlicence třetím osobám, navrhovatel uvádí, že tato informace nebyla obsažena v zadávacích podmínkách. Zadávací dokumentace naopak definuje předmět plnění tak, že služby ICT technologie a práva (licence) mají být dodány zadavateli a že implementace má proběhnout u zadavatele. O podlicencování nebo službách jiným zadavatelům není uvedeno nic. Pokud zadavatel poskytne licenci třetí osobě, vystaví třetí osobu právě takové závislosti, o jaké zadavatel tvrdí, že jí chce předejít. Třetí osoba, tedy jiný zadavatel, přestože sám je odpovědný za nakládání s přidělenými prostředky sice získá zdarma licenci, ale bude nucen nakupovat implementaci, údržbu a rozvoj od jediného dodavatele, jinak nezíská záruku. Navrhovatel se tedy domnívá, že tvrzení zadavatele o poskytování licence a podlicence dalším zadavatelům je tvrzením účelovým. Pokud by další zadavatelé byli nuceni nakupovat služby implementace, údržby a rozvoje od jediného zájemce, je zřejmé, že nedosáhnou výhodných podmínek, jako by dosáhli, pokud by všechny tyto služby vysoutěžili společně s licenci.
56. Zadavatelovo tvrzení, že požadavek na výhradní licenci se vztahuje pouze k výstupu, představujícímu zcela nové dílo, případně souborné dílo, je informace, která nebyla obsažena v zadávacích podmínkách. Dále se navrhovatel zabývá úpravou souborného díla podle autorského zákona.
57. Navrhovatel se pozastavuje nad vyjádřením zadavatele, že s ohledem na specifičnost požadavků nelze předpokládat, že by kterýkoliv uchazeč měl před zahájením soutěže k dispozici hotové dílo. Toto je pro navrhovatele nová informace, zvláště ve vztahu k subkritériu 2e, kde je popsáno, že systém již existující je bodově zvýhodněn oproti systému, který by byl teprve vyvinut. Uchazeči kromě toho měli předvést funkční vzorky už v průběhu zadávacího řízení, tedy před uzavřením smlouvy, takže kompletní vývoj až „na zakázku“ nepřicházel v úvahu.
58. Dále navrhovatel komentuje tvrzení zadavatele, že dodavatel bude vytvářet systém v úzké interakci se zaměstnanci zadavatele. Poskytování know-how ze strany zaměstnanců není avizováno v zadávacích podmínkách.

## **SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ**

59. Zahájení správního řízení spis. zn. ÚOHS-S250/2012/VZ na návrh 2 oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S250/2012/VZ-9267/2012/520/DŘÍ ze dne 17. 5. 2012. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S250/2012/VZ-9353/2012/520/DŘÍ ze dne 17. 5. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
60. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S250/2012/VZ-9376/2012/520/DŘÍ ze dne 23. 5. 2012 byl návrh navrhovatele ICZ, a. s. na vydání předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, zamítnut, neboť zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím

řízení byl již uložen rozhodnutím č. j. ÚOHS-S12/2012/VZ-2447/2012/520/DŘÍ ze dne 6. 2. 2012.

61. Usnesením č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-9426/2012/520/DŘÍ ze dne 17. 5. 2012 Úřad spojil správní vedená pod spis. zn. ÚOHS-S12/2012/VZ a spis. zn. ÚOHS-S250/2012/VZ.
62. Usnesením č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-9484/2012/520/DŘÍ ze dne 17. 5. 2012 Úřad účastníkům stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Tímto usnesením zadavateli Úřad stanovil lhůtu k zaslání vyjádření, jakým konkrétním způsobem bude probíhat spolupráce dodavatele se zaměstnanci zadavatele při tvorbě konečného autorského díla.

#### **VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE**

63. Dne 28. 5. 2012 Úřad od zadavatele obdržel požadované vyjádření, ve kterém uvádí, že zadavatel je podle zákona o archivnictví specializovaným pracovištěm, které plní metodickou a poradenskou funkci v oblasti předarchivní péče o dokumenty v digitální podobě, digitalizace dokumentů a archiválií. Informace, že řešení bude vycházet z důvěrné znalosti vnitřního vybavení zadavatele se týkala především hlubší znalosti problematiky archivnictví, která je u technologických firem na různé úrovni, ale většinou nepřekračuje oblast předarchivní péče. Dále zadavatel uvádí konkrétní problematiky, kde bude dodavatel využívat znalostí zadavatele: uspořádání AIP (archivního informačního balíčku jako základní entity uchovávání informací v digitálním archivu), popis původců archiválií vycházející z mezinárodního archivního standardu, popis archivů a kulturně vědeckých institucí vycházející z mezinárodního archivního standardu, datová struktura archivních pomůcek, způsob komunikace digitálního archivu s původci, který podmiňuje úpravy elektronických systémů spisové služby různých původců, nová Základní pravidla pro popis archiválií.
64. Z nabídek uchazečů vyplývá, že si jsou nezastupitelné role zadavatele vědomi a zejména v případě archivního portálu logicky spoléhají na konzultace s pracovníky zadavatele, proto se jevil detailní popis takových skutečností v zadávací dokumentaci jako nadbytečný.

#### **VYJÁDŘENÍ NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s. K NÁVRHU NAVRHOVATELE ICZ, a. s.**

65. Dne 1. 6. 2012 Úřad od navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s. obdržel vyjádření, ve kterém uvádí, že z návrhu navrhovatele ICZ, a. s. vyplývá, že jako nejvhodnější vybral zadavatel nabídku, podle níž výhradní licence poskytnuta nebyla a nemohla být. Zdá se tedy, že sám zadavatel prokázal, že výhradní licenci fakticky nepotřeboval.

#### **VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE**

66. Vybraný uchazeč doručil své vyjádření k návrhu navrhovatele ICZ, a. s. Úřadu dne 4. 6. 2012. Ve svém vyjádření uvádí ve vztahu k napadenému chybějícímu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky vycházela z projektu z let 2007 až 2008. Zadavatel v zadávací dokumentaci specifikoval vlastnosti požadovaného systému a vybraný uchazeč navrhl systém, který takové vlastnosti má, a to s ohledem na nejnovější technické poznatky, v souladu se zadávací dokumentací a také s ohledem na úsporu finančních prostředků z veřejných zdrojů. Výše nabídkové ceny vybraného uchazeče je zhodnocením jeho dlouholetého know-how, zkušeností a efektivního využívání personálních zdrojů.

67. Vybraný uchazeč dále uvádí, že použití open source řešení v rámci nabízeného plnění neodporuje a nevylučuje požadavek zadavatele vyplývající ze zadávací dokumentace. Vybraný uchazeč shodně se zadavatelem uvádí, že požadavek výhradnosti se vztahoval až na výsledné dílo, tj. konečný informační systém, představující nové dílo, případně souborné dílo podle § 2 odst. 5 autorského zákona, případně dílo vzniklé zpracováním jiného díla ve smyslu § 2 odst. 4 autorského zákona.
68. K vypracování a podepsání zprávy o posouzení a hodnocení nabídek pouze zadavatelem a nikoliv hodnotící komisí vybraný uchazeč uvádí, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel oznámil hodnocení dílčího hodnotícího kritéria a obdržel v této věci dvě námítky, postupoval zadavatel v souladu s § 79 odst. 5 zákona a následně sestavil zprávu o posouzení a hodnocení nabídek sám.
69. K netransparentnímu popisu hodnocení jednotlivých subkritérií vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel stanovil jednotlivá dílčí hodnotící kritéria takto: výše nabídkové ceny 60 %, kvalita nabízeného řešení 20 %, funkční vzorek 15 %, provozní náklady za 10 let provozu 5 %. Zadavatel stanovil jednotlivá dílčí kritéria v souladu s § 78 odst. 4 zákona. Následně zadavatel provedl hodnocení nabídek zcela v souladu se zákonem.
70. Vybraný uchazeč na závěr svého vyjádření uvádí, že Úřad není příslušný k přezkoumávání samotného předmětu plnění veřejné zakázky z pohledu vhodnosti, hospodárnosti či způsobu realizace. S odkazem na judikaturu vybraný uchazeč uvádí, že Úřad nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejhodnější nabídky, tento úkol přísluší zadavateli, případně hodnotící komisi. S ohledem na uvedené považuje vybraný uchazeč postup zadavatele za souladný se zákonem.

## **SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ**

71. Usnesením č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-11533/2012/520/DŘÍ ze dne 22. 6. 2012 Úřad ustanovil znalce – doc. JUDr. Ing. Bohumíra Štědrone, Ph.D., LL.M., MBA, Máslova 2688/2, 160 00 Praha 6 (dále jen „znalec) – k vypracování znaleckého posudku ve věci odborného zodpovězení následujících otázek:
  - a. Jakým způsobem a případně za jakých okolností může být požadavek na výhradní licenci pro potenciální dodavatele diskriminující, resp. jakým způsobem může tento požadavek představovat omezení hospodářské soutěže?
  - b. Zadavatel uvádí jako důvod požadavku na výhradní licenci skutečnost, že bude moci převádět licenci sám dál na třetí osoby. Je toto účel výhradní licence? Lze tohoto požadavku zadavatele dosáhnout i jiným způsobem než udělením výhradní licence?
  - c. Dodavatel při udělení výhradní licenci zadavateli nebude moci poskytovat licence k užití autorského díla dalším třetím osobám. Platí toto i v případě, kdy na autorském díle provede dodavatel určité změny, z důvodů přizpůsobení autorského díla podmínkám další osoby (jedná se o počítačové programy)? Lze definovat, jakého charakteru musí takové změny být, aby bylo možné počítačový program považovat za nové autorské dílo, na které se udělená výhradní licence nevztahuje? Pokud vycházíme z definice autorského díla podle § 2 odst. 1 autorského zákona, musí se jednat o „jedinečný výsledek tvůrčí činnosti autora“. Lze tedy vůbec jakoukoliv změnu již existujícího autorského díla (počítačového programu)

považovat za jedinečný výsledek tvůrčí činnosti autora, za předpokladu, že účel použití počítačového programu bude u třetích osob více méně stejný a změny budou spočívat pouze v přizpůsobení autorského díla jiným podmínkám třetí osoby?

- d. Lze na základě Zadávací dokumentace a dodatečných informací k ní a Studie proveditelnosti Národního digitálního archivu konstatovat, že předmět veřejné zakázky je takového charakteru, že ospravedlňuje požadavek na poskytnutí výhradní licence? Představuje požadavek na poskytnutí výhradní licence v tomto konkrétním případě odpovídající přínos pro zadavatele?
- e. Splňuje či nespĺňuje nabídka vybraného uchazeče zadávací podmínku zadavatele uvedenou v bodu 10. „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace týkající se udělení výhradní licence k nabízenému autorskému dílu?

72. Sdělením č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-11491/2012/520/DŘÍ ze dne 22. 6. 2012 Úřad informoval účastníky správního řízení o ustanovení znalce a o znění otázek, jejichž zodpovězení bude předmětem znaleckého posudku.

73. Dne 12. 7. 2012 byl Úřadu znalecký posudek č. 38-2012 ze dne 9. 7. 2012 (dále jen „znalecký posudek“) doručen. Ve znaleckém posudku se uvádí následující.

74. Odpověď znalce na dotaz č. a)

První, co je třeba pro účely posudku definovat, je pojem „výhradní licence“. Tento pojem definuje autorský zákon v § 47, odst. 2, který stanoví, že v případě výhradní licence autor nesmí poskytnout licenci třetí osobě a je povinen, není-li sjednáno jinak, se i sám zdržet výkonu práva užít dílo způsobem, ke kterému licenci udělil. Toto právo je ale právo relativní, tedy nemá povahu práva absolutního (platícího tzv. erga omnes).

Dále je potřeba definovat počítačový program (synonymum je počítačová aplikace, software nebo informační systém). Podle autorského zákona se počítačový program za dílo považuje, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým duševním výtvořem. To znamená, že kromě jednoduchých rutinních programů, které nelze považovat za výsledek tvůrčí činnosti, například výpočet plochy či obvodu jednoduchého obrazce, se za dílo považují všechny počítačové programy. Jinými slovy za předpokladu, že vytvořený počítačový program není výsledkem rutinní činnosti, je každý počítačový program v současné době autorským zákonem chráněn, i když není statisticky jedinečný. Mohou tedy vzniknout nezávisle na sobě dva stejné programy, které budou chráněny autorským zákonem. V oblasti pořizování software ve veřejné správě je z hlediska tohoto znaleckého posudku třeba rozlišovat mezi dvěma základními typy software: 1) tzv. „krabicový software“, a 2) software vytvořený na míru dle požadavků zadavatele.

Ad 1) Tzv. „krabicový software“ je označení pro komerčně prodávaný software jako například MS Office nebo MS Windows. Charakteristika tohoto software je, že se jedná o masivně rozšířený software, který se prodává zákazníkovi jako tzv. „hotový produkt“, není možné tento software výrazně customizovat a oprávněný uživatel nemá přístup ke zdrojovým kódům software a není oprávněn jej měnit.

Ad 2) Software vytvořený na míru je jedinečný, jedná se o software vytvořený přesně podle požadavků zadavatele pro jeho potřeby. U takového software je běžné, že zadavatel získá zdrojové kódy a postupně software bude modifikovat a dále rozvíjet.

Závěr: V případě tzv. „krabicového software“ může požadavek na výhradní licenci být diskriminační a představovat omezení hospodářské soutěže, což ale není případ posuzované veřejné zakázky. V posuzovaném případě se totiž jedná o speciální software vytvořený na míru dle požadavků zákazníka a v tomto případě znalec nevidí důvod, proč by požadavek na výhradní licenci měl být diskriminační nebo představovat omezení hospodářské soutěže. Jasným signálem, že podmínky veřejné soutěže nebyly diskriminační a neomezovaly hospodářskou soutěž je i tzv. „důkaz trhem“. Nabídku totiž podalo celkem pět společností, a to 1) GORDIC spol. s r. o., 2) Aurotron Computer spol. s r. o., 3) HEWLETT-PACKARD s. r. o., 4) ICZ a. s., 5) IBM Česká republika, spol. s r. o. Z toho dvě jsou navíc americké nadnárodní korporace, která mají velmi přísnou licenční politiku schvalovanou korporací mimo území ČR a skutečnost, že se do výběrového řízení přihlásily, podaly nabídku a ve smlouvě se zavázaly výhradní licenci poskytnout, jasně dokládá fakt, že výběrové řízení nebylo diskriminační. Navíc znalec ze své zkušenosti ví, že v obdobných veřejných zakázkách se počet podaných nabídek obvykle pohybuje právě mezi 3-5 nabídkami. Tedy i z tohoto hlediska je zakázka a počet podaných nabídek standardní.

75. Odpověď znalce na dotaz č. b)

Závěr: Účelem výhradní licence je zamezit, aby třetí osoba bez souhlasu zadavatele mohla stejný software vyvinutý na míru užívat bez souhlasu zadavatele. Jiný účel výhradní licence není znalci znám.

76. Odpověď znalce na dotaz č. c)

Závěr: Jak již bylo uvedeno, za předpokladu, že vytvořený počítačový program není výsledkem rutinní činnosti, je každý počítačový program v současné době autorským zákonem chráněn, i když není statisticky jedinečný. Mohou tedy vzniknout nezávisle na sobě dva stejné programy, které budou chráněny autorským zákonem. V praxi to znamená, že konkrétní počítačový program jako celek nesmí dodavatel (uchazeč) při poskytnutí výhradní licence dále distribuovat. Nicméně tato skutečnost nebrání tomu, aby dodavatel (uchazeč) dále na trhu prodával počítačové programy, které jsou založeny na stejných principech a plní stejné nebo obdobné funkce. Z hlediska autorského zákona lze tvrdit, že jakákoliv změna počítačového programu (pokud se nejedná pouze o „kosmetickou“ úpravu), má za následek vytvoření nového autorského díla – počítačového programu (tedy se jedná o novou licenci). Znovu také opakuji, že je možné, aby vedle sebe existovaly nezávisle dva stejné počítačové programy. Výhradní licence tedy nebrání tomu, aby uchazeč obdobný software s obdobnými funkcionalitami dále na trhu nabízel.

77. Odpověď znalce na dotaz č. d)

Závěr: Na základě analýzy zadávací dokumentace a studie proveditelnosti je znalec názoru, že předmět veřejné zakázky je takového charakteru, že je možné požadovat poskytnutí výhradní licence. V případě národního archivu a jeho digitalizace je třeba mít na paměti, že se jedná o ústřední archiv státu přímo řízený Ministerstvem vnitra ČR. Projekt digitalizace má za úkol zajistit komplexní řešení trvalého a bezpečného uchování elektronických (digitálních) dokumentů trvalé hodnoty (elektronických archiválií) včetně jejich metadat a jejich zpřístupnění. Z tohoto důvodu je znalec názoru, že požadavek na výhradní licenci je odůvodněný, protože vytvořený informační systém bude sloužit k zabezpečování stěžejních úkolů státu (archivace významných dat trvalé hodnoty) a zadavatel mimo jiné

z bezpečnostních důvodů může mít oprávněný zájem, aby stejné řešení nebylo na trhu volně dostupné.

78. Odpověď znalce na dotaz č. e)
79. Závěr: Znalec v nabídce uchazeče nenašel nic, co by nasvědčovalo skutečnosti, že by uchazeč ve své nabídce nesplnil zadávací podmínku v bodu 10. („Návrh smlouvy“) týkající se udělení výhradní licence k nabízenému autorskému dílu.
80. Usnesením č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-13293/2012/520/DŘÍ ze dne 18. 7. 2012 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu k zaslání vyjádření ke znaleckému posudku.

#### **VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE**

81. Zadavatel své vyjádření, ve kterém uvádí, že znalecký posudek bere na vědomí, doručil Úřadu dne 27. 7. 2012.

#### **VYJÁDŘENÍ NAVRHOVATELE ICZ, a. s.**

82. Navrhovatel ICZ, a. s. nemá námítky proti odpovědím znalce na otázky a) až d), byť je považuje za obecné.
83. Navrhovatel se však neztotožňuje s odpovědí na dotaz e), kterou považuje za zcela neodůvodněnou a nijak nepodloženou. Závěr znalce není nijak odůvodněn, není stanoveno, jaké aspekty nabídky vybraného uchazeče znalec posuzoval, znalec se nikterak nevypořádal se skutečností, že řešení nabízené vybraným uchazečem je postaveno pravděpodobně kompletně na open source platformě. Otázkou neřešenou zůstává, zda v případě realizace nabízeného řešení může vybraný uchazeč požadovanou výhradní licenci k celému dílu a jeho částem skutečně reálně poskytnout.
84. Navrhovatel dále uvádí, že nemá k dispozici nabídku vybraného uchazeče, nicméně ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek dovozuje, že nabízené řešení vybraného uchazeče bylo postaveno na opensourcové platformě RODA. RODA je open source řešení digitálního depozitáře, které je vystavěno na dílčích řešeních publikovaných pod celou řadou open source licencí. Poskytnutí výhradní licence koncovému uživateli (zadavateli) je v takovém případě zcela vyloučeno.
85. S ohledem na uvedené navrhovatel žádá, aby Úřad poskytl znalci toto vyjádření a vyzval znalce k doplnění znaleckého posudku v části odpovědi na dotaz e) s ohledem na vyjádření navrhovatele, ve smyslu, zda zadavatel může v případě realizace řešení nabízeného vybraným uchazečem získat od vybraného uchazeče výhradní licenci k IS NDA v rozsahu stanoveném zadávací dokumentací, případně, aby Úřad nařídil k zodpovězení otázky revizní znalecký posudek.

#### **VYJÁDŘENÍ NAVRHOVATELE TELEFÓNICA CZECH REPUBLIC, a. s.**

86. Navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s. doručil své vyjádření Úřadu dne 30. 7. 2012. Ve svém vyjádření navrhovatel uvádí, že v případě odpovědi znalce na dotaz a) se jedná o pohled zjednodušující. Ve skutečnosti je na trhu obrovské množství softwarových produktů, které nejsou ani krabicové, ani vytvořené na míru podle požadavků zadavatele. Znalec se o takovém softwaru nezmiňuje. Právě takový software mohl být nabízen v této veřejné zakázce.



87. Znalecký posudek se dále zabývá (pro navrhovatele z neznámého důvodu, neboť se Úřad na to netázal) dostupností zdrojového kódu u těch typů software, které znalec identifikoval jako základní. Znalec tvrdí, že u prvního typu uživatel přístup ke zdrojovým kódům nemá, u druhého má být naopak běžné, že je získá. Faktická situace na trhu je však zcela jiná a mnohem různorodější. Dostupnost zdrojových kódů vůbec nezávisí na typu softwaru, ani na druhu licence. Dále navrhovatel uvádí případy, jak lze nakládat se zdrojovým kódem a uvádí, že všechny tyto běžné metody znalecký posudek ignoruje.
88. Navrhovatel dále zpochybňuje tvrzení znalce, že ve veřejné zakázce se jedná o speciální software vytvořený na míru. Vybraný uchazeč nenabídl, že software vyvine na míru a bezpochyby použije open source produkty nebo řešení třetí strany nebo vlastní hotové produkty, případně kombinaci a eventuální úpravu či doprogramování. K výchozím produktům nemohl nabídnout výhradní licenci, protože k tomu není oprávněn.
89. Znalecký posudek jako jasný signál, že nejde o diskriminaci, uvádí důkaz trhem. Fakticky jde pouze o skutečnost, že nabídku podalo pět uchazečů. Podle zákona není počet uchazečů rozhodným pro posouzení správnosti postupu zadavatele. Ve skutečnosti platí, že i kdyby byl jen jediný dodavatel diskriminován, šlo by o závažné porušení zákona. Skutečnost, že někteří dodavatelé podali nabídky, neznamená, že jiní dodavatelé nebyli diskriminováni. Navrhovatel k tomu uvádí příklad, kdyby někam mělo přístup pět bělochů a žádný černoš, jistě by nešlo o důkaz nediskriminace. Znalecký posudek obsahuje nesprávná, hrubě nepřesná a irelevantní odůvodnění. Odpověď na dotaz a) se neopírá o žádnou objektivní skutečnost.
90. K odpovědi na dotaz b) navrhovatel uvádí, že znalecký posudek přímo neodpovídá na položenou otázku, tedy zda účelem výhradní licence je záměr, aby zadavatel mohl licenci sám převádět dál na třetí osoby. Navrhovatel uvádí, že tohoto výsledku, tedy práva převádět licenci na třetí osoby, lze běžně dosáhnout i bez výhradní licence.
91. K odpovědi na dotaz c) navrhovatel uvádí, že uvedený názor znalce připomíná situaci, kdy dvě hudební skladby jsou zcela totožné, a přesto jsou obě legální a obě jsou chráněny autorským zákonem. Taková situace přesto v praxi nenastává, protože by šlo o příliš primitivní obcházení zákona. S výkladem o tom, že může vzniknout druhý stejný nebo skoro stejný software, koliduje názor jiného znalce, a to v posudku, který Úřad opatřil v jiném správním řízení spis. zn. ÚOHS-S71/2012/VZ Navrhovatel nadále tvrdí, že poskytnutí výhradní licence by mu znemožnilo prodávat dále produkty, z nichž hodlal sestavit svoje řešení, nebo by byl vystaven riziku, že se dopustí porušování práv z výhradní licence.
92. K odpovědi na dotaz d) navrhovatel uvádí, že znalec neuvedl žádný důvod, který by byl nějak specifický pro tuto zakázku nebo pro tohoto zadavatele z hlediska požadavku na výhradní licenci. Znalecký posudek neuvádí, proč by se plnění stěžejních úkolů státu a trvalé bezpečné uchování elektronických dokumentů nemohlo provádět bez výhradní licence. Prakticky všichni veřejní zadavatelé zabezpečují stěžejní úkoly státu, jinak by snad ani neexistovali.
93. K poslední odpovědi znalce navrhovatel uvádí, že nabídková cena vybraného uchazeče nemůže zahrnovat náklady na výrobu celého software. Vybraný uchazeč pravděpodobně využil dodatečné informace v odpovědi č. 102 a nabídl licenci takovou, že na tzv. standardní software uchazeče i třetích stran se výhradní licence nevztahuje.

94. Dále se navrhovatel vyjadřuje k tomu, že ve znaleckém posudku je uvedeno, že znalec působí jako člen rozkladové komise pro veřejné zakázky Úřadu. Tato okolnost je překážkou nestranného a nepodjatého rozhodování ve správním řízení. Může totiž nastat situace, že se věc bude rozhodovat i ve druhém stupni a že tedy rozkladová komise bude projednávat, které závěry znaleckého posudku mají být zohledněny a které nikoliv. Navrhovatel tedy žádá, aby Úřad při rozhodování k závěrům tohoto znaleckého posudku nepřihlížel.
95. Na závěr svého vyjádření navrhovatel uvádí, že znalecký posudek se nezabývá ekonomickou problematikou výhradní licence. Navrhovatel předpokládá, že Úřad sám přihlédne k okolnosti, že software s výhradní licencí je vždy dražší než s licencí nevýhradní. Navrhovatel spatřuje diskriminaci ve skutečnosti, že dodavatelé, kteří by jinak mohli nabídnout výhodné řešení sestavené z existujících produktů, byli odrazováni požadavkem na výhradní licenci, protože ji fakticky poskytnout nemohli. Pokud o diskriminaci nešlo, pak jedině s přihlédnutím k odpovědi na dodatečné informace č. 102. Znaleckým posudkem není prokázáno, že požadavek výhradní licence není diskriminující.

### **ZÁVĚRY ÚŘADU**

96. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený § 51 odst. 4 v návaznosti na § 6 zákona, když omezil možnost prokazování splnění technického kvalifikačního předpokladu (podle bodu 6.4 zadávací dokumentace) prostřednictvím subdodavatele, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
97. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
98. Zadavatel může podle § 44 odst. 6 zákona v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.
99. Jak je uvedeno v § 51 odst. 4 zákona, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a).

100. Zadavatel v bodu 6.4 A) „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace stanovil, že „uchazeč je povinen k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů doložit seznam významných služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí.“ Přílohou tohoto seznamu poté musí být osvědčení vydané veřejným zadavatelem nebo jinou osobou nebo čestné prohlášení uchazeče, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.
101. Dále je v citovaném bodě zadávací dokumentace uvedeno, že „uchazeč předloží
- a) seznam nejméně dvou jím poskytnutých služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku.
  - b) seznam alespoň jednoho projektu z oblasti digitální archivace v paměťových institucích (archivy, knihovny, muzea, apod.), do kterého se uchazeč nebo jeho subdodavatel zapojil.“
102. V odpovědi ze dne 4. 11. 2011 na dotazy v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám zadavatel na dotaz „Jako zastoupení zahraniční společnosti bychom rádi jako uchazeč předložili reference námi nabízeného řešení této společnosti v zahraničí. Bude zadavatel tyto reference akceptovat při námi předloženém dokladu o zastoupení jako reference uchazeče?“, odpověděl: „Ne, zadávací dokumentace jasně požaduje, aby to byl právě uchazeč, který se prokáže alespoň dvěma zakázkami daného rozsahu. Cílem zadavatele je v tomto získat stabilního partnera s náležitými zkušenostmi v požadované oblasti.“
103. Dne 23. 11. 2011 se v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám zadavatel vyjádřil ke své výše uvedené odpovědi následovně: „Do výběrového řízení se může přímo přihlásit zahraniční společnost. Na ní pak bude, v případě jejího výběru v řízení, zda realizaci pověří své přímé zastoupení v ČR, nebo zda bude zakázku realizovat sama. Reference o realizaci v zahraničí jsou akceptovatelné, pokud jejich zhotovitel byl daný uchazeč, tzn. konkrétní firma. Pokud firma jedná v zastoupení některé jiné (i zahraniční) firmy, pak musí pro takové jednání předložit platná zmocnění k zastupování, s konkrétním rozsahem zastoupení a jednat tedy jménem uvedeného zmocnitele, tzn. jeho jménem předkládat a dokládat požadované dokumenty atd.“
104. V rámci odpovědi na dodatečné informace k zadávacím podmínkám dne 5. 12. 2011 odpověděl zadavatel na dotaz, který směřoval k odpovědi zadavatele ze dne 23. 11. 2011, následovně: „Zadavatel nezamýšlí rozšířit technické kvalifikační předpoklady o zahraniční referenci. U odpovědi na dotaz firmy Auroton se nejedná o žádné rozšíření požadavků zadávací dokumentace. Firma Auroton se dotazovala na možnost nahradit referenci kvalifikačních technických předpokladů uchazeče ad A a) (tj. seznam nejméně dvou jím poskytnutých služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku) referencí zahraničního subdodavatele. Toto je v rozporu se zadávací dokumentací. Naopak tuto referenci lze v souladu se zadávací dokumentací využít u referencí kvalifikačních technických předpokladů ad A b) (tj. seznam alespoň jednoho projektu z oblasti digitální archivace v paměťových institucích – archivy, knihovny, muzea, apod., do kterého se uchazeč, nebo jeho subdodavatel zapojil). Kvalifikační předpoklady podle bodu A a) dokládá uchazeč

referencemi na služby, které sám poskytl. Dceřiná společnost s vlastní právní subjektivitou je samostatným dodavatelem a prokazuje kvalifikační předpoklady ad A a) referencemi na služby, které sama poskytla. Není přitom rozhodující, kde byly tyto služby realizovány.“

105. K výše uvedenému Úřad uvádí, že zákon zadavateli umožňuje v ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradit si požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem. V šetřeném případě zadavatel požadavek na omezení realizace plnění veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele nestanovil, ale omezil prokazování splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele.
106. Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že služby z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku, jejichž seznam zadavatel požadoval předložit, musel poskytnout uchazeč. Takto formulovaný kvalifikační předpoklad sám o sobě z hlediska naplnění požadavků zákona na možnost prokazovat kvalifikaci subdodavately nelze považovat za rozporný se zákonem, neboť zde není výslovně zadavatelem zakázána možnost jeho prokázání subdodavately. Oprávnění uchazeče prokazovat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele vyplývá přímo z textu zákona, konkrétně z ustanovení § 51 odst. 4, které se v takovém případě aplikuje.
107. Zadavatel ovšem v rámci poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám výše citovaný technický kvalifikační předpoklad uvedený v bodu 6.4 zadávací dokumentace vysvětlil tak, že v případě „seznamu nejméně dvou jím poskytnutých služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku“, se jedná o takové služby, které realizoval výlučně uchazeč a nikoliv jeho subdodavatel. Dokládání služby nemohly být poskytnuty subdodavatelem uchazeče (odpověď zadavatele ze dne 4. 11. 2011: „zadávací dokumentace jasně požaduje, aby to byl právě uchazeč, který se prokáže alespoň dvěma zakázkami daného rozsahu“). Subdodavatelem realizovanou službu mohl uchazeč v rámci prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 6.4 A) předložit pouze ve vztahu k požadavku na doložení seznamu alespoň jednoho projektu z oblasti digitální archivace v paměťových institucích (archivy, knihovny, muzea, apod.). Zde zadavatel v zadávací dokumentaci tuto možnost výslovně zdůraznil větou „do kterého se uchazeč nebo jeho subdodavatel zapojil“ a dále jednoznačně potvrdil ve své odpovědi v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 5. 12. 2011.
108. V této souvislosti má Úřad za nutné zdůraznit, že v daném případě je zcela irelevantní, jestli uvedený závěr o nemožnosti prokázat citovaný technický kvalifikační předpoklad subdodavatelem vyplývá výslovně z formulace textu zadávací dokumentace, nebo z dodatečných informací k zadávacím podmínkám poskytnutých zadavatelem, neboť dodatečné informace k zadávací dokumentaci je nutné chápat jako nedílnou součást zadávací dokumentace jako takové, neboť v těchto dodatečných informacích zadavatel předkládá uchazečům výkladové stanovisko k textu zadávací dokumentace, kterou sám vytvořil, a za jejíž správnost a úplnost podle § 44 odst. 1 odpovídá. Pokud tedy ze samotného textu zadávací dokumentace nelze něco jednoznačně dovodit, je nutné k takovému textu přistupovat výlučně s ohledem na zadavatelem poskytnuté vysvětlení v rámci dodatečných informací. Poté je nutné dojít k závěru, že daný text zadávací dokumentace obsahově znamená právě to, co zadavatel uvedl (vysvětlil) v dodatečných informacích k němu.

109. Zákon v § 51 odst. 4 stanoví, že v chybějícím rozsahu lze prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele a dále již explicitně neuvádí, jaká část se myslí pojmem „chybějící“. Zákon rovněž pamatuje na naplnění účelu požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů, tedy na to, aby byla veřejná zakázka realizována dodavatelem způsobilým k jejímu plnění, a to v ustanovení § 51 odst. 4 zákona, kde je uvedeno, že dodavatel je povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
110. Při posuzování otázky oprávněnosti omezení prokazování kvalifikace subdodavatelem, mimo zákaz prokazování výslovně uvedených kvalifikačních předpokladů (§ 50 odst. 1 písm. a) a § 54 písm. a) zákona), je nutné tedy vycházet z ustanovení zákona, které sice zadavateli umožňují určit si určitou část plnění, která nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele a zároveň dává dodavatelům možnost prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele za podmínky, že předloží smlouvu, ze které mj. jiné vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. V šetřeném případě zadavatel neomezil možnost plnění určité části veřejné zakázky subdodavatelem, ale omezil možnost prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, aniž by mu k takovému postupu některé z ustanovení zákona dávalo prostor.
111. Nemožnost omezit prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele potvrzuje i judikatura Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), a to v rozsudcích č. j. C-389/92 Ballast Nedam Groep NV v. Belgie (dále jen „C-389/92“), č. j. C-5/97 Ballast Nedam Groep v. Belgie (dále jen „C-5/97“) a v rozsudku č. j. C-176/98.
112. V rozsudku C-389/92 ESD mj. rozhodl, že dodavatel může v rámci prokazování splnění kvalifikace (jednalo se o zápis do belgické obdoby Seznamu kvalifikovaných dodavatelů) doložit i doklady (konkrétně reference) vztahující se k jeho dceřiným společnostem, pokud zároveň prokáže, že má požadované prostředky těchto společností reálně k dispozici.
113. V druhém rozsudku C-5/97, který navazoval na předchozí, ESD potvrdil, že zadavatel má povinnost prokázání splnění kvalifikace tímto způsobem uznat, tedy tato možnost není pouze na jeho uvážení.
114. V rozsudku C-176/98 rozšířil ESD možnost prokazování kvalifikace (jednalo se o prokázání výše obrátu) prostřednictvím subdodavatelů i na případy, kdy mezi dotčenými osobami nejsou čistě koncernové vazby, a stanovil, že je možné využít kvalifikace i jiných subjektů, pokud dodavatel prokáže, že bude moci s jejich prostředky reálně disponovat.
115. Úřad má v tomto případě, tedy při vyloučení možnosti prokázat technický kvalifikační předpoklad podle bodu 6.4 A) zadávací dokumentace (předložení seznamu nejméně dvou uchazečem poskytnutých služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku“) za to, že uvedenou podmínkou se zadavatel dopustil skryté diskriminace potenciálních dodavatelů. Ke skryté diskriminaci se vyslovil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008,

kde uvedl, že „za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými“. Smysl § 6 zákona podle soudu tkví ve vytváření podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě zásady rovného zacházení a zákazů diskriminace pak slouží k zajištění konkurence mezi dodavateli.“ Nejvyšší správní soud zdůraznil, že „smysl a cíl zákazů diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“.

116. V důsledku omezení možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, mohlo dojít k situaci, kdy nabídku podalo méně dodavatelů než v situaci, kdy by tato podmínka stanovena nebyla. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří nebyli sami schopni prokázat splnění uvedeného technického kvalifikačního předpokladu, ale mohli jej prokázat prostřednictvím subdodavatele, což zákon umožňuje za podmínky existence smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem (viz § 51 odst. 4 zákona).
117. Úřad zadavatelův postup posoudil jako porušení § 51 odst. 4 zákona, kde je uvedeno, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele v návaznosti na § 6 zákona, kdy omezením možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů mohlo dojít ke skryté diskriminaci potenciálních dodavatelů. Uvedený postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že v případě, kdy by uvedené omezení možnosti prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 6.4 A) zadávací dokumentace zadavatel nestanovil, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky plnění předmětu veřejné zakázky.
118. Úřad je při rozhodování podle § 118 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při stanovení podmínek zadání, Úřad předmětné zadávací řízení zrušil.
119. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona odeslat písemné oznámení o

zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

120. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

**K dalším skutečnostem uvedeným v návrhu navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s. a navrhovatele ICZ, a. s.**

121. Úřad konstatuje, že se k dalším skutečnostem uvedeným v návrhu a vyjádření navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s. nevyjádřil, neboť s ohledem na výše uvedený závěr o rozporu postupu zadavatele s ustanovením § 51 odst. 4 zákona při zadávání veřejné zakázky a z toho vyplývající rozhodnutí o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení předmětného zadávacího řízení, je posuzování souladu postupu zadavatele se zákonem v dalších v návrhu uvedených bodech bezpředmětné, neboť při existenci jednoho důvodu pro zrušení zadávacího řízení je posuzování důvodů dalších nadbytečné.

122. Z uvedeného důvodu Úřad nepřistoupil rovněž k provedení důkazu znaleckým posudkem. Úřad tedy ani nevyzval znalce k doplnění znaleckého posudku v části odpovědi na otázku e), jak požadoval navrhovatel ICZ, a. s. ve svém vyjádření ze dne 30. 7. 2012.

123. S ohledem na skutečnost, že zadavatel pochybil již při stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky, je rovněž bezpředmětné posuzovat skutečnosti uvedené v návrhu navrhovatele ICZ, a. s., který směřoval proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.

**NÁKLADY ŘÍZENÍ**

124. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

125. Vzhledem k tomu, že úkon zadavatele byl tímto rozhodnutím zrušen, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000012.

## 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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

Obdrží:

Národní archiv, Archivní 2257/4, 149 01 Praha

Radek Šindelář, Telefónica Czech Republic, a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha

JUDr. Milan Zápotočný, advokát, Telečská 7, 586 01 Jihlava

Mgr. Petra Koutná, advokátka, Kostelní 6, 170 00 Praha

Vypraveno dne:

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