



UOHSX00ADGOV

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0264/2017/VZ-25367/2017/533/HKu

Brno: 30. srpna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 30. 6. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023 -039633,

### **rozhodl takto:**

**Návrh navrhovatele** – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 – ze dne 30. 6. 2017, se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 30. 1. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023-039633 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.4) „*Stručný popis*“ oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: „*Předmětem této veřejné zakázky je zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky pro HW a SW technologie uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci.*“.
3. Jak vyplývá z dokladu o doručení námitek, jež tvoří přílohu návrhu, zadavatel obdržel dne 6. 3. 2017 od dodavatele – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) – námítky z téhož dne proti zadávacím podmínkám. Rozhodnutí o námítkách ze dne 21. 3. 2017, kterým zadavatel námítky navrhovatele odmítl, bylo navrhovateli doručeno dne 22. 3. 2017.
4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 30. 3. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu ze dne 19. 5. 2017 (dále jen „rozhodnutí sp. zn. S0123/2017“) ve výroku I. konstatoval, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu se zákonem a ve výroku II. uložil nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 3. 2017 o námítkách navrhovatele. Rozhodnutí sp. zn. S0123/2017 nabylo právní moci dne 6. 6. 2017 (v podrobnostech viz „Sbírka rozhodnutí“ na internetových stránkách Úřadu, kde bylo pravomocné rozhodnutí v souladu se zákonem uveřejněno).
5. S ohledem na závěry rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0123/2017 zadavatel nově rozhodl o námítkách navrhovatele s totožným obsahem jako v námítkách ze dne 6. 3. 2017 a dne 21. 6. 2017 vydal nové rozhodnutí o námítkách (dále jen „rozhodnutí o námítkách II.“), jímž námítky navrhovatele opětovně odmítl. Rozhodnutí o námítkách II. bylo navrhovateli doručeno dne 21. 6. 2017.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námítkách II. za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 30. 6. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který byl ve stejnopisu doručen zadavateli téhož dne.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 správního řádu bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 30. 6. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
8. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-19926/2017/533/HKu ze dne 3. 7. 2017.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-20492/2017/533/HKu ze dne 13. 7. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-21902/2017/533/HKu ze dne 28. 7. 2017 určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu k provedení úkonu – doručení dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku ve smyslu § 216 odst. 1 zákona.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22265/2017/533/HKu ze dne 2. 8. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání vyjádření a popř. prokázání skutečnosti, z jakého důvodu, popř. z jakého smluvního ujednání, má zadavatel za to, že u produktů výrobce softwaru – Tesco SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc – při plnění služby dle čl. III odst. 2, písm. ci) návrhu smlouvy „Change services“ v rámci technické podpory vykonávané jiným dodavatelem, než je výrobce předmětné technologie, může takový dodavatel předmětnou službu vykonávat.
13. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-23186/2017/533/HKu ze dne 10. 8. 2017 Úřad nařídil z moci úřední předběžné opatření, jímž zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
14. Usnesením č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-23623/2017/533/HKu ze dne 17. 8. 2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
15. Dne 22. 8. 2017 nahlédl do spisu zástupce zadavatele (Ing. Juraj Šomoši). Plná moc ze dne 21. 8. 2017 k nahlédnutí do spisu a protokol o nahlížení do spisu je součástí správního spisu.
16. Dne 23. 8. 2017 nahlédl do spisu zástupce navrhovatele (Ing. David Horký). Plná moc ze dne 21. 8. 2017 k nahlédnutí do spisu a protokol o nahlížení do spisu je součástí správního spisu.

### Obsah návrhu

17. Navrhovatel v meritu věci odkazuje v plném rozsahu na své námítky ze dne 6. 3. 2017 a návrh ze dne 30. 3. 2017 (pozn. Úřadu: podaný v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017/VZ) a dodává, že dále ve svém návrhu zdůrazňuje zásadní body námitek a reaguje na rozhodnutí o námitkách II. ze dne 21. 6. 2017. Podle názoru navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách II. neuvedl žádné nové skutečnosti, nad rámec skutečností uvedených v rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 3. 2017.

18. Navrhovatel zdůrazňuje, že zadavatelem požadovaná podpora a licence k produktům společnosti Tesco SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „Tesco SW a.s.“), náleží k produktům společnosti, která Informační systém Národního elektronického nástroje (dále jen „IS NEN“) z velké části vybuodovala a která se rovněž podílí zásadním způsobem na provozu a správě tohoto systému. Navrhovatel dodává, že realizací IS NEN vznikla závislost na produktech společnosti Tesco SW a.s. Jakákoliv argumentace zadavatele v tom smyslu, že se v daném případě jedná o standardní model podpory výrobců SW a HW, nebo odkaz na obdobný postup vůči jiným společnostem (IBM, ORACLE) je nepatřičná, neboť jejich postavení je zcela jiné, než postavení společnosti Tesco SW a.s.
19. Navrhovatel namítá diskriminační, netransparentní a nerovné nastavení zadávacích podmínek a domnívá se, že tyto jednoznačně zvýhodňují společnost Tesco SW a. s., resp. subjekty personálně, obchodně či jinak napojené na společnost Tesco SW a. s., která se podílela na vzniku IS NEN a která je zároveň, dle vyjádření navrhovatele, jeho současným provozovatelem. Zadavatel tak dle navrhovatele porušil ustanovení § 36 odst. 1 zákona a § 6 zákona.
20. Dále navrhovatel cituje z čl. 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace a uvádí, že na str. 3 zadávací dokumentace v tabulce 1 nazvané „Přehled SW technologií, pro které je požadováno zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky“ jsou mj. uvedeny softwarové produkty společnosti Tesco SW a. s.: TSC CryptoID, TSC NEN Framework, TSC NEN SilverLight, TSC NEN LightWeb, TSC FAMA EAI+. Navrhovatel má za to, že tento software, zejména TSC CryptoID a TSC FAMA EAI+, jsou proprietární uzavřená řešení, nástroje a platformy, a že tyto softwarové produkty jsou aplikovány pouze na několika projektech společnosti Tesco SW a. s. a nejsou jako ostatní produkty od společností IBM, Symantec nebo Oracle universální, otevřené a celosvětově široce rozšířené, používané a dostupné. Dodává, že produkty společnosti Tesco SW a. s. jsou úzce omezenou platformou (věcně, personálně i územně), s omezeným a úzkým užitím pouze ve vztahu k několika řešením poskytovaným společnostmi Tesco SW a.s., zejména pak ve vztahu k IS NEN. Navrhovatel dále doplňuje, že společnost Tesco SW a.s. vyvinula a vlastní k uvedenému SW i veškerá licenční práva, přičemž není známa žádná jiná podobná společnost, která poskytuje tyto zadavatelem využívané produkty společnosti Tesco SW a.s. (či licence) a je schopná zajistit podporu k těmto produktům. Podle názoru navrhovatele určuje společnost Tesco SW a.s. ke svým produktům cenovou politiku, a tedy má vliv na to, kdo bude moci poskytovat plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Dále navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že zadavatel požaduje v zadávacích podmínkách pro produkty společnosti Tesco SW a.s. nákup v edici Technical Support Plus, což podle názoru navrhovatele znamená podmínku přinejmenším formy, určené společnostmi Tesco SW a.s. Navrhovatel dodává, že předmětná edice není z veřejných zdrojů ani dohledatelná. K tvrzení zadavatele, že každý dodavatel mohl kontaktovat za účelem přípravy nabídky společnost Tesco SW a.s. navrhovatel uvádí, že zadávací podmínky musí obsahovat veškeré informace pro podání nabídky. Navrhovatel se domnívá, že není povinností jakéhokoliv dodavatele vyjasňovat zadávací podmínky se třetími subjekty jako je např. společnost Tesco SW a.s. Navrhovatel vyjadřuje obavy, že okruh dodavatelů, kteří by se mohli účastnit zadávacího řízení, je tak již předem vymezen.

21. Dále u společností uvedených na webových stránkách společnosti Tesco SW a. s. v rámci tzv. partnerského programu navrhovatel popisuje vlastnické struktury a obchodní propojení se společností Tesco SW a. s. a skutečnosti dohledatelné z Veřejného rejstříku a odkazuje na rozhodnutí Úřadu vydané ve správním řízení sp.zn. S0453,S0658/2016. Z informací vyplývajících z těchto zdrojů navrhovatel dovozuje, že *„(...) portfolio stávajících partnerů je s ohledem na propojenost na společnost Tesco SW zcela nedostatečné pro jakoukoliv soutěž (...)“*. K argumentaci zadavatele, týkající se možného využití partnerské politiky společnosti Tesco SW a. s. navrhovatel uvádí, že podmínky uvedené na webových stránkách společnosti Tesco SW a. s. nevypovídají nic o tom, za jakých podmínek tato společnost poskytne obchodní partnerství. Co se týče odpovědí společnosti Tesco SW a. s. ze dne 24. 4. 2017 (pozn. Úřadu: odpověď společnosti Tesco SW a. s. zaslaná na žádost Úřadu o informace v rámci správního řízení sp. zn. S0123/2017), navrhovatel se domnívá, že se jedná pouze o tvrzení *„dvorního dodavatele MMR“*. Dodává, že je jednoznačné, že bude záležet vždy na společnosti Tesco SW a. s., s kým partnerství uzavře a za jakých podmínek. Navrhovatel dále uvádí, že nelze očekávat to, že všichni partneři společnosti Tesco SW a.s. poskytující její produkty mají shodné podmínky, což navrhovatel dovozuje z různých forem partnerství. Navrhovatel dodává, že tvrzení zadavatele, že výsledná nabídka je závislá na obchodní politice jednotlivých uchazečů a na jejich rozhodnutí o cenové marži při sestavování nabídky nezohledňuje fakt, že cenová nabídka bude zejména závislá na cenové, obchodní a partnerské politice společnosti Tesco SW a. s. Navrhovatel dále upozorňuje, že rozdíl mezi společnostmi Tesco SW, Oracle a Microsoft je ten, že pouze společnost Tesco SW a. s. se zásadní měrou podílela na realizaci IS NEN a následně na jeho správě a údržbě, a to navíc platformami vyvinutými právě pro IS NEN a nikoliv platformami obecně užívanými. Z výše uvedených důvodů považuje navrhovatel argumentaci zadavatele, dle níž pro všechny komponenty IS NEN existuje dostatečně široký okruh dodavatelů na to, aby byla zachována hospodářská soutěž, za zcela nepatřičnou. Navrhovatel dále odkazuje na *„Zprávu o auditu operace sp. zn. č.j.: MF-18450/2015/5203-9 ze dne 17. 12. 2015“*, ze které dle jeho názoru vyplývá, že se zadavatel dostal do závislosti na SW produktech společnosti Tesco SW a.s. vlastní vinou.
22. Dále navrhovatel uvádí, že nastavení zadávacích podmínek nelze zhojit ani možností podat společnou nabídku, nebo možností využít pro plnění veřejné zakázky poddodavatele, neboť o tom, kdo podá nabídku, by dle navrhovatele vždy rozhodovala společnost Tesco SW a. s. nebo její partneři, kteří jsou s ní majetkově a personálně propojeni.
23. Dále navrhovatel namítá neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek uvedených v čl. 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace (shodně v příloze č. 1 zadávací dokumentace – čl. VII. odst. 6 závazného návrhu smlouvy): *„V případě, že plnění předmětu této Smlouvy vyžaduje v některých případech uhrazení poplatků spojených s obnovením přerušené podpory, je toto součástí předmětu plnění této Smlouvy a bude uhrazeno ze strany Poskytovatele.“* Navrhovatel má za to, že v tomto případě není zřejmé, zda se jedná o navázání na přerušenu základní podporu nebo pokračování v základní podpoře s přidáním rozšířené podpory. Neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek spatřuje navrhovatel v tom, že dodavatelům není známo, v jakém rozsahu případné obnovení přerušené podpory nastane a kolik bude stát, z čehož dovozuje, že vzhledem k této nejasnosti nejsou dodavatelé schopni s uvedenou skutečností kalkulovat a zahrnout ji do nabídkové ceny. Dodává, že není ani zřejmé, zda má zadavatel v současné době zajištěnu technickou podporu k některým

produktům uvedeným v zadávací dokumentaci. Navrhovatel dále uvádí, že ze zadávací dokumentace nebylo vůbec patrné, že vedle základní technické podpory (verze Basic Support), zadavatel soutěží rozšířenou technickou podporu a zda tyto podpory budou běžet souběžně či jedna nahradí druhou či k jakému datu končí stávající technická podpora a kdo ji poskytuje. Navrhovatel podotýká, že z charakteru požadované technické podpory v předmětné veřejné zakázce vyplývá, že se jedná o zcela základní prvky podpory, které měl zadavatel požadovat již při realizaci IS NEN. Navrhovatel dodává, že z uvedeného důvodu nemohl rozklíčovat, že již existovala základní technická podpora a předmětem plnění této veřejné zakázky je zajištění technické podpory. Navrhovatel dále uvádí, že požadavkem na plnění v rámci produktů společnosti Tesco SW a.s. je např. poskytnutí nových verzí příslušného SW produktu, ovšem podle názoru navrhovatele je zcela ojedinělé, že tento základní požadavek při poskytování softwarových platforem nebyl předmětem původní veřejné zakázky na provedení IS NEN, resp. ani v současnosti není součástí podpory Basic Support a zadavatel jej musí soutěžit v rámci rozšířené podpory.

24. Navrhovatel dodává, že na základě znění zadávacích podmínek měl za to, že jsou požadovány licence ke konkrétním produktům. Navrhovatel má rovněž pochybnosti o samotném požadavku zadavatele na předmět plnění a uvádí, že zřejmě shodou okolností zadavatel požaduje licence k produktům, jako jsou TSC Crypto ID a TSC FAMA EAI+, a v souvislosti s uvedenou skutečností se domnívá, že zadavatel se fakticky dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a. s.
25. Za další problematický bod navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy: *„Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla Uživatelem.“*. Navrhovatel upřesňuje, že uvedený požadavek se týká služby úpravy technologií dle požadavků zákazníka (Change services) a že je tento požadavek přiřazen jako technická podpora i k softwarovým produktům společnosti Tesco SW a. s. Navrhovatel uvádí, že výhradní licenci upravuje ustanovení § 2360 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. U děl, jako jsou jedinečné počítačové programy, je dle navrhovatele pojmově nemožné, že více autorů vytvoří totožné dílo, a výhradní licenci tak může poskytnout pouze autor tohoto programu. Navrhovatel uvádí, že se mu jeví jako nestandardní, že dodavatel poskytne zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří, podle názoru navrhovatele, nejasnost o stavu licencování produktů a vnáší do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti. Navrhovatel se dále vyjadřuje k argumentaci zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách, v němž zadavatel odkazuje na obchodní a smluvní podmínky společnosti Tesco SW a.s. Navrhovatel uvádí, že zadavatel ve své argumentaci rozklíčoval, že licenční podmínky se řídí obchodními a smluvními podmínkami. Navrhovatel cituje některé odstavce ze všeobecných licenčních podmínek EULA k produktům společnosti Tesco SW a. s. (uvedených pod písm. B odst. iv., vi., xii. těchto podmínek), z jejichž obsahu dovozuje, že si nelze představit plnění služby Change Services, tedy úpravy technologií, a zdůrazňuje, že zadavatel sám odkazuje na tyto podmínky jako rozhodné pro poskytování licencí společnosti Tesco SW a. s. Navrhovatel dále uvádí, že v této souvislosti vyvstává otázka, jak je možné, že zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách II. odkazuje na

obchodní a smluvní podmínky společnosti Tesco SW a. s. a v zadávacích podmínkách žádný odkaz na tyto není, přestože pro vybraného dodavatele upravují natolik zásadní skutečnosti jako licence. Podle názoru navrhovatele se zadavatel s tímto bodem námitek dostatečně nevypořádal.

26. K argumentaci zadavatele, že existuje několik způsobů, jak realizovat plnění požadované zadavatelem, navrhovatel uvádí, že každé ze zadavatelem uvedených řešení je závislé na vůli tzv. vendorů a každé z uvedených řešení je jinak finančně náročné. S ohledem na tuto skutečnost navrhovatel zpochybňuje možnost porovnatelnosti nabídek. Navrhovatel zmiňuje, že důvěryhodnost zadavatele vzala za své díky předchozím postupům zadavatele při realizaci projektu IS NEN, když porušování „zákona o veřejných zakázkách“ ze strany zadavatele konstatoval Úřad, Nejvyšší kontrolní úřad či auditní orgány poskytovatele dotace k uvedenému projektu. Navrhovatel dodává, že rovněž s ohledem na předchozí pochybení zadavatele měl zadavatel vyvinout veškeré úsilí k tomu, aby se uvedené neopakovalo.
27. Navrhovatel dále namítá některé další nejasné skutečnosti:
- Na základě jakého úkonu podle zákona byly dne 20. 2. 2017 uveřejněny dokumenty s názvy „příloha č. 1 zadávací dokumentace po 1. změně“ a „Zadávací dokumentace po 1. změně“? Navrhovatel uvádí, že z žádného dokumentu není zřejmé, jakým způsobem tyto dokumenty mění nebo doplňují původní zadávací dokumentaci, a tedy nemůže být postaveno najisto, že úprava zadávací dokumentace neimplikuje prodloužení lhůty pro podání nabídek.
  - Jaká je výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky a jakým způsobem ji zadavatel stanovil (když dle zadávacích podmínek nabídková cena nesmí přesáhnout 100 mil. Kč včetně DPH)?
  - Jaký je stávající dodavatel, popř. dodavatelé technické podpory k produktům uvedeným v tabulce č. 1 a 2 zadávací dokumentace a na základě jaké smlouvy?
  - Z jakého důvodu zadavatel nerozdělil veřejnou zakázku na části?
  - Jaké konkrétní osoby se podílely na vypracování zadávací dokumentace a pokud se na vypracování zadávací dokumentace podílely i osoby odlišné od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, z jakého důvodu nebyl jejich výčet dle § 36 odst. 4 zákona uveden v zadávací dokumentaci?
  - Zda zadavatel realizoval před zahájením zadávacího řízení předběžné tržní konzultace ve smyslu § 33 zákona?
28. Závěrem navrhovatel uvádí, že považuje za prokázané, že zadavatel porušil § 6 odst. 1 zákona, § 36 odst. 1 zákona, § 33 a § 36 odst. 4 zákona. Navrhovatel uvádí, že popsáním postupem zadavatele mu vznikla újma, neboť nemůže do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podat nabídku, a dále mu v důsledku řečeného hrozí újma v rozsahu ztráty výnosů ze získání veřejné zakázky. Navrhovatel závěrem navrhuje, aby Úřad zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku zrušil.

### **Vyjádření zadavatele k návrhu**

29. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 10. 7. 2017, zadavatel postupně uvádí argumentaci navrhovatele uvedenou v námitkách a v návrhu, a to současně s uvedením reakce zadavatele na podané námitky v rozhodnutí o námitkách II., a následně doplňuje vyjádření k argumentaci uvedené v podaném návrhu.
30. Zadavatel uvádí, že podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty může poskytovat vždy jen partner příslušného výrobce technologie (tzv. „vendra“) pro konkrétní produkt či výrobce technologie sám. Dodává, že jinak nelze technickou podporu poskytovat, neboť takto je obecně nastaven model podpory výrobců SW a HW. Otevřenost a universálnost platformy není podle zadavatele definována pouze stávajícím počtem poskytovatelů podpory, ale je definována hlavně její partnerskou, obchodní a licenční politikou, kterou výrobce stanovuje podmínky pro další distribuci svých technologií prostřednictvím obchodních a dalších partnerů. Zadavatel je přesvědčen, že technickou podporu pro všechny jím požadované softwarové produkty může zajistit dostatečně široký okruh dodavatelů. Dodává, že v případě zájmu jakéhokoli dodavatele stát se obchodním partnerem některého z vendorů, může tak učinit prostřednictvím partnerských politik, které jsou na webových stránkách vendorů uveřejněny, a to u každého z vendorů, na jehož produkty zadavatel požaduje technickou podporu. Zadavatel současně odkazuje na vyjádření společnosti Tesco SW a. s. (pozn. Úřadu: odpověď společnosti Tesco SW a.s. zaslaná na žádost Úřadu o informace v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017), podle něhož za účelem poskytování technické podpory není ani nutné mít uzavřenou partnerskou smlouvu. Zadavatel shrnuje, že zadávacího řízení se může zúčastnit kdokoli, kdo je partnerem vendorů a může poskytovat technickou podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty nebo ten, kdo není doposud partnerem vendorů, ale využije možnosti stát se nově partnerem a získá tak oprávnění k poskytování této podpory, anebo využije institutu poddodavatele, který byl zadávacími podmínkami umožněn. Nabídka je tedy odvislá od obchodní politiky jednotlivých dodavatelů a na jejich marži.
31. Tvzení navrhovatele ve vztahu k diskriminačnímu vymezení předmětu plnění veřejné zakázky považuje zadavatel za nepodložené a čistě spekulativní; v této souvislosti zadavatel upozorňuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 74/2010 ze dne 21. 6. 2012 a uvádí, že v případě posuzovaném Krajským soudem v Brně skutečně došlo k faktické diskriminaci navrhovatele, kterou byl navrhovatel schopen doložit. V případě šetřeného zadávacího řízení však podle názoru zadavatele o žádnou diskriminaci nejde, neboť specifika této veřejné zakázky vychází z objektivních potřeb zadavatele a navrhovatel žádnou diskriminaci nedokládá, nýbrž o ní v návrhu pouze spekuluje. Zadavatel dodává, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky od dvou dodavatelů, přičemž ani jeden z těchto dodavatelů není uveden na daném seznamu partnerů společnosti Tesco SW a.s. Zadavatel má za to, že podle informací uvedených v obchodním rejstříku nejsou tito dodavatelé nikterak majetkově či personálně propojeni, a to ani se společností Tesco SW a.s., ani s partnery jmenované společnosti uvedenými v návrhu navrhovatele.
32. K požadavku na nákup technické podpory pro produkty Tesco SW a.s. v edici Technical Support Plus zadavatel uvádí, že ačkoli předmětná edice není na webových stránkách společnosti Tesco SW a. s. dohledatelná, není toto podle názoru zadavatele překážkou pro dodavatele k podání nabídky. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na vyjádření společnosti



Tesco SW a. s., podle něhož komunikace s potenciálním partnerem probíhá v řádu jednotek dní od kontaktování společnosti Tesco SW a. s. Dodává, že přitom v zadávací dokumentaci (na str. 5 a 6 a rovněž ve smlouvě) jasně stanovil stupeň edice technické podpory, kterou požaduje, a fakt, že společnost Tesco SW a. s. neposkytuje informace o svých edicích na webových stránkách, nemůže být brán jako diskriminační překážka znemožňující potenciálním dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, neboť jakýkoliv dodavatel, jenž měl zájem o účast v zadávacím řízení, mohl kontaktovat společnost Tesco SW a. s. a následně připravit nabídku.

33. Zadavatel dále konstatuje, že v otázce úvah navrhovatele týkajících se důvěryhodnosti zadavatele a jeho postupu v předchozích zadávacích řízeních ve vztahu k projektu IS NEN se argumentace navrhovatele netýká předmětu plnění veřejné zakázky, a pro spekulativní a subjektivní povahu této argumentace se k ní ani nemůže vyjádřit, neboť není zřejmé, k čemu předmětná argumentace směřuje.
34. K námitkám navrhovatele týkajících se nejasnosti a neúplnosti vymezení technických podmínek účasti v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že licencemi společnosti Tesco SW a. s. disponuje a dokládá příslušný licenční certifikát. Uvádí, že předmětem požadovaného plnění není zakoupení licencí, ale zakoupení služeb technické podpory k produktům společnosti Tesco SW a. s., a to v edici Technical Support Plus. Dodává, že v současné době čerpá technickou podporu u produktů společnosti Tesco SW a. s. ve verzi Basic Support, a tedy požaduje rozšíření služeb technické podpory u produktů Tesco SW a.s. a nikoliv zakoupení licencí k možnosti využívání produktů společnosti Tesco SW a.s. S odkazem na argumentaci navrhovatele týkající se nejasnosti v tom smyslu, v jakém rozsahu je mu poskytována technická podpora Basic Support či jakým způsobem bude rozšířená podpora navazovat na stávající základní podporu, nebo zda tyto budou souběžné, zadavatel opakuje, že požadavek na edici Technical Support Plus je v zadávací dokumentaci specifikován a že k ukončení stupně podpory Basic Support Plus dojde ihned po podpisu smlouvy. Co se týká chybějícího vymezení rozsahu nyní poskytované podpory Basic Support, zadavatel uvedenou skutečnost nepovažuje za diskriminační. Uvádí, že zajišťování podpory pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty je obecně umožněno pouze prostřednictvím „vendorů“ – čili výrobců těchto produktů, kteří poskytnou příslušné „licence“ a konkrétní cenové podmínky svým partnerům podle toho, o jaký produkt se u konkrétního objednatele jedná. Jakýkoliv potenciální účastník zadávacího řízení tak, podle názoru zadavatele, musí při přípravě nabídky nutně spolupracovat s těmito vendory, kteří při stanovení cenových podmínek mohou zohlednit i případné poplatky spojené s přerušáním, resp. znovuoobením podpory, neboť je jim taková skutečnost známa. Zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace byla zpracována tak, aby zadavatel obdržel co nejvýhodnější cenovou nabídku na požadované plnění, přičemž nebylo specifikováno, jakou formou požaduje zadavatel toto plnění zajistit – zda zakoupením licencí, zakoupením případné obnovy přerušené podpory, zakoupením pouze nové podpory nebo kombinací těchto možností pro jednotlivé komponenty. Zadavatel se domnívá, že omezením řešení plnění by mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže. Uvádí, že pro přípravu nabídky jsou nezbytné informace, na jaké produkty je požadováno zajištění technické podpory a od jakého data je v budoucnu technická podpora požadována (tj. od data podpisu smlouvy na následujících 395 dní). Zadavatel se domnívá, že stanovení dalších podmínek by mohlo být pro dodavatele omezující. K problematice porovnatelnosti nabídek zadavatel uvádí, že hodnocena bude vždy

cena za poskytování podpory za fixně dané období, přičemž součástí nabídky musí být potvrzení od příslušných výrobců SW technologií, že zakoupená technická podpora je platná a evidovaná u výrobce, což znamená, že výrobce je obeznámen s nákupem dané podpory a do své iniciální nabídky směrem k partnerům započítal i případné další poplatky. Zadavatel je toho názoru, že tímto zajistil, že vždy obdrží porovnatelné nabídky z pohledu požadovaného plnění.

35. K povinnosti vybraného dodavatele, že poskytovaná licence musí být udělena jako výhradní k plnění poskytnutém dle článku III. odst. 2 písm. ci) návrhu smlouvy, zadavatel uvádí, že dané se řídí obchodními a smluvními podmínkami společnosti Tesco SW a.s. Podle názoru zadavatele se nejedná o neobvyklý požadavek. Zadavatel požaduje výhradní licenci na takové úpravy standardních produktů Tesco SW a.s., které budou implementovány výhradně na základě požadavků zadavatele (tj. prostřednictvím služby change services), a to z důvodu ochrany a zabezpečení dalšího využívání takovýchto úprav na trhu. Dodává, že stejné služby jsou poskytovány i jinými společnostmi, na které se navrhovatel odvolává (např. IBM, která tyto úpravy také poskytuje prostřednictvím výhradní licence). V návaznosti na argumentaci navrhovatele ohledně jednotlivých ustanovení všeobecných licenčních podmínek zadavatel uvádí, že s licenčními podmínkami společnosti Tesco SW a.s. je obeznámen a odkazuje na písm. G, odst. Viii, který stanoví, že *„Odchylná ustanovení Smlouvy mají přednost před těmito podmínkami. Působnost těchto podmínek nebo jejich část lze vyloučit jen písemnou dohodou účastníků Smlouvy.“* Zároveň odkazuje na písm. B, odst. V všeobecných licenčních podmínek společnosti Tesco SW a.s., podle něhož *„Nabyvatel je oprávněn licenci produktu dle uzavřené smlouvy postoupit třetí osobě pouze s předchozím písemným souhlasem Autora: o postoupení licence k modulům a o osobě poplatníka je povinen Autora informovat bez zbytečného odkladu.“* Z daných ustanovení licenčních podmínek společnosti Tesco SW a.s. zadavatel dovozuje, že licenční podmínky umožňují poskytování dalších licencí/podlicencí třetí osobě. Zadavatel dodává, že absenci odkazu na licenční podmínky v zadávacích podmínkách nepovažuje za diskriminační, a to s ohledem na to, že licenční podmínky umožňují poskytnout licenci či podlicenci třetí osobě a vzhledem k povaze poptávaného plnění, kdy musí proběhnout komunikace mezi potenciálním uchazečem o předmět plnění a výrobcem dané technologie. Dodává, že tak neučinil ani u ostatních výrobců technologií (IBM, Oracle, atd.). Zadavatel upozorňuje, že disponuje všemi potřebnými licencemi k produktům využívaných v IS NEN. Zadavatel je přesvědčen, že vzhledem k faktu, že byly podány 2 nabídky, podmínka poskytnutí výhradní licence k plnění dle článku III. odst. 2 písm. ci) návrhu smlouvy neznamenal nemožnost účasti v zadávacím řízení.
36. K ostatním namítaným skutečnostem zadavatel uvádí, že dokumenty s názvy *„příloha č. 1 zadávací dokumentace\_po 1. změně“* a *„Zadávací dokumentace\_po 1. změně“* byly uveřejněny dne 20. 2. 2017 na základě změny zadávací dokumentace dle § 99 zákona provedené v souvislosti s žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, která byla zadavateli doručena dne 16. 2. 2017. Změna zadávací dokumentace je vysvětlena v dokumentu nazvaném *„První změna zadávací dokumentace“*, který byl uveřejněn na profilu zadavatele téhož dne, jako výše uvedené dokumenty.
37. K předpokládané hodnotě veřejné zakázky zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota byla stanovena v souladu s § 16 zákona a je věcí obchodní taktiky zadavatele,

zda předpokládanou hodnotu uveřejní či nikoliv. Dodává, že součástí zadávacích podmínek je údaj o maximální nabídkové ceně, která bude zadavatelem akceptována.

38. K námitce nejasnosti týkající se současného krytí technické podpory zadavatel odkazuje na část Ad 2) rozhodnutí o námitkách (pozn. Úřadu: předmětná argumentace je uvedena v odstavci 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a uvádí, že informace byly poskytnuty v dostatečné míře potřebné k podání nabídek. Zadavatel doplňuje, že technická podpora je v současné době poskytována výrobcí technologií.
39. K neuvedení důvodu nerozdělení veřejné zakázky na části dle § 35 zákona zadavatel uvádí, že podle § 217 odst. 2 písm. m) zákona není zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvádět odůvodnění nerozdělení nadlimitní veřejné zakázky na části. Dodává, že důvody nerozdělení veřejné zakázky budou uvedeny v písemné zprávě zadavatele.
40. K námitce týkající se neuvedení osob, se kterými zadavatel konzultoval zadávací podmínky, zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje žádné informace, které by vyplývaly z předběžných tržních konzultací, resp. že zadávací podmínky připravil vlastními kapacitami.
41. S ohledem na zadavatelem uvedenou argumentaci zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl s ohledem na skutečnost, že zadavatel v zadávacím řízení neporušil žádné v návrhu namítané ustanovení zákona.

#### **Doplnění návrhu navrhovatele**

42. Ve svém vyjádření ze dne 19. 7. 2017, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, navrhovatel uvádí, že v období po podání návrhu z veřejně dostupných zdrojů zjistil další skutečnosti související s veřejnou zakázkou, které se mohou jevit jako rozporné se zákonem. Jedná se zejména o informaci, že „(...) *NEN využívá technologii od společnosti Microsoft (tzv. Silverlight), u které bylo ohlášeno ze strany Microsoft ukončení podpory. To znamená, že tato technologie nebude dále rozvíjena a podporována ze strany Microsoft. MMR si je tohoto stavu vědomo a připravuje kroky, které tento problém vyřeší. Prvním z nich je pořízení vyšší úrovně technické podpory pro vybrané produkty, na kterých informační systém NEN funguje. Veřejná zakázka na tuto podporu nyní již probíhá (...)*“ (citováno z dopisu předsedy vlády České republiky ze dne 10. 7. 2017).
43. Navrhovatel z výše uvedeného dovozuje, že zmiňovanou veřejnou zakázkou na pořízení vyšší technické úrovně technické podpory pro vybrané produkty, na kterých IS NEN funguje, je právě prověřovaná veřejná zakázka. Podotýká, že přizpůsobení IS NEN do funkční podoby, která by neznamenal závislost na komponentě Microsoft Silverlight již bylo předmětem veřejné zakázky s názvem „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“, kde Úřad shledal pochybení v postupu zadavatele.
44. Navrhovatel uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že plnění veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“ bylo již rozhodnutím Úřadu zakázáno a úprava komponenty Microsoft Silverlight byla předmětem této veřejné zakázky, která byla zadána v rozporu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze pak podle názoru navrhovatele postup zadávání nyní prověřované

veřejné zakázky chápat rovněž jako rozporný se zákonem. Navrhovatel k tomuto závěru dospěl na základě následujících skutečností a premis:

- to, co je v rámci prověřované veřejné zakázky nazýváno technickou podporou SW komponent (TSC NEN Framework, TSC NEN Silverlight, TSC NEN LightWeb, apod.), je de facto plnění, které zahrnuje i vlastní úpravu IS NEN, v jejímž důsledku by došlo ke ztrátě závislosti na technologii Microsoft Silverlight;
- pro produkty společnosti Tesco SW požaduje zadavatel nákup v edici Technical Support Plus a plnění spočívající v poskytování technické podpory zadavatel v rámci plnění veřejné zakázky požaduje na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky, tedy podle názoru navrhovatele na dobu odpovídající náročnosti úpravy IS NEN, v jejímž důsledku by došlo ke ztrátě závislosti na technologii Microsoft Silverlight,
- uvedeným postupem bude jediným subjektem, který bude schopen plnění spočívající v technické podpoře SW komponenty dodat, opět pouze společnost Tesco SW a. s., resp. subjekty na tuto společnost napojené, kdy tato podpora bude obsahovat i vlastní úpravy IS NEN, které se zadavatel snažil bezúspěšně vysoutěžit již v rámci výše uvedené veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“.

45. Shora uvedené skutečnosti podle názoru navrhovatele stvrzují fakt, že zadavatel se není schopen dlouhodobě vymanit ze závislosti na společnosti Tesco SW při zajištění úprav IS NEN, když plnění, které mělo být zadáváno postupem otevřeného zadávacího řízení (tj. úprava vlastního IS NEN), zadává tak, aby toto bylo skryto pod podporou SW komponent a být v otevřeném zadávacím řízení, tak směřovalo k jedinému dodavateli, což podle názoru navrhovatele stvrzuje i předseda vlády ČR ve svém výše citovaném dopisu.

46. Navrhovatel uvedené okolnosti chápe jako další významné porušení elementárních principů zákona, když nastavení zadávacích podmínek je diskriminační, netransparentní a nerovné pro potenciální dodavatele. K provedení důkazů připojuje citovaný dopis předsedy vlády ČR a přílohu č. 2 zadávací dokumentace k veřejné zakázce „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“.

#### **Vyjádření společnosti Tesco SW a.s. ze dne 24. 4. 2017**

47. Dne 25. 4. 2017 v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017 zahájeného na návrh navrhovatele ze dne 30. 3. 2017 v téže věci jako nyní vedené správní řízení (sp. zn. S0264/2017) obdržel Úřad odpověď společnosti Tesco SW a.s. v návaznosti na žádost o sdělení informací ze dne 20. 4. 2017 zaslanou Úřadem.

48. K otázce jaké podmínky musí splňovat společnost, která má zájem stát se obchodním nebo implementačním partnerem společnosti Tesco SW a.s., jmenovaná společnost uvádí, že obchodním nebo implementačním partnerem se může stát jakákoliv fyzická nebo právnická osoba, která projeví zájem o spolupráci, přičemž podmínky jsou obdobné jako u ostatních SW firem (např. Microsoft, Oracle, IBM, atd.). Dále uvádí: „*Obchodní partner má právo prodávat produkty a služby společnosti TESCO SW. Dále je oprávněn poskytovat presale aktivity, případně implementovat produkty společnosti, avšak bez možnosti využívat*

*servisního kanálu. V případě obchodního partnerství stačí oslovit naši společnost s žádostí o nabídku na konkrétní produkt či službu. Pokud chce partner dosáhnout výhodnějších obchodních podmínek (např. zpětné bonusy, delší splatnost, apod.), pak musí uzavřít distribuční smlouvu o prodeji produktu a služeb. Implementační partner má vedle práva prodávat a implementovat produkty a služby, právo využívat servisní kanál pro partnery. Přístup do servisního kanálu umožňuje Partnerovi čerpat služby podpory. V případě implementačního partnerství musí Zájemce vedle uzavření partnerské smlouvy získat kompetenci pro daný produkt. Kompetence obnáší školení a certifikaci na příslušný produkt. Předpokladem pro partnerství je, že partner respektuje autorskoprávní ochranu produktů společnosti TESCO SW.“*

49. K otázce, za jak dlouho od podání žádosti zájemce o vstup do partnerského programu společnosti Tesco SW a.s. může nejdříve dojít k podpisu „partnerské smlouvy“, uvádí: *„V případě obchodního partnerství obdrží Zájemce nabídku na konkrétní produkt nebo službu do 1 pracovního dne. V případě zájmu o uzavření distribuční smlouvy se jedná o proces v délce 5 pracovních dnů. Uzavření implementačního partnerství je časově náročnější proces, neboť vyžaduje absolvování certifikační zkoušky na daný produkt. K certifikaci nabízí společnost TESCO SW školení. Školení i certifikační zkouška jsou organizovány na vyžádání do 10 pracovních dnů od zaslání požadavku. Školení i certifikační zkouška je placená aktivita. Po úspěšném složení certifikační zkoušky lze implementační partnerství uzavřít do 5 pracovních dnů.“*
50. K otázce, zda zájemce, který se stane partnerem společnosti Tesco SW a.s. na základě partnerské smlouvy, může poskytovat technickou podporu k produktům Tesco SW a.s., příp. zda technickou podporu k produktům TESCO SW a.s. může poskytovat i společnost, která není partnerem společnosti Tesco SW a.s., a za jakých podmínek, uvádí: *„Jak obchodní partner, tak i implementační partner může poskytovat technickou podporu k produktům TESCO SW a.s. Pouze implementační partner je však oprávněn k přístupu k servisnímu kanálu společnosti TESCO SW a.s. Podobně jako u ostatních SW firem na trhu ICT (např. Microsoft, Oracle, IBM, atd.) může poskytovat technickou podporu i Zájemce, který není partnerem TESCO SW a to takovým způsobem, že přeprodá servisní balíček výrobce, tedy společnosti TESCO SW. Je zcela na Zájemci, jaký rozsah servisního balíčku si od výrobce objedná a za jakých podmínek a jakými ostatními službami ho bude nabízet dále svým zákazníkům.“*
51. K otázce, zda pořízení technické podpory pro produkty Tesco SW a.s. v edici Technical Support Plus je u společnosti Tesco SW a.s. běžně dostupné, případně jaké podmínky musí zájemce pro pořízení uvedené edice splňovat, uvádí: *„Pořízení podpory v edici Technical Support Plus je běžně dostupné. Jedná se o standardní balíček, který je poskytován celé řadě zákazníků a klientů. Servisní balíček v edici Technical Support Plus je dostupný nejen pro Partnery, ale i ostatní Zájemce z trhu. Zájemce o servisní balíček v edici Technical Support Plus tak v zásadě nemusí splňovat žádné podmínky.“*

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 24. 8. 2017**

52. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dopisem ze dne 24. 8. 2017, přičemž nejprve zrekapituloval, co bylo předmětem jeho návrhu, když uvedl, že předmětem návrhu bylo mimo jiné podezření na porušení zákona (§ 6 a § 36 zákona) v souvislosti

s diskriminačním, netransparentním a nerovným nastavením zadávacích podmínek, kdy tyto podmínky mají jednoznačně zvýhodňovat společnost Tesco SW a.s. a subjekty s ní propojené.

53. Navrhovatel dále uvádí, že společnost VUMS LEGEND, spol. s r.o., IČO 61855067, se sídlem Podbabská 1014/20, 160 00 Praha (dále jen „VUMS LEGEND, spol. s r. o.“) ve svém sdělení ze dne 3. 8. 2017 ve věci spolupráce se společností Tesco SW a.s. při přípravě nabídky uvádí skutečnosti zcela rozporné se svým vyjádřením ze dne 7. 8. 2017 v téže věci, přičemž z toho důvodu považuje navrhovatel tato vyjádření za zcela účelová. Navrhovatel uvádí, že dle obsahu vyjádření společnosti VUMS LEGEND, spol. s r.o. ze dne 3. 8. 2017 by nebylo možné nabídku bez součinnosti společnosti Tesco SW a.s. vůbec připravit, přičemž ve vyjádření ze dne 7. 8. 2017 nelze akceptovat, že by časová náročnost spolupráce byla minimální, resp. nelze akceptovat vágní vyjádření, že časovou náročnost nelze odhadnout, když tato skutečnost je zcela rozhodná pro posouzení skutečností souvisejících se zadáváním předmětné veřejné zakázky.
54. Navrhovatel uzavírá, že informace obsažené v podkladech rozhodnutí nikterak nevyvrací skutečnost, že zhotovitel a provozovatel IS NEN rozhoduje o tom, komu licenci k užití souvisejících produktů poskytne a komu nikoliv. Navrhovatel dodává, že ani jeden z účastníků zadávacího řízení není dosud na internetových stránkách společnosti Tesco SW a.s. uveden jako partner (navrhovatel přiložil screenshot internetových stránek společnosti Tesco SW a.s.), z čehož dle názoru navrhovatele vyplývá, že práva k užití licencí nebyla poskytnuta standardním způsobem.
55. Z podkladů rozhodnutí pak dle navrhovatele ani neplyne, zdali, kdy a jakým způsobem byla upravena služba change services mezi společnostmi Tesco SW a.s. a účastníky zadávacího řízení, či zda vůbec došlo k předání technické specifikace pro realizaci úprav produktů bez participace Tesco SW a.s., kdy tyto podklady jsou dle navrhovatele nezbytné pro sestavení nabídky a stanovení nabídkové ceny, jakož i pro realizaci vlastního předmětu plnění.

#### **Zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení**

56. Dne 2. 8. 2017 zaslal Úřad žádosti dodavateli TECHNISERV IT, spol. s r.o., IČO 26298953, se sídlem Traťová 547/1, 619 00 Brno (dále jen „TECHNISERV IT, spol. s r.o.“) a dodavateli VUMS LEGEND, spol. s r.o., (kteří podle „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 6. 3. 2017 podali v předmětném zadávacím řízení nabídku), v nichž uvedené dodavatele požádal o zaslání následujících informací souvisejících s přípravou nabídky:
- Spolupracovali jste při přípravě nabídky do zadávacího řízení na veřejnou zakázku na zajištění technické podpory IS NEN se společností Tesco SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc a v jakém ohledu?
  - Pokud ano, uveďte prosím rámcově časovou náročnost spolupráce, resp. časovou náročnost zajištění všech podkladů od shora uvedené společnosti nutných k přípravě nabídky.
57. Dle vyjádření dodavatele TECHNISERV IT, spol. s r.o. ze dne 4. 8. 2017, které Úřad obdržel dne 5. 8. 2017, uvedený dodavatel spolupracoval při přípravě nabídky se společností Tesco SW a.s., kterou TECHNISERV IT, spol. s r.o. poptala jako subdodavatele technické podpory v edici Technical Support Plus na komponenty společnosti Tesco SW a.s., které byly součástí poptávky zadavatele. Co se týče časové náročnosti uvedené spolupráce se

společností Tesco SW a.s., dodavatel TECHNISERV IT, spol. s r.o. uvedl, že od prvotní identifikace potřeby spolupráce se společností Tesco SW a.s. až po obdržení všech potřebných podkladů a zpracování do nabídky předložené v rámci předmětné veřejné zakázky uběhla doba cca 15 dnů (přibližně 20 člověkohodin).

58. Dodavatel VUMS LEGEND, spol. s r.o. ve svém vyjádření ze dne 3. 8. 2017, které Úřad obdržel téhož dne, uvedl: „(...) při přípravě nabídky na veřejnou zakázku (...) jsme nespolupracovali s žádnou firmou tedy ani se společností Tesco SW a.s. (...).“. Následně na výzvu Úřadu ze dne 4. 8. 2017, v níž Úřad citovanou společnost požádal o upřesnění vyjádření ze dne 3. 8. 2017, dodavatel VUMS LEGEND, spol. s r.o. ve svém vyjádření ze dne 7. 8. 2017 uvedl: „(...) při přípravě nabídky do zadávacího řízení na veřejnou zakázku (...) jsme v rámci této nabídky komunikovali s firmou TESCO SW (...) stejně jako jsme komunikovali s ostatními firmami, jejichž potvrzení bylo vyžadováno (např. IBM Česká republika, spol. s r.o.). Časovou náročnost nedokáži odhadnout, předpokládám, že byla minimální.“
59. V návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22265/2017/533/HKu ze dne 2. 8. 2017 obdržel Úřad dne 7. 8. 2017 vyjádření zadavatele ze dne 6. 8. 2017, v němž zadavatel uvádí, že v rámci technické podpory může vybraný dodavatel provádět „change services“ na základě Všeobecných licenčních podmínek a Všeobecných podmínek, které umožňují vybranému dodavateli uzavřít se společností Tesco SW a.s. např. smlouvu „O poskytnutí prací a služeb“ odlišně od zakazu poskytování podlicencí, přičemž odkazuje na ustanovení předmětných licenčních podmínek, která takovou změnu umožňují. Podle vyjádření zadavatele se v případě postupu, kdy si v rámci spolupráce jednotliví výrobci (vendoři) nastavují obchodní podmínky se svými partnery, jedná o standardní model na trhu s informačními technologiemi, který je totožný u služeb technické podpory dalších vendorů, což zadavatel dokládá vyjádřením společnosti IBM Česká republika s.r.o. ze dne 11. 7. 2017. Zadavatel dodává, že partner neposkytuje službu přímo, ale prodává servisní balíček vadora, který je jediný oprávněn poskytovat služby nejen change management, ale i incident management, a to z důvodu úprav zdrojového kódu, k němuž má autorské právo pouze vendor. V citovaném vyjádření společnosti IBM Česká republika s.r.o. ze dne 11. 7. 2017 je např. na otázku: „Poskytuje společnost IBM výhradní licence na výsledek individuálních úprav standardních produktů? Poskytuje tyto i prostřednictvím třetích stran, tj. poskytovatelů technické podpory?“ uvedeno: „V případě, že zákazník požaduje výhradní licenci na dílo zhotovené v rámci dodávky (ne na licencované produkty IBM SW či HW) je možné uzavřít smlouvu, kde individuální úpravy budou ve výhradní licenci zákazníka. Je možné výhradní licenci poskytnout dle smluvních podmínek i prostřednictvím třetích stran, tj. poskytovatelů technické podpory.“
60. Dne 10. 8. 2017 zaslal Úřad žádost společnosti Tesco SW a.s., v níž uvedenou společnost požádal o zaslání informací:
- zda společnost Tesco SW a.s. poskytuje výhradní licence na výsledek individuálních úprav produktů: TSC CryptoID, TSC NEN Framework, TSC NEN SilverLight, TSC NEN LightWeb, TSC FAMA EAI+,
  - zda společnost Tesco SW a.s. poskytuje tyto výhradní licence rovněž prostřednictvím třetích stran, tj. poskytovatelů technické podpory,

- za jakých okolností je možné, aby případný dodavatel poskytoval službu change services v rámci plnění veřejné zakázky u specifikovaných produktů Vaší společnosti a udělil k této úpravě zadavateli výhradní licenci.

61. Dne 11. 8. 2017 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne, v němž uvedl: „v reakci na doručené usnesení s č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22265/2017/533/HKu a v návaznosti na vyjádření MMR ze dne 6. 8. 2017, kdy se MMR vyjadřovalo ke všeobecným licenčním podmínkám a všeobecným podmínkám, zasíláme vyjádření společnosti Tesco SW, které bylo doručeno do datové schránky dne 10. 8. 2017.“. V uvedeném vyjádření společnosti Tesco SW a.s. ze dne 10. 8. 2017 je uvedeno: „(...) Váš výklad licenčních podmínek společnosti TESCO SW je správný. U vašeho zákaznického ID evidujeme k dnešnímu dni dvě žádosti partnerů o poskytování služby technické podpory včetně Change services. Jedná se o společnosti TECHNISERV, spol. s r.o. a VUMS LEGEND, spol. s r.o. a obě jejich žádosti jsou posouzeny kladně. Způsob poskytování technické podpory k produktům TESCO SW odpovídá běžné zvyklosti na trhu ICT a je totožný s ostatními nadnárodními výrobci technologií (např. Oracle, IBM, CISCO, Microsoft). Licenční a partnerská politika společnosti TESCO SW je otevřená a proto mi závěrem dovoluji dodat, že ani v minulosti u jiných zákazníků nebyla žádnému subjektu tato forma spolupráce odmítnuta.“.

62. Společnost Tesco SW a.s. ve svém vyjádření ze dne 15. 8. 2017 (na žádost Úřadu ze dne 10. 8. 2017), které Úřad obdržel téhož dne, uvedla: „(...) ad 1) Společnost TESCO SW umožňuje realizaci individuálních úprav svých produktů. Individuální úpravy jsou realizovány ve formě tzv. „Add-On“ příslušného produktu podobně, jako v případě jiných výrobců (např. společnost Microsoft, která umožňuje rozšiřovat funkcionalitu svého produktu NAVISION). ad 2) V případě, že zákazník požaduje individuální úpravy produktů společnosti TESCO SW a.s., lze k těmto individuálním úpravám poskytnout jak nevýhradní, tak výhradní licenci. Pokud Zákazník trvá na výhradní licenci, pak se tyto individuální úpravy nestávají součástí oficiálních releasů, které jako Výrobce uvolňujeme, ale stávají se součástí pouze daného zákaznického Add-On. Tato výhradní licence na individuálně provedené úpravy (zákaznický Add-On) může být poskytována prostřednictvím třetích stran, tj. poskytovatelů technické podpory. ad 3) Případný poskytovatel služby change services má v zásadě dvě možnosti:

a. realizovat úpravy skrze vlastní vývojový tým

b. koupit si servisní balíček od společnost TESCO SW, jehož součástí je vývojová kapacita pro realizaci úprav.

V obou případech musí poskytovatel kontaktovat partnerský program a uzavřít příslušný odběratelsko-dodavatelský vztah.“.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

63. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.



### ***K právnímu postavení zadavatele***

64. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
65. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona veřejným zadavatelem je Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
66. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
67. Pokud stát vystupuje jako účastník právních vztahů, je právnickou osobou podle § 6 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.
68. Podle § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích činí jménem státu právní úkony vedoucí organizační složky, jíž se tyto právní úkony týkají, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
69. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona, neboť je organizační složkou České republiky.

### ***Relevantní ustanovení zákona***

70. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
71. Dle § 6 odst. 2 zákona musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
72. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
73. Dle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
74. Dle § 16 odst. 1 zákona před zahájením zadávacího řízení nebo před zadáním veřejné zakázky na základě výjimky podle § 30 zákona stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřená v penězích. Do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se nezahrnuje daň z přidané hodnoty.
75. Dle § 16 odst. 2 zákona do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se zahrne hodnota všech plnění, která mohou vyplývat ze smlouvy na veřejnou zakázku, není-li dále stanoveno jinak.
76. Dle § 16 odst. 3 zákona do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se zahrne předpokládaná hodnota změn závazků ze smlouvy, jejichž možnost byla vyhrazena v zadávací dokumentaci

podle § 100 zákona. Pokud si zadavatel vyhradí plnění podle § 100 odst. 3 zákona, uvede v zadávací dokumentaci předpokládanou hodnotu vyhrazeného plnění.

77. Dle § 16 odst. 4 zákona do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se zahrne i předpokládaná výše cen, odměn nebo jiných plateb, které zadavatel poskytne dodavatelům v souvislosti s jejich účastí v zadávacím řízení.
78. Dle § 16 odst. 5 zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky se stanoví k okamžiku zahájení zadávacího řízení, nebo k okamžiku zadání veřejné zakázky, pokud nebyla zadána v zadávacím řízení.
79. Dle § 16 odst. 6 zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky se stanoví na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.
80. Dle § 33 zákona je zadavatel oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž; ustanovení § 211 odst. 1 zákona se použije obdobně.
81. Dle § 36 odst. 4 zákona pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala. Pokud zadávací dokumentace obsahuje informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, zadavatel označí v zadávací dokumentaci tyto informace, identifikuje osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvede všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace.
82. Dle § 98 odst. 1 zákona zadavatel může zadávací dokumentaci vysvětlit, pokud takové vysvětlení, případně související dokumenty, uveřejní na profilu zadavatele, a to
  - a) nejméně 5 pracovních dnů před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, nebo
  - b) v případech, kdy je lhůta pro podání nabídek zkrácena podle § 57 odst. 2 písm. b) zákona nebo § 59 odst. 5 zákona, nejméně 4 pracovní dny před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek.
83. Dle § 98 odst. 5 zákona pokud by spolu s vysvětlením zadávací dokumentace zadavatel provedl i změnu zadávacích podmínek, postupuje podle § 99 zákona.
84. Dle § 99 odst. 2 zákona pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.
85. Dle § 217 odst. 2 písm. m) zákona pokud zadavatel nadlimitní veřejnou zakázku nerozdělí na části, uvede zadavatel odůvodnění tohoto postupu v písemné zprávě zadavatele, pokud je neuvedl v zadávací dokumentaci.

**Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení**

86. V kapitole 4. „Předmět veřejné zakázky“, v odstavci 4.1 „Obecný popis předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce je uvedeno:

*„Předmětem této veřejné zakázky je zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky pro:*

*SW technologie uvedené v Tabulce 1*

*HW a ostatní technologie uvedené v Tabulce 2*

*V případě, že plnění předmětu této veřejné zakázky vyžaduje v některých případech uhrazení poplatků spojených s obnovením přerušené podpory, je toto součástí předmětu této veřejné zakázky.*

1. Legenda ke sloupci „Požadované minimální parametry podpory“ využité v následujících tabulkách

Zkratka	Pojem	Vysvětlení
IM	Incident management	Řešení incidentů chybného chování příslušného produktu.
OH	Operating Hours	Doba, po kterou bude daná služba poskytována.
FT	Fix Time	Doba, do které musí být zadaný požadavek/incident vyřešen od doby nahlášení.
RT	Response Time	Doba, ve které dojde k potvrzení přijetí požadavku a zahájení řešení od doby nahlášení. Potvrzení přijetí je považováno za zahájení řešení.
WAT	WorkAround Time	Doba, ve které dojde k provizornímu řešení požadavku/incidentu (zprovoznění postižené služby) od doby nahlášení.
NBD	NextBusinessDay	Následující pracovní den ode dne nahlášení.
RLM	Release management	Uvolňování nových verzí příslušného SW produktu
HF	Hotfix	Poskytnutí opravného balíčku dle release managementu daného Výrobce
SP	ServicePack	Poskytnutí servisního balíčku dle release managementu daného Výrobce
SU	SoftwareUpdates	Nárok na nové verze dle release managementu daného Výrobce.
RQM	Request management	Řešení uživatelských dotazů a požadavků na změnu
ChS	Change Services	Úprava technologií dle požadavků zákazníka v rozsahu sjednané kapacity
CoS	Consultation Services	Vyřízení uživatelských dotazů související s provozem příslušného SW produktu od doby nahlášení.
Onsite	Onsite	Plnění poskytované v prostorách zadavatele
MD	ManDay	Jednotka kapacity odpovídající 8 hodinám jednoho pracovníka v jedné roli.
N/A	Not Available	Pro danou položku nelze definovat konkrétní hodnotu. Aktivita proběhne „bez zbytečného odkladu“.
SN	Serial Number	Sériové číslo produktu výrobce
PN	Product Number	Produktové číslo výrobce

**Tabulka 1 Přehled SW technologií, pro které je požadováno zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky**

Výrobce	Název	Počet licencí	Požadované minimální parametry podpory
IBM	Primary OS - AIX Standard Edition	108	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	SWMA HMC Console	2	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	PowerVM Standard Edition	92	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	SWMA Storwize	2	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	SWMA Information Archive	2	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	IBM CASE MANAGER ELIGIBLE PARTICIPANT RESOURCE VALUE UNIT	96000	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	IBM CASE MANAGER AUTHORIZED USER VALUE UNIT	520	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	IBM WebSphere Application Server Network Deployment PVU	2380	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	IBM FileNet P8 Connector to DR550 Storage & Retrieval Resource Value Unit	425	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	IBM Spectrum Protect 10 Processor Value Units (PVUs)	868	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano

	<i>IBM Spectrum Protect for Databases 10 Processor Value Units (PVUs)</i>	84	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>IBM SECURITY QRADAR SIEM ALL- IN-ONE 2100 L</i>	1	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>IBM SECURITY QRADAR SIEM ALL- IN-ONE 2100 L DISASTER RECOVERY</i>	1	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>IBM Spectrum Scale Standard Server Pocket</i>	16	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 Hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>IBM Tivoli Composite Application Manager For Applications 3 Agent Pack Resource Value Unit</i>	124	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>IBM Tivoli Composite Application Manager for Transactions for Web and Robotic Response and Tracking Resource Value Unit</i>	24	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
<i>Symantec</i>	<i>Symantec Protection Engine for Cloud Services Server STG GOV</i>	4	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
	<i>Symantec Protection Engine for Cloud Services User STG GOV</i>	40	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano</i>
<i>Tesco SW</i>	<i>TSC CryptoID</i>	<i>multilicence</i>	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=72 hod Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano Request management: OH=5x8, RT = 1NB, ChS=1MD/Měsíc, CoS= 10hod/Měsíc</i>
	<i>TSC NEN Framework</i>	1 000	<i>Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=72 hod Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano Request management: OH=5x8, RT = 1NB, ChS=1MD/Měsíc, CoS= 10hod/Měsíc</i>

	TSC NEN SilverLight	multilicence	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=72 hod Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano Request management: OH=5x8, RT = 1NB, ChS=1MD/Měsíc, CoS= 10hod/Měsíc
	TSC NEN LightWeb	multilicence	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=72 hod Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano Request management: OH=5x8, RT = 1NB, ChS=1MD/Měsíc, CoS= 10hod/Měsíc
	TSC FAMA EAI+	multilicence	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=72 hod Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano Request management: OH=5x8, RT = 1NB, ChS=1MD/Měsíc, CoS= 10hod/Měsíc
Oracle	Oracle Database Standard Edition – Processor Perpetual	6	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano
	Oracle Linux Basic Limited	6	Incident management: OH=7x24, RT=2 hod, WAT=24 hod, FT=N/A Release management: OH=5x8, HF= Ano, SP=Ano, SU=Ano

Pro produkty Tesco SW je požadován nákup v edici Technical Support Plus. “.

87. V kapitole 5. „Doba a místo plnění veřejné zakázky“, v odstavci 5.1 „Doba plnění“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce je uvedeno: „Plnění této veřejné zakázky bude zahájeno dnem podpisu smlouvy a potrvá následujících 395 dní. Předpokládaný termín podpisu smlouvy je 2. čtvrtletí 2017.“.
88. V kapitole 8. „Využití poddodavatelů“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce je uvedeno: „Zadavatel pro plnění této VZ neomezuje rozsah využití poddodavatelů.“.
89. V kapitole 12. „Hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace k veřejné zakázce je uvedeno: „Nabídky budou hodnoceny na základě jejich ekonomické výhodnosti podle nejnižší nabídkové ceny.“.

(...)

Účastníkem uvedená celková nabídková cena včetně DPH je cenou nejvýše přípustnou a musí odpovídat součtu cen jednotlivých položek uvedených v Příloze č. 2 návrhu smlouvy. Celková nabídková cena bude zahrnovat veškeré náklady nezbytné k řádné a včasné realizaci předmětu každé jednotlivé položky v Příloze č. 2 návrhu smlouvy uvedené.“.

90. V Příloze č. 1 zadávací dokumentace k veřejné zakázce (Smlouva o zajištění technické podpory k produktům využitých v informačním systému NEN) v článku III. „Předmět smlouvy“ je v odstavci 1. uvedeno: *»Poskytovatel se zavazuje na vlastní náklady a nebezpečí Uživateli poskytovat komplexní služby k zajišťování technické podpory softwarových produktů a ostatních technologií využívaných v IS NEN a jejich úprav, a to v rozsahu, kvalitě a s obsahem definovaným dále touto Smlouvou (dále jen „Plnění“).*«.
91. V odstavci 2. článku III. „Předmět smlouvy“ Přílohy č. 1 zadávací dokumentace je uvedeno: *»Plnění je rozděleno do jednotlivých následujících služeb:*
- a. Incident Management*
  - b. Release management*
  - c. Request Management*
    - i. Change Services a*
    - ii. Consultation Services (...).*“.
92. V odstavci 3. článku III. „Předmět smlouvy“ Přílohy č. 1 zadávací dokumentace je uvedeno: *»Součástí Plnění dle Smlouvy je rovněž poskytnutí veškerých nezbytných užívacích práv (licencí) dle podmínek dále v této Smlouvě obsažených.*“.
93. V odstavcích 2. a 3. článku IX. „Vlastnické právo a právo užití“ Přílohy č. 1 zadávací dokumentace je uvedeno: *»Pokud je součástí plnění Poskytovatele dle Smlouvy plnění, které naplňuje znaky díla ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, získává Uživatel od Poskytovatele veškerá práva související s ochranou duševního vlastnictví vztahující se k takovému dílu, a to v rozsahu nezbytném pro řádné užívání takového díla Uživatelem po celou dobu trvání příslušných práv. Uživatel zejména získává od Poskytovatele k takovému dílu nejpozději ke dni předání plnění, jehož je takové dílo součástí, příslušná oprávnění, a to formou dále uvedeného licenčního ujednání (dále jen „licence“). Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutém dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla Uživatelem. Licence je udělena jako neodvolatelná, neomezená územním či množstevním rozsahem a rovněž tak neomezená způsobem nebo rozsahem užití.*“.
94. V příloze č. 3 návrhu smlouvy (Přílohy č. 1 zadávací dokumentace) zadavatel požaduje: *»Kopie potvrzení od zastoupení výrobce technologií, že dodávaná platná a garantovaná podpora, licence, renewal, případně reinstatement jsou registrované u výrobce software a jsou v jeho evidenci a jsou registrované na koncového zákazníka (...).*“.
95. Z Protokolu o otevírání nabídek ze dne 6. 3. 2017 vyplývá, že zadavatel v předmětném zadávacím řízení obdržel 2 nabídky.

### **Posouzení věci**

*K tvrzení navrhovatele o netransparentních a diskriminačně vymezených zadávacích podmínkách*

96. Úřad v obecné rovině primárně uvádí, že podstatou zásady zákazu diskriminace, jakož i zásady rovného zacházení je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo

nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Zadavatel tak například nesmí v zadávací dokumentaci vymezit předmět veřejné zakázky tak, že by to vedlo ke zvýhodnění jednoho nebo více z potencionálních dodavatelů, přitom je nerozhodné, zda ke zvýhodnění dochází přímo, nebo nepřímo. Stanovení neodůvodněně přísných zadávacích podmínek by pak mohlo být považováno za jednání, které brání hospodářské soutěži, a to jak ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, tak obecně, neboť z této soutěže vylučuje, bez zjevného důvodu, dodavatele, kteří nejsou z různých důvodů schopni dostat takto stanoveným požadavkům, jejichž splnění však v konkrétním případě není nutné pro naplnění předmětu a účelu veřejné zakázky.

97. Úřad dále uvádí, že je nutné vždy vycházet ze smyslu a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, kdy primárním cílem zákona je zajištění nejvyšší možné transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí, pokud jde o vynakládání veřejných prostředků tak, aby byly využívány hospodárně. Tím, že mezi jednotlivými dodavateli probíhá hospodářská soutěž, jsou tito nuceni nabídnout zadavateli co možná nejvýhodnější podmínky nabízeného plnění. Předpokladem pro existenci hospodářské soutěže mezi dodavateli je pak konkurenční prostředí, ve kterém mají potenciální dodavatelé rovné podmínky, a hospodářská soutěž není deformována ze strany zadavatele.
98. K významu základních zásad uvedených v § 6 zákona, zejména pak k zásadě zákazu diskriminace se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008, v němž uvedl, že: *„Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči“*. V rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 pak Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„(...) toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (...) smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ 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 právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“*. Úřad uvádí, že uvedené rozsudky se vztahují k postupu zadavatele dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, avšak tato skutečnost v době účinnosti zákona ničeho nemění, neboť v rozsudku uvedené zásady a principy zadávání zůstaly zachovány (i ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek viz dále) i v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a výše uvedené tedy platí i dále k níže odkazovanému. Zásada zákazu diskriminace je obligatorním principem při realizaci zadávacích řízení a je na ni kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, který se otázkou zákazu diskriminace v jakýchkoliv formách na jakékoli úrovni také několikrát zabýval, a to např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2005 ve věci C-158/03 Komise Evropských společenství proti Španělskému království. Za skrytou formu nepřipustné



diskriminace je pak třeba považovat např. takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových podmínek plnění veřejné zakázky, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Tedy postup zadavatele, kdy někteří z dodavatelů mají znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, je postupem diskriminačním, který odporuje základním zásadám uvedeným v § 6 zákona.

99. V prověřovaném případě rozporuje navrhovatel zadávací podmínky veřejné zakázky. Navrhovatel z obsahu zadávacích podmínek dovozuje, že se zadavatel vlastní vinou dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a.s., resp. že zadavatel je závislý na SW produktech uvedené společnosti, které IS NEN mj. využívá a pro které zadavatel mj. požaduje v rámci šetřené veřejné zakázky zajištění technické podpory. Dle navrhovatele nemůže v tomto případě proběhnout řádná soutěž, neboť dodavatelé, kteří nejsou nijak majetkově či personálně propojeni se společností Tesco SW a.s., jsou v tomto případě znevýhodněni. Navrhovatel v daném případě spatřuje skrytou diskriminaci v tom, že zadavatel požaduje zajištění technické podpory mj. na SW produkty společnosti Tesco SW a.s., která předmětný SW vytvořila speciálně pro IS NEN a jako jediná je podle názoru navrhovatele schopna zajistit k těmto produktům technickou podporu. Navrhovatel tak v uvedeném spatřuje de facto porušení § 36 odst. 1 zákona.
100. Úřad tedy v daném případě ověřil, zda zadávací podmínky veřejné zakázky byly stanoveny takovým způsobem, že by mohly přímo či nepřímo omezit účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, či zda bezdůvodně zaručují tvrzenou konkurenční výhodu společnosti Tesco SW a.s., jak dovozuje v návrhu navrhovatel. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v návrhu brojí pouze proti určité části zadávacích podmínek ve vztahu k požadavku na zajištění technické podpory pro SW produkty společnosti Tesco SW a.s., prověřil Úřad tvrzenou diskriminaci pouze v rámci zadávacích podmínek, které se týkají SW produktů této společnosti, tedy v intencích navrhovatelem namítaných skutečností.
101. Z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že poptávaným předmětem plnění je zajištění technické podpory na stanovenou dobu pro konkrétní SW a HW technologie uvedené v zadávací dokumentaci, přičemž zadavatel v zadávací dokumentaci ke každé z technologií, na něž zajištění technické podpory požaduje, uvedl požadované minimální parametry podpory [v případě SW technologií např. druh požadované služby, doba, po kterou bude daná služba poskytována, doba, ve které dojde k provizornímu řešení požadavku od doby nahlášení, doba, ve které musí být zadaný požadavek vyřešen od doby nahlášení, poskytnutí servisního balíčku dle release managementu daného výrobce (uvolňování nových verzí příslušného SW produktu), požadavek na zajištění časových a personálních kapacit pro úpravu technologií apod.]. V zadávací dokumentaci je rovněž vždy ke každé konkrétní technologii (SW) specifikován výrobce (IBM, Symantec, Tesco SW, Oracle) a počet licencí. Zadavatel si dále v zadávací dokumentaci výslovně vyhradil, že pro produkty společnosti Tesco SW a.s. požaduje technickou podporu v edici Technical Support Plus. Dále je ze zadávací dokumentace zřejmé, že požadované plnění chce zadavatel zajistit na 395 dní.
102. Podle veřejně dostupných zdrojů ([https://cs.wikipedia.org/wiki/Technick%C3%A1\\_podpora](https://cs.wikipedia.org/wiki/Technick%C3%A1_podpora)) se technickou podporou obecně rozumí „(...) *pracoviště nebo služba, poskytující pomoc uživatelům (zákazníkům, zaměstnancům) dané instituce. Je to kontaktní místo, přeneseně i*

*softwarové řešení, na něž se uživatel obrací s žádostí o pomoc s vyřešením problému či ohlašuje chybu. Nejčastěji je možné se s tímto pojmem setkat v oblasti informačních systémů a informačních a komunikačních technologií.*“ Pokud tedy zadavatel v prověřovaném případě požaduje zajištění technické podpory, bude mu ze strany vybraného dodavatele poskytována kolekce služeb, jejichž předmětem bude pomoc uživatelům uvedeného software v návaznosti na jejich potřeby, upgrade příslušných SW produktů, úprava technologií atd. Takto obecně lze popsat způsob poskytování technické podpory k SW, což je mimo jiného předmětem plnění veřejné zakázky.

103. V návaznosti na výše uvedené části zadávací dokumentace (odstavce 86 až 88 odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze konstatovat, že zadavatel v zadávací dokumentaci podrobně specifikoval, jaké plnění požaduje, konkretizoval činnosti a služby, které požaduje zajistit, a současně ke každé požadované službě uvedl požadované minimální parametry včetně časové náročnosti. Zadavatel zcela přesně identifikoval SW technologie z hlediska výrobce, obchodního označení, počtu licencí a minimálních parametrů požadované technické podpory. Úřad dodává, že z obsahu zadávací dokumentace ani z obsahu návrhu smlouvy nevyplývá, že by zadavatel pro SW technologie, k nimž požaduje zajištění technické podpory, požadoval rovněž dodání licencí (oprávnění k užívání SW technologií, k nimž požaduje zajištění technické podpory). Uvedenou skutečnost zadavatel rovněž potvrdil v rozhodnutí o námitkách II. i ve svém vyjádření k návrhu v rámci vedeného správního řízení, přičemž ve vztahu k technologiím společnosti Tesco SW a. s. doložil kopii certifikátu, kterým bylo společností Tesco SW a.s. potvrzeno, že zadavatel zakoupil licence SW produktů pro projekt „Vývoj Národního elektronického nástroje (NEN)“. Tu Úřad konstatuje, že zadavatel licence k SW produktům, pro které poptává zajištění technické podpory, zjevně vlastní. Podle názoru Úřadu se argumentace navrhovatele týkající se vznesených pochybností ohledně samotného předmětu plnění (konkrétně pochybnost, zda zadavatel poptává i licence) jeví jako účelová, neboť jak již bylo uvedeno výše, ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by zadavatel požadoval k uvedeným produktům kromě zajištění technické podpory rovněž licence; ani sám navrhovatel konkrétně nespecifikoval, z které části zadávacích podmínek by měla taková skutečnost plynout. Zadavatel jasně v zadávací dokumentaci uvedl, že se jedná o veřejnou zakázku na služby a že předmětem veřejné zakázky je zajišťování technické podpory, přičemž přesně vymezil požadavky na minimální parametry požadovaných služeb. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že předmět veřejné zakázky je v prověřovaném případě vymezen řádně a nezpůsobuje pochybnosti o tom, co je jeho obsahem (tzn. zda by měla být předmětem veřejné zakázky rovněž dodávka licencí či nikoliv). Pokud by bylo v souvislosti s nutností zajištění technické podpory nutno zakoupit i určité licence, tak ty jsou pak samozřejmě součástí předmětu plnění veřejné zakázky, avšak tuto informaci dodavatel získá na základě jednání s výrobcí SW komponent, k nimž zadavatel nyní disponuje licencemi (viz vyjádření zadavatele k návrhu) a na nichž je IS NEN v současné době provozován.
104. V souvislosti s argumentací navrhovatele, podle níž zadavatel fakticky omezil hospodářskou soutěž, neboť se již díky předchozím postupům v rámci projektu vybudování IS NEN dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a.s., což podle jeho názoru zapříčinilo, že společnost Tesco SW a.s. nyní svou cenovou a obchodní politikou může ovlivnit případné cenové jiných dodavatelů nabídky (či v obecné rovině okruh potenciálních dodavatelů), Úřad uvádí následující. Předmětem přezkumu nyní prověřovaného případu je ověření, zda zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky na poskytování technické podpory k již zakoupeným SW

produktům (které IS NEN využívá) mohou diskriminovat některé potenciální dodavatele. Úřad se tedy nezabývá a ani zpětně neprověřuje, zda zadavatel v rámci některého jiného (příp. předchozího) zadávacího řízení (či v rámci jiné aktivity související s projektem vybudování IS NEN) postupoval v souladu se zákonem, neboť pro posouzení nyní prověřovaného případu jsou rozhodující skutečnosti vyplývající ze zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky. Úřad pro úplnost dodává, že příp. postupem zadavatele v předchozím zadávacím řízení by bylo nezbytné se zabývat v rámci nyní vedeného správního řízení pouze v případě, kdy by např. zadavatel zadával prověřovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na stav exkluzivity, který vznikl právě při uzavření smlouvy v rámci předchozího zadávacího řízení, což však není případ šetřené veřejné zakázky. Zadavatel prověřovanou veřejnou zakázku zadává v otevřeném zadávacím řízení, přičemž tento druh zadávacího řízení je obecně považován za nejvíce otevřený hospodářské soutěži. Ačkoliv tedy navrhovatel namítá, že zadavatel v rámci svých předchozích postupů v rámci vybudování projektu IS NEN nepostupoval v souladu se zákonem, Úřad konstatuje, že toto není předmětem nyní vedeného správního řízení a okolnosti, při kterých si zadavatel případně mohl způsobit „závislost“ na určitém dodavateli, nemohou být posuzovány v souvislosti s pořízením nyní požadovaného plnění (podpory, udržení, upgrade a úprav již dříve pořízených produktů) za situace, kdy je předmětná veřejná zakázka zadávána v otevřeném řízení. V šetřeném případě je předmětem posouzení Úřadu pouze skutečnost, zda zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky (v intencích podaného návrhu) nebyly nastaveny diskriminačním a netransparentním způsobem. Předmětem řízení před Úřadem není ani posuzování důvěryhodnosti či nedůvěryhodnosti zadavatele, nýbrž to, zda v posuzovaném zadávacím řízení, pro které zvolil jako druh otevřené řízení, postupoval v souladu se zákonem stanovenými pravidly.

105. Za účelem ověření, zda zadávací podmínky na předmětnou veřejnou zakázku bezdůvodně zvýhodňují konkrétního dodavatele (tzn. zda realizaci požadovaného plnění ve vztahu k produktům společnosti Tesco SW a.s. může vykonávat pouze samotný výrobce, popř. osoba s ním propojená), či zda je možné, aby příslušnou technickou podporu mohli provádět i jiní dodavatelé, Úřad již v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017 oslovil písemně společnost Tesco SW a.s. Otázky Úřadu a obdržené odpovědi společnosti Tesco SW a.s. jsou uvedeny v odstavcích 47 až 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Z předmětného šetření Úřadu vyplývá, že technickou podporu k produktům společnosti Tesco SW a.s. mohou poskytovat, kromě samotného výrobce, rovněž partneři společnosti Tesco SW a.s. nebo případně i dodavatelé, kteří se partnery jmenované společnosti nestanou, přičemž v takovém případě by technická podpora byla zajištěna přeprodejem servisního balíčku výrobce. Je tedy zřejmé, že možnost účasti v zadávacím řízení pro jiné dodavatele než je samotný výrobce technologií společnost Tesco SW a.s., není nijak vyloučena, což ostatně potvrzují podané nabídky dodavatelů TECHNISERV IT spol. s r. o. a VUMS LEGEND spol. s r. o. a rovněž tato skutečnost vyplývá z jejich vyjádření, dle nichž jednání se společností Tesco SW a.s. za účelem přípravy jejich nabídek nebyla nikterak problematická. Úřad v této souvislosti dodává, že podle vyjádření společnosti Tesco SW a.s. lze vstoupit do jejího partnerského programu v řádu pouze několika málo dní, a to i v případě implementačního partnerství, k jehož uzavření je nezbytné absolvovat certifikační zkoušky na příslušný produkt. Dodavatelé, kteří měli zájem účastnit se předmětného zadávacího řízení, tedy měli možnost stát se partnery společnosti Tesco SW a.s. i v průběhu lhůty pro podání nabídek, která podle

zadávací dokumentace k veřejné zakázce činila 35 dnů (zadavatel zahájil zadávací řízení dne 30. 1. 2017, lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 6. 3. 2017). S ohledem na výše uvedené je pak irelevantní i argument navrhovatele, že zhotovitel a provozovatel IS NEN rozhoduje o tom, komu licenci k užití souvisejících produktů poskytne a komu nikoliv, protože je zřejmé, že společnost Tesco SW a.s., dle jejího vyjádření a vyjádření dalších dvou účastníků předmětného zadávacího řízení, nijak neomezuje možnost získání příslušných oprávnění, a v šetřeném zadávacím řízení tak v důsledku toho nedochází k nezákonné diskriminaci subjektů, které nejsou výrobcí příslušného SW. K samotné skutečnosti, že Tesco SW a.s. je v tomto případě subjektem, který „rozhoduje“ o tom, že taková oprávnění poskytne, Úřad odkazuje na argumentaci uvedenou dále v odstavci 107 odůvodnění tohoto rozhodnutí a zejména na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 43/2013-106 ze dne 26. 9 2014.

106. Navrhovatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 24. 8. 2017 zpochybnil vyjádření společnosti VUMS LEGEND, spol. s r. o. a uvedl, že ho považuje za zcela účelové, neboť ve svém sdělení ze dne 3. 8. 2017 ve věci spolupráce se společností Tesco SW a.s. při přípravě nabídky uvádí skutečnosti zcela rozporné se svým vyjádřením ze dne 7. 8. 2017 v téže věci. Dále navrhovatel uvedl, že nelze akceptovat vágní vyjádření společnosti VUMS LEGEND, spol. s r. o., že časovou náročnost nelze odhadnout, když tato skutečnost je zcela rozhodná pro posouzení skutečností souvisejících se zadáváním předmětné veřejné zakázky. V souvislosti s uvedenou argumentací navrhovatele Úřad konstatuje, že vyjádření společnosti VUMS LEGEND, spol. s r. o. se mohou jevit na první pohled jako rozporná, nicméně Úřad má za to, že předmětný rozpor pramení spíše z nepochopení dotazu Úřadu, než z jakékoliv účelovosti. Společnost VUMS LEGEND, spol. s r. o. byla v rámci šetřeného zadávacího řízení ve stejném postavení jako navrhovatel, když není dodavatelem, popř. výrobcem SW, ke kterému zadavatel poptává podporu, a byla tedy v pozici, kdy musela spolupracovat s dodavatelem SW a získat od nich příslušná oprávnění, což potvrdila i ve vyjádření ze dne 7. 8. 2017. Právě z uvedených důvodů se Úřad této společnosti dotazoval. Uvedený rozpor dle názoru Úřadu vyplývá z dostatečného nepochopení dotazu Úřadu společností VUMS LEGEND, spol. s r.o, neboť ten se dotazoval na „spolupráci“ se společností Tesco SW a.s., přičemž v žádosti nebylo specifikováno, na rozdíl od žádosti o upřesnění informace ze dne 4. 8. 2017, v jakém smyslu má být pojem „spolupráce“ vyložen. Upřesnění bylo dotazovanému poskytnuto v žádosti o upřesnění informace ze dne 4. 8. 2017, a to tak, zda dotazovaný spolupracoval s Tesco SW a. s. alespoň pouze ve smyslu oslovení za účelem zjištění informací, či zajištění dokumentů potřebných pro kompletaci a ocenění nabídky. Vyjádřením ze dne 3. 8. 2017 společnost VUMS LEGEND, spol. s r. o. pouze uvedla, že při přípravě nabídky nespolupracovala s žádnou společností, přičemž tím bylo dle názoru Úřadu zřejmě myšleno, že na zpracování nabídky se nepodílela jiná společnost, popř. že nabídku nepodává společně s jiným subjektem apod. Ze spisového materiálu je zřejmé, že po upřesnění žádosti Úřadu, dopisem ze dne 4. 8. 2017 č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22516/2017/533/HKu, kde Úřad odkázal na konkrétní ustanovení zadávací dokumentace a svůj dotaz blíže vysvětlil, již společnost VUMS LEGEND, spol. s r. o. pochopila znění dotazu a uvedla, že komunikace se společností TESCO SW za účelem získání potvrzení podle přílohy č. 3 návrhu smlouvy, proběhla, přičemž upřesnění, že tato komunikace nebyla časově náročná, bez uvedení konkrétního časového rámce, Úřad nepovažuje za nedostatečné. S ohledem na shora uvedené pak nepovažuje předmětná vyjádření ani za vnitřně rozporná.

107. Co se týče možného znevýhodnění dodavatelů v souvislosti s dalšími náklady, které jsou vyvolány uzavřením partnerství, či přímým nákupem servisního balíčku pro jeho následný pře prodej, Úřad uvádí následující. Při přípravě nabídky vychází každý dodavatel při stanovení své nabídkové ceny z nákladů na ekonomické vstupy se započtením přiměřeného zisku. Výsledná nabídková cena za plnění je pak jedinečným odrazem kalkulace toho kterého dodavatele. Nelze rovněž odhlédnout od skutečnosti, že soutěž o veřejnou zakázku je soutěží ekonomických subjektů, u kterých se předpokládá, že každý má zájem stát se vybraným dodavatelem a uspět na úkor dodavatele jiného. Jaké tedy zadavateli v nabídce předloží podmínky plnění je zcela jejich věcí a záleží zejména na obchodní strategii toho kterého dodavatele a jeho „šikovnosti“, např. při vyjednávání cenových podmínek u poddodavatelů či obchodních partnerů. Tento postup na trhu je zcela běžný a obvyklý, je to ostatně podstatou „soutěže o veřejnou zakázku“, což lze zjednodušeně demonstrovat např. při plnění veřejné zakázky na stavební práce. Případný vybraný dodavatel tak zjevně nestaví dílo výhradně z jím vyráběného materiálu, ale tento materiál nakupuje a de facto zadavateli nabídkovou cenou do určité míry přeprodává a současně si kalkuluje cenu za jeho práci. Je však zcela jeho obchodní strategií a šikovností, za jakých podmínek je tento materiál na trhu schopen získat. Při přípravě nabídky je pouze na dodavatelích, aby nabídku zpracovali v souladu s požadavky zadavatele, požadavky zákona či jiných právních předpisů tak, aby zadavatelem byla právě jejich nabídka hodnocena jako nejvhodnější. Zadavatel ve zde šetřeném případě dal dodavatelům jednoznačnou informaci, že nejvýhodnější nabídkou pro něj bude nabídka obsahující nejnižší nabídkovou cenu. Argumentace navrhovatele, podle níž jsou jiní dodavatelé znevýhodněni tím, že výrobce technologií Tesco SW a.s. ovlivňuje výslednou cenovou nabídku jiných uchazečů svou cenovou, obchodní či partnerskou politikou, je tedy ve světle výše uvedeného situací na trhu zcela obvyklou a nelze tak hovořit o znevýhodnění ve smyslu zákona. Úřad ve vztahu k výše zmíněnému příkladu pro úplnost uvádí, že na uvedeném ničeho nemění skutečnost, že na trhu s SW technologiemi obecně neexistuje tak široké portfolio výrobců daných technologií, jako tomu může být u „běžného stavebního materiálu“, rozhodující je skutečnost, že dodavatelé jsou schopni, resp. je jim umožněno, si zajistit možnost poskytování technické podpory ke konkrétním produktům, na nichž již IS NEN funguje. Ostatně i v případě zmiňované stavební zakázky může nastat situace, jako je tomu ve zde projednávaném případě, kdy zadavatel bude poptávat navazující stavební práce na již zhotovenou stavbu, a bude tak tedy do určité míry determinován okruh v úvahu připadajících výrobců těchto stavebních prvků, neboť by bylo potřeba zachovat kompatibilitu jednotlivých stavebních prvků a celistvost dané stavby. V souvislosti s uvedenou problematikou Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R150/2013/VZ-16996/2013/310/DBa ze dne 6. 9. 2013, v němž předseda Úřadu mj. uvedl, že „(...) *Objednatel tedy není schopen nijak ovlivnit, zda se dopravce dohodne s majitelem označnicků zastávek na výši příspěvku na údržbu či nikoliv. Žádný právní předpis přitom objednateli neukládá, aby dopředu vyjednával s majiteli označnicků zastávek možnosti použití označnicků zastávek dopravci. (...) žádný právní předpis objednateli neukládá, aby vyjednával s majiteli označnicků zastávek ohledně možností použití označnicků zastávek dopravci. Povinnost zřídit označnicků zastávek je ze zákona povinností dopravce, záleží tedy čistě na jeho schopnostech, zda se s majitelem označnicků zastávek dohodne či nikoli.*“ Z uvedeného vyplývá, že zadavatel nebyl povinen v této konkrétní věci vymezené jedinečným skutkovým stavem v rámci zadávací dokumentace zajišťovat veškeré podmínky pro možnost plnit danou veřejnou

zakázku, pokud si takové podmínky jsou schopni dodavatelé zajistit sami. S ohledem na výše uvedené je pak bezpředmětné zabývat se blíže a podrobně rozebírat „partnerskou politiku“ Tesco SW a.s., jak činí navrhovatel v návrhu (propojení stávajících partnerů se společností Tesco SW a.s., rozdílné podmínky pro uzavření partnerství, podrobněji viz odstavec 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť zásadní je v tomto případě skutečnost, že zadavatel potenciálním dodavatelům umožnil, resp. objektivně existovala možnost získat potřebná oprávnění k plnění předmětu veřejné zakázky (zajištění technické podpory k produktům využívaným v systému NEN), když sama společnost Tesco SW a.s. výslovně deklarovala, že není problém vstoupit do jejich partnerského programu, popř. jinak zajistit možnost poskytování podpory jejich produktům, což potvrzují i vyjádření účastníků zadávacího řízení, společností TECHNISERV IT spol. s r. o. a VUMS LEGEND spol. s r.o.; je pak na samotném dodavateli, jaké obchodní schopnosti prokáže a zajistí si ty nejlepší podmínky pro získání takových oprávnění. Nadto je třeba doplnit, že, jak vyplývá z výše uvedeného, poskytovat podporu produktům Tesco SW a.s. lze nikoliv pouze na základě uzavřeného partnerství, nýbrž i koupí servisního balíčku; je pak opětovně na dodavateli, jakou zvolí obchodní strategii a jakou formou bude chtít poskytování podpory zajistit. S ohledem na výše uvedené, tedy na skutečnost, že existuje více možností, jak zajistit potřebná oprávnění k poskytování podpory SW produktům společnosti Tesco SW a.s., je pak zcela irelevantní, zda jsou účastníci předmětného zadávacího řízení uvedeni na internetových stránkách společnosti Tesco SW a.s. jako partneři či nikoliv, jak tvrdí navrhovatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí, neboť taková skutečnost o ničem nesvědčí. Úřad dodává, že sama společnost Tesco SW a.s. do zadávacího řízení nabídku nepodala. Ve světle argumentů navrhovatele, že zadávací podmínky zvýhodňují společnost Tesco SW a. s. Úřad konstatuje, že takto uplatněná argumentace navrhovatelem by pak analogicky platila i ve vztahu k ostatním subjektům, jejichž SW komponenty v sobě IS NEN zahrnuje, tedy např. pro dodavatele IBM, ORACLE či SYMANTEC, pokud by se o získání veřejné zakázky ucházeli, neboť zadavatel rovněž u těchto konkrétních produktů požaduje v rámci realizace plnění zajištění technické podpory. Tato forma možného zvýhodnění však nemá původ v zadávacích podmínkách, ale je vyvolána samotným charakterem předmětu plnění, kdy IS NEN funguje na SW platformách konkrétních výrobců a tedy, pokud by se takový výrobce rozhodl podat nabídku, ve vztahu k technické podpoře jeho vlastního SW bude v tomto ohledu ve výhodě. V této souvislosti pak lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 43/2013-106 ze dne 26. 9. 2014, kde soud uvedl, že *„Nedovodil-li tedy zdejší soud nesprávně a ani diskriminačně nastavený samotný předmět plnění (poskytování služeb datového centra), ani konstrukci jeho nacenění (paušální nacenění spotřeby elektrické energie podle štítkových hodnot zařízení), a to ani jako diskriminaci přímou, ani jako diskriminaci nepřímou, pak zároveň dospívá k závěru, že faktické zvýhodnění dosavadního dodavatele nepřekračuje běžné podnikatelské zvýhodnění; takové zvýhodnění tu není bezprostředním důsledkem postupu zadavatele, nýbrž důsledkem pouhého faktu, že má být naceňováno plnění, jež má být poskytováno poté, co totožné plnění již jednou (jedním z dodavatelů) poskytováno bylo.“*; ač se v citovaném rozsudku jednalo o veřejnou zakázku s odlišným předmětem plnění, lze dle názoru Úřadu aplikovat jeho závěry v tom smyslu, že s ohledem na předmět plnění šetřené veřejné zakázky, tzn. poskytnutí technické podpory konkrétním SW produktům konkrétního „původního“ dodavatele, existuje (a v každé veřejné zakázce na podobný předmět plnění, tzn. poskytnutí technické podpory k již dodaným SW produktům, které zadavatel využívá,

bude existovat) i v šetřeném případě dodavatel, který bude vždy fakticky zvýhodněn tím, že takový SW produkt dodal. Nicméně tuto skutečnost je i v šetřeném případě třeba považovat za důsledek skutečnosti, že existuje subjekt, který je dodavatelem původního produktu; zásadní je tudíž skutečnost, zda zadávací podmínky nastavené zadavatelem nenarušují zásadu zákazu diskriminace v tom ohledu, že by dosavadního dodavatele zvýhodňovaly takovým způsobem, který by překračoval běžné podnikatelské zvýhodnění plynoucí z toho, že takový dodavatel dodal „původní“ produkt, ke kterému teď zadavatel poptává podporu, přičemž v případě, že existuje možnost, na trhu běžně dostupná, jakým způsobem získat oprávnění k poskytování technické podpory již dříve dodaným SW produktům, nelze takové zadávací podmínky považovat za diskriminační, popř. v rozporu se zákonem znevýhodňující ostatní subjekty na trhu. Míra případné „otevřenosti“ poptávaných SW produktů je pro posouzení věci irelevantní, neboť klíčové je v daném případě pouze to, že trh není omezen v tom smyslu, že by případnému dodavateli bylo znemožněno zadavateli nabídnout technickou podporu produktů, které nevyrobil, neboť by případný výrobce SW odmítl bezdůvodně obchodní spolupráci. Ostatně jak bylo výše uvedeno, navrhovatel ani nerozporuje možnost zajištění technické podpory k ostatním SW produktům, na nichž je IS NEN vystavěn; argumentaci v tomto ohledu vztahuje výlučně k produktům společnosti Tesco SW a.s., přičemž i u těchto dalších subjektů, „původních“ dodavatelů SW produktů (IBM, Oracle, Symantec) je identická situace, tzn. i tyto subjekty jsou dodavateli produktu, ke kterému má být podpora poskytována, a i v tomto případě jsou účastníci zadávacího řízení povinni získat příslušná oprávnění k poskytování podpory. Opětovně Úřad akcentuje, že diskriminační by byla situace tehdy, pokud by příslušná oprávnění nebylo možné získat, umožnil by to získat jen úzkému okruhu subjektů, a neexistoval by tudíž jiný dodavatel schopný poskytovat technickou podporu, než dodavatel, popř. výrobce daného SW produktu, popř. bezdůvodně by kvalifikovaní dodavatelé nemohli toto od rozhodného subjektu získat. Tato situace však v případě společnosti Tesco SW a.s. zjevně nenastala, jak Úřad shora popsal. Nelze totiž přehlédnout skutečnost, že navrhovatel pouze tvrdí, bez jakýchkoliv relevantních podkladů, že společnost Tesco SW a.s. bude výrazným způsobem determinovat okruh potenciálních dodavatelů, stejně tak bude určovat cenovou politiku ve vztahu k jednotlivým dodavatelům, kteří by případně o zajištění podpory na produkty Tesco SW a.s. projevíli zájem. Z ničeho však nevyplývá, že by např. navrhovatel projevil snahu kontaktovat společnost Tesco SW a.s. za účelem získání možnosti ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku a Tesco SW a.s. by navrhovatele odmítlo, popř. mu nabízelo nepřijatelné podmínky či by jednalo tak, že ve stanovené lhůtě by nebylo možné ze strany stěžovatele podat nabídku. Naopak Úřad provedeným šetřením zjistil, že Tesco SW a.s. se své produkty, resp. technickou podporu snaží nabízet obdobným způsobem, jako je tomu v případě dalších výrobců SW technologií, na nichž je IS NEN vystavěn. To, že Tesco SW a.s. nemá tak široké obchodní zastoupení jako např. výrobce SW technologií IBM na věci ničeho nemění, neboť rozhodné je, že dodavatelé jsou schopni si u tohoto výrobce SW technologií (Tesco SW a.s.) technickou podporu bez nějakých překážek zajistit. Pokud tedy navrhovatel předkládá pouze ničím nepodložená tvrzení, nelze než vycházet ze zjištění, která Úřad učinil v průběhu předmětného správního řízení.

108. Obdobnou argumentaci, jež se týkala diskriminační podmínky v souvislosti s možným vlivem společnosti Tesco SW a.s., navrhovatel zmiňuje rovněž v souvislosti s požadavkem zadavatele na poskytnutí technické podpory u produktů společnosti Tesco SW a.s. v edici Technical

Support Plus, přičemž dodává, že uvedená edice není ani z veřejných zdrojů dohledatelná. Úřad k uvedenému uvádí, že navrhovatel v návrhu v souvislosti s uvedenou argumentací nedoložil, že by uvedená edice např. neexistovala nebo nebyla vůbec na trhu dostupná. Z šetření Úřadu naopak vyplynulo, že se jedná o úroveň technické podpory, která je běžně společností Tesco SW a.s. poskytována. Pokud je však uvedená služba běžně dostupná (viz vyjádření společnosti Tesco SW a.s. v odstavci 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze uvedenou argumentaci navrhovatele přijmout. Dle Úřadu navrhovatel nic nebránilo, požádat společnost Tesco SW a. s. o bližší informace k tomuto stupni podpory, pakliže je dle jeho tvrzení ve veřejných zdrojích (nijak blíže neidentifikovatelných) nemohl dohledat. Ze způsobu zpracování zadávací dokumentace a následně zadavatelem stanoveného způsobu zpracování nabídky (např. požadavek zadavatele na doložení kopie potvrzení od zastoupení výrobce technologií v příloze č. 3 návrhu smlouvy viz odstavec 94 odůvodnění tohoto rozhodnutí) kladeného na dodavatele je zřejmé, že dodavatelé museli vstoupit do jednání s výrobcí SW produktů, popř. jejich obchodními partnery, pro které má být zajišťována technická podpora v rámci šetřené veřejné zakázky. Úřad dodává, že navrhovatel tedy sám mohl dotčenou společnost kontaktovat za účelem podání nabídky a zjistit si informace ohledně technické podpory v edici Technical Support Plus. Zadavatel totiž zcela jednoznačným způsobem, kdy výslovně v zadávací dokumentaci uvedl „*Pro produkty TESCO SW je požadován nákup v edici Technical Support Plus.*“, stanovil, co ve vztahu k SW produktům Tesco SW a.s. v souvislosti s poptávanou technickou podporou požaduje. Z podání navrhovatele však žádným způsobem nevyplývá, že by vyvinul jakoukoliv snahu o zajištění si nezbytného pro možné podání nabídky a následné plnění předmětné veřejné zakázky. Naopak ze strany navrhovatele se v daném případě jedná o pouhá nepodložená tvrzení ohledně diskriminačně vymezených zadávacích podmínek, příp. porušení § 36 odst. 1 zákona ze strany zadavatele, kdy navrhovatelem uvedená tvrzení neodpovídají skutkovým zjištěním učiněnými Úřadem. Navrhovatel tak svou argumentaci založil pouze na teoretických, jím vystavěných konstrukcích, dovozených z požadavku zadavatele na zajištění technické podpory SW produktů od společnosti Tesco SW a.s. Navrhovatel de facto nepřednesl žádný věcný argument, který by zapříčinil z jeho strany nemožnost podat nabídku. Úřad v tomto ohledu akcentuje, že navrhovatel v návrhu ani neuvádí, že by např. společnost Tesco SW a. s. vůbec kontaktoval a byl jí např. v rámci obchodního jednání odmítnut či by byl přímo jednáním uvedené korporace, po jejím oslovení, limitován, což by se projevilo v jeho sféře co do možnosti zformulovat a podat ve stanovené lhůtě nabídku. Skutečnost, že z veřejně dostupných informací, ačkoliv z povahy znění zadávacích podmínek bylo zřejmé, že dodavatelé musí kontaktovat výrobce příslušných SW technologií, nebylo lze zjistit podrobné informace ohledně technické podpory v edici Technical Support Plus, tak dle názoru Úřadu nečiní toto konkrétní zadávací řízení, které se vyznačuje jedinečnými skutkovými okolnostmi, nepřehledné či méně transparentní, popř. že by nastavení zadávacích podmínek bylo v rozporu s § 36 odst. 1 zákona.

109. Úřad shrnuje, že pokud je možné technickou podporu ke konkrétním produktům (k jejichž užívání již zadavatel vlastní oprávnění) zajistit nejen výlučně prostřednictvím jejich výrobce, nýbrž existuje i možnost jejího zajištění jinými dodavateli (uchazeči), kterou zadavatel zadávacími podmínkami neomezil, nelze v takovém případě konstatovat diskriminační nastavení zadávacích podmínek, neboť předmětné zadávací řízení zadavatel vede za účelem podpory a udržení systému, který již vlastní, a potřeba zajištění technické podpory k již



pořízeným produktům je tedy odůvodněná jak v případě produktů společnosti Tesco SW a.s., tak v případě produktů jiných výrobců.

110. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti lze konstatovat, že stanovením zadávacích podmínek na veřejnou zakázku v souvislosti s požadavkem na zajištění technické podpory pro produkty společnosti Tesco SW a.s. zadavatel neomezil účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, ani bezdůvodně nezaručil konkurenční výhodu společnosti Tesco SW a.s., a tedy zákon v tomhle ohledu (§ 36 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona) neporušil.

*K tvrzení navrhovatele o nejasném a neúplném vymezení technických podmínek účasti v zadávacím řízení*

111. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele v rámci zadávacího řízení a má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení. Odpovědnost za nastavení zadávacích podmínek leží plně na zadavateli a tento ani ve smyslu § 36 odst. 3 zákona nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Zadávací dokumentaci, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, je nutno považovat za soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracována dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. Zvláštní důraz je kladen právě na specifikaci předmětu veřejné zakázky, který v podaných nabídkách ovlivní také další aspekty, zejména výši nabídkové ceny. V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010, když uvedl, že „(...) *zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.*“ I ve vztahu k tomuto rozsudku platí, byť se týkal předchozí právní úpravy, že zde vyřčené závěry jsou plně uplatnitelné i ve vztahu k zákonu, neboť smysl a účel nastavení zadávacích podmínek (zadávací dokumentace) je shodný (viz § 44 předchozí právní úpravy a § 36 zákona). Uvedené platí i ve vztahu k navazující odkazované judikatuře.
112. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií. V této souvislosti Úřad pro úplnost odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007 ze dne 20. 3. 2008, v němž uvedený soud judikoval, že „*Zadávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.*“

113. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne rovněž z obecné zásady transparentnosti uvedené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je totiž vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, která musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se již opakovaně zabývaly soudy i Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo konstatováno, že *„Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
114. Obdobný názor je patrný i z rozhodovací praxe Úřadu, kdy je kladen důraz na to, aby požadavky zadavatele byly v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Je tedy na místě konstatovat, že nepřesnosti v nastavení zadávacích podmínek nemohou jít k tíži dodavatelů (účastníků), neboť stanovit zadávací podmínky a požadavky přesně a jednoznačně, je povinností zadavatele.
115. Vzhledem ke skutečnosti, že zadávací podmínky jsou klíčovým dokumentem, na základě něhož se dodavatelé účastní zadávacího řízení, je nezbytné, aby zadavatel věnoval jejich kvalitnímu zpracování náležitou pozornost. Zadávací podmínky (ve svém souhrnu) by tak měly obsahovat vymezení skutečností, které jsou pro dodavatele nezbytné k tomu, aby se mohl kvalifikovaně rozhodnout pro účast a následně se i účastnit zadávacího řízení. Zadavatel má tedy povinnost nastavit takové zadávací podmínky, aby všichni potenciální dodavatelé měli jasnou představu o tom, jak připravit své nabídky a jak bude předmětné zadávací řízení probíhat. S výše uvedeným souvisí i skutečnost, že zadávací podmínky musí být určité a jednoznačné. Zadavatel by při jejich přípravě neměl připustit, aby si tyto podmínky mohli různí dodavatelé vykládat různě, případně aby vznikaly pochybnosti o výkladu určitého požadavku zadavatele.
116. Navrhovatel ve svém návrhu upozorňuje, že zadávací podmínky jsou stanoveny neurčitě či neúplně, což může podle jeho názoru ovlivnit možnost zpracování cenové nabídky. Nejasnost a neurčitost zadávacích podmínek spatřuje navrhovatel v souvislosti s podmínkou uvedenou v čl. 4 odst. 4. 1. zadávací dokumentace: *„V případě, že plnění předmětu této veřejné zakázky vyžaduje v některých případech uhrazení poplatků spojených s obnovením přerušené podpory, je toto součástí předmětu této veřejné zakázky.“* a rovněž v souvislosti s podmínkou uvedenou v příloze č. 1 zadávací dokumentace – čl. VII. odst. 6 závazného návrhu smlouvy: *„V případě, že plnění předmětu této Smlouvy vyžaduje v některých případech uhrazení poplatků spojených s obnovením přerušené podpory, je toto součástí předmětu plnění této Smlouvy a bude uhrazeno ze strany Poskytovatele.“*
117. Navrhovatel uvádí, že mu není z formulace zadávacích podmínek zřejmé, že vedle *„jakési základní podpory (verze Basic Support), zadavatel soutěží podporu rozšířenou“*. Dle

navrhovatele tak ze zadávacích podmínek nevyplývá, zda zadavatel požaduje navázání na přerušenu základní podporu nebo pokračování v základní podpoře s přidáním rozšířené podpory. Dále neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek spatřuje v tom, že dodavatelům není známo, v jakém rozsahu případné obnovení přerušené podpory nastane a kolik bude stát. K uvedené argumentaci navrhovatele Úřad nejprve uvádí, že při posouzení argumentů navrhovatele je nutno zohlednit charakter předmětu plnění a způsob jeho zajištění. Úřad uvádí, že v zadávací dokumentaci je podrobně popsáno ke každému produktu, pro nějž zadavatel požaduje technickou podporu, kdo je jeho výrobcem, jaký typ a rozsah příslušné technické podpory zadavatel požaduje, přičemž u produktů výrobce Tesco SW a.s., si zadavatel vyhradil, že chce zajistit podporu v konkrétní edici (Technical Support Plus). Úřad upozorňuje, že zadavatel podrobně popsal požadované plnění včetně časové dotace potřebné pro realizaci technické podpory jednotlivých produktů (OH - Doba, po kterou bude daná služba poskytována) a současně stanovil počet dní, na který příslušnou technickou podporu požaduje zajistit (395 dní). Z přílohy č. 1 zadávací dokumentace (návrhu smlouvy) na veřejnou zakázku dále vyplývá, že zadavatel požadoval v nabídce doložit jako přílohu č. 3 návrhu smlouvy „*Kopie potvrzení od zastoupení výrobce technologií, že dodávaná platná a garantovaná podpora, licence, renewal, případně reinstatement jsou registrované u výrobce software a jsou v jeho evidenci a jsou registrované na koncového zákazníka (Uživatele) a pocházejí z oficiálního distribučního kanálu výrobce – součástí potvrzení budou i PN a/nebo SN dodávaných komponent.*“. Uvedeným požadavkem tedy zadavatel zajistil nutnost komunikace uchazečů s příslušnými výrobci technologií, k nimž je v rámci plnění veřejné zakázky požadována technická podpora. Úřad dodává, že tato skutečnost musela být navrhovateli zřejmá, neboť předmětnou část zadávacích podmínek v návrhu rovněž cituje. Za účelem přípravy nabídky tedy byli potenciální dodavatelé nuceni oslovit příslušné výrobce technologií, přičemž v rámci komunikace (obchodního jednání) museli v souladu se zadávacími podmínkami zajistit a v nabídce doložit nejen příslušné doklady od výrobců SW nutné pro podání nabídky vůbec, ale především při jednání s těmito výrobci získali příslušní dodavatelé podklady pro sestavení nabídkové ceny s ohledem na předmět plnění. Jak již Úřad shora zmínil, v šetřeném případě je nutno přihlídnout v rámci posouzení případu ke specifčnosti předmětu plnění, kdy příslušní dodavatelé musí při přípravě nabídky kontaktovat výrobce daných SW komponent. Úřad podotýká, že ačkoliv by bylo jistě možné zadávací dokumentaci zpracovat v přívětivější či v návodnější formě (přehledněji, s více podpůrnými odkazy a informacemi), nelze v daném případě konstatovat, že by zadávací podmínky byly sestaveny nejasně nebo nečitelně, případně tak, aby umožňovaly dvojitý výklad, neboť z těchto prověřovaných zadávacích podmínek jednoznačně vyplývá, jaké plnění zadavatel požaduje a jak musí dodavatelé postupovat při přípravě nabídky. Charakter předmětu plnění a i zadávací podmínky tak předvídají při přípravě nabídky nutnou součinnost dodavatele s výrobcem příslušného SW. Jak již Úřad uvedl výše, z provedeného šetření, v intencích navrhovatelem rozporovaného, ani není možno dovodit, že by tito výrobci (či jejich obchodní partneři) odmítali poskytnout, dodavatelům majícím zájem účastnit se předmětné veřejné zakázky, součinnost, či by činili jiné kroky (např. bezdůvodným prodlužováním jednání by nebylo lze vytvořit a podat ve stanovené lhůtě nabídku), a někomu tak znemožnili podat nabídku.

118. Ve vztahu ke shora řečenému Úřad uvádí, že v průběhu správního řízení ověřil jak u dodavatelů, kteří podali v předmětném zadávacím řízení nabídku (TECHNISERV IT, spol.

s r.o., VUMS LEGEND, spol. s r.o.), tak i u jednoho z výrobců SW technologií, k nimž zadavatel technickou podporu požaduje (Tesco SW a.s.), zda v souvislosti s předmětným zadávacím řízením jednání mezi těmito dodavateli a příslušným výrobcem technologií skutečně probíhala. Z provedeného šetření vyplynulo, že oba výše uvedení dodavatelé v souvislosti s přípravou nabídky komunikovali, resp. jednali s výrobcem Tesco SW a.s., přičemž spolupráce sjednána byla a žádný z obou dodavatelů k jednání připomínky neuvedl, naopak akcentoval časovou nenáročnost jednání (viz odstavce 56 až 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z vyjádření společnosti IBM Česká republika s.r.o. ze dne 11. 7. 2017, které Úřadu doložil zadavatel v průběhu správního řízení, v reakci na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22265/2017/533/HKu ze dne 2. 8. 2017, rovněž vyplývá, že taktéž tuto společnost výše uvedení dodavatelé v souvislosti s přípravou nabídky oslovili (viz odstavec 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedený postup dodavatelů, kteří nabídku v zadávacím řízení podali, tedy svědčí o skutečnosti, že zadávací podmínky byly sestaveny srozumitelně, neboť oba tito dodavatelé nezávisle na sobě postupovali stejným způsobem, když při přípravě nabídky příslušné výrobce technologií oslovili. Naopak žádný z obou uvedených výrobců SW v rámci svých vyjádření nezmínil, že by je v dané věci (za účelem záměru podání nabídky do zadávacího řízení) oslovil navrhovatel. Jak již Úřad výše uvedl, navrhovatel svoji argumentaci ani touto skutečností nepodpořil a omezuje se ve svých tvrzeních pouze na dovozování teoretických situací, jejichž reálnost nijak neprokázal. Z vyjádření zadavatele k podanému návrhu vyplývá, že v současné době je technická podpora poskytována výrobcem technologií. K rozporované podmínce nutného započtení poplatků za případné obnovení přerušené podpory Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti uvádí, že vzhledem k nezbytné komunikaci dodavatelů v souvislosti se zajištěním plnění předmětné veřejné zakázky s výrobcem jednotlivých SW (i HW) komponent, na které zadavatel požaduje zajistit technickou podporu, a dále vzhledem k tomu, že v současné době je předmětná podpora zajišťována právě příslušnými výrobci, je zřejmé, že při přípravě nabídky měli všichni potenciální uchazeči dostatek informací pro to, aby byli schopni požadovaný předmět plnění ocenit (a to včetně případných poplatků za znovuoobnovení přerušené podpory), neboť tyto informace si mohli (měli) obstarat u jednotlivých výrobců komponent či jejich obchodních partnerů, na nichž je IS NEN vystavěn. Co se týče nejistoty navrhovatele způsobené neuvedením informace, zda zadavatel požaduje navázání na přerušenu základní podporu nebo pokračování v základní podpoře s přidáním rozšířené podpory, Úřad rovněž v návaznosti na výše uvedené skutečnosti uvádí, že s ohledem na přesné vymezení rozsahu požadovaných služeb a požadovanou povinnost dodavatelů komunikovat s dodavateli SW komponent, není uvedení, resp. neuvedení takové informace v zadávací dokumentaci podstatné. Stejně tak nebyl zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvádět, že vedle základní podpory (verze Basic Support) u produktů Tesco SW a.s. soutěží podporu rozšířenou, či k jakému datu stávající podpora končí nebo kdo ji poskytuje, neboť nezbytností jednání dodavatelů s příslušnými výrobci (stávajícími dodavateli technické podpory) při přípravě nabídky zadavatel zajistil, že dodavatelé informace nezbytné pro kompletaci a ocenění nabídky obdrží od nich, což je zcela logické a vyplývající z charakteru plnění. K názoru navrhovatele, že prvky technické podpory, které zadavatel požaduje zajistit v rámci nyní prověřované veřejné zakázky, měl zadavatel požadovat již při samotné realizaci IS NEN, Úřad znovu upozorňuje, že v nyní vedeném správním řízení není přezkoumáván postup zadavatele v rámci případných předchozích zadávacích řízení, a z tohoto důvodu považuje

uvedenou připomínku navrhovatele za bezpředmětnou. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad nepovažuje rozporovaný popis požadavků zadavatele v čl. 4 odst. 4. 1. zadávací dokumentace, potažmo v čl. VII. odst. 6 závazného návrhu smlouvy za nejasný či nepřesný ve vztahu k možnosti nacenění požadovaného plnění v nabídce.

119. Navrhovatel v této souvislosti dále uvádí, že jelikož existuje několik způsobů, jak realizovat plnění požadované zadavatelem a každé ze zadavatelem uvedených řešení je závislé na vůli tzv. vendorů, je každé z uvedených řešení jinak finančně náročné; právě uvedené dle navrhovatele neumožňuje, aby zadavatel obdržel porovnatelné nabídky. K uvedenému Úřad uvádí, že s ohledem na skutečnost, že ze zadávacích podmínek dle názoru Úřadu zřetelně vyplývá, co je předmětem veřejné zakázky a zejména pak v této souvislosti, co má být v nabídce oceněno, nelze souhlasit s navrhovatelem, že by zadavatel neměl obdržet porovnatelné nabídky. Zadavatel v kapitole 12. „Hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace uvedl, že „(...) Účastníkem uvedená celková nabídková cena včetně DPH je cenou nejvýše přípustnou a musí odpovídat součtu cen jednotlivých položek uvedených v Příloze č. 2 návrhu smlouvy. Celková nabídková cena bude zahrnovat veškeré náklady nezbytné k řádné a včasné realizaci předmětu každé jednotlivé položky v Příloze č. 2 návrhu smlouvy uvedené.“. Všichni dodavatelé tedy byli prokazatelně informováni o tom, co všechno mají v nabídce ocenit, přičemž skutečnost, že existují různé způsoby, jakými zajistit plnění požadované zadavatelem, neznamená, že by měl zadavatel obdržet neporovnatelné nabídky; je pouze na dodavateli, jaké řešení zvolí, přičemž je logické, že zvolí takové řešení, které mu umožní nabídnout konkurenceschopnou, resp. nejlepší cenu; je tedy pouze na obchodní strategii dodavatele, jakým způsobem plnění předmětu veřejné zakázky zajistí (např. přeprava servisního balíčku, uzavření partnerství s dodavatelem SW produktu). Případná neporovnatelnost nabídek by nastala tehdy, pokud by dodavatelé nevěděli, co mají ocenit, resp. jaké položky vstupují do jejich nabídkové ceny; v případě, že existuje více možných řešení, jak splnit požadavek zadavatele, nelze tvrdit, že zadavatel obdrží neporovnatelné nabídky, neboť dodavatelé v takovém případě pouze mají na výběr zvolit takové řešení, které je pro jejich cenotvorbu nejvýhodnější, vědí však, že takový požadavek musí být naceněn a pouze se pak rozhodují o tom, jakým způsobem tak učiní, aby mohli nabídnout tu nejlepší cenu.
120. Za další problematický bod navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy: „Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla Uživatelé.“, přičemž se domnívá, že uvedená podmínka je v podstatě s odkazem na ustanovení § 2360 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (upravující problematiku výhradních a nevýhradních licencí) nesplnitelná, neboť je názoru, že dodavatel, který může mít k úpravě softwarových produktů pouze nevýhradní licenci, poskytne zadavateli na uvedenou úpravu licenci výhradní. Uvedená podmínka vytváří, podle názoru navrhovatele, nejasnost o stavu licencování produktů a vnáší do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti. Navrhovatel je rovněž toho názoru, že současně ve spojitosti s obsahem všeobecných licenčních podmínek EULA k produktům společnosti Tesco SW a. s. nepovažuje za reálné provádění úprav technologií (ve vztahu ke službě change services). Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv zadavatel požaduje v rámci prověřovaného zadávacího řízení na

veřejnou zakázku zajištění technické podpory k produktům několika výrobců, z podrobného rozpisu typu a rozsahu požadovaných služeb vyplývá, že služby change services [čl. III odst. 2, písm. ci) návrhu smlouvy] zadavatel požaduje pouze u produktů výrobce Tesco SW a.s. Úřad doplňuje, že citovaný článek smlouvy se vztahuje pouze k úpravám SW realizovaným na míru, na základě požadavků zadavatele, jedná se tak o požadavek na výhradní licenci ve vztahu k „nově vytvořené nástavbě“ původního produktu, nikoliv požadavek na výhradní licenci k SW prvku jako celku. Úřad dodává, že výraznou roli hraje to, jakým způsobem jsou nastaveny podmínky (licenční) od původního poskytovatele základní SW komponenty. V případě, že licenční podmínky příslušného výrobce (poskytovatele) úpravy připouští, není předmětný požadavek na provádění úprav technologií nesplnitelný, což platí právě i ve vztahu k předmětné veřejné zakázce. Uvedené pak vyplývá např. z odpovědi společnosti Tesco SW a.s. ze dne 15. 8. 2017, kde tato uvádí, že „*umožňuje realizaci individuálních úprav (...) Tato výhradní licence na individuálně provedené úpravy (zákaznický Add-on) může být poskytována prostřednictvím třetích stran, tj. poskytovatelů technické podpory.*“. Právě zajištění této možnosti bylo v kompetenci dodavatelů při zpracovávání nabídky a možnosti následného plnění veřejné zakázky a nelze v tomto ohledu shledávat nejasnost ve vymezení této zadávací podmínky.

121. V souvislosti s uvedenou argumentací navrhovatele Úřad v rámci šetření provedeného v průběhu správního řízení oslovil zadavatele a společnost Tesco SW a.s., a to za účelem objasnění, zda výše rozporovanou zadávací podmínku mohou splnit subjekty, které nejsou přímo výrobcem příslušných technologií, tzn. zda a za jakých okolností by bylo možné, aby případný dodavatel poskytoval službu change services v rámci plnění veřejné zakázky u specifikovaných produktů společnosti Tesco SW a.s. a udělil k této úpravě zadavateli výhradní licenci. Z provedeného šetření vyplývá, že smluvní podmínka uvedená v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy je splnitelná nejen samotným výrobcem, ale rovněž třetími subjekty, a to při zajištění smluvního vztahu se společností Tesco SW a.s., na základě něhož může příslušná třetí strana realizovat potřebné úpravy technologie sama nebo může zakoupit a přeprodat servisní balíček výrobce Tesco SW a.s., který rovněž ve svém vyjádření potvrdil, že i výhradní licence na takto individuálně provedené úpravy může být poskytována prostřednictvím třetích stran (tzn. jiných subjektů než je samotný výrobce technologie). Pro úplnost Úřad doplňuje, že by mohlo být poukázáno i na vyjádření společnosti IBM Česká republika s.r.o. ze dne 11. 7. 2017, které zadavatel předložil v reakci na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0264/2017/VZ-22265/2017/533/HKu ze dne 2. 8. 2017, podle něhož je rovněž u produktů této společnosti možné poskytovat výhradní licence prostřednictvím třetích stran. Uvedená skutečnost pouze potvrzuje, že takový postup při poskytování technické podpory není neobvyklý. Předmětné vyjádření společnosti IBM Česká republika s.r.o. tak pouze potvrzuje Úřadem zjištěný stav věci.
122. Vzhledem k výše uvedenému, stejně tak výsledkům šetření Úřadu lze tedy konstatovat, že navrhovatelem rozporovaná podmínka uvedená v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy je realizovatelná nejen výrobcem technologie, ale rovněž třetími osobami, které uzavřou se společností Tesco SW a.s. příslušný dodavatelsko-odběratelský vztah, a z těchto důvodů Úřad neshledal v postupu zadavatele v souvislosti se stanovením této zadávací podmínky rozpor se zákonem, resp. rozpor se zásadou transparentnosti. Je přitom zcela nerozhodné, že z podkladů založených ve spisu tohoto správního řízení dle navrhovatele neplyne, zdali, kdy a jakým způsobem byla upravena služba change services mezi společností Tesco SW a.s. a

účastníky zadávacího řízení, či zda vůbec došlo k předání technické specifikace pro realizaci úprav produktů bez participace Tesco SW a.s., neboť toto je zřejmé až z podaných nabídek a tato skutečnost tedy ani není předmětem správního řízení. V rámci posouzení nastavených zadávacích podmínek je zcela nadbytečné zkoumat, jakým způsobem si účastníci práva týkající se služby change services zajistili v podané nabídce; zásadní v šetřeném případě je skutečnost, že možnost zajistit si práva ke službě change services existovala, resp. že společnost Tesco SW a.s. umožňuje taková oprávnění nabyt.

123. K upozornění navrhovatele, že zadavatel neuvedl v zadávacích podmínkách odkaz na obchodní a smluvní podmínky společnosti Tesco SW a.s., Úřad uvádí, že v rámci nabídky požadoval zadavatel doložit rovněž obchodní podmínky výrobců vztahující se k technické podpoře dle předmětu plnění (příloha č. 4 návrhu smlouvy). Je tedy zřejmé, že v rámci komunikace dodavatelů/uchazečů s příslušnými výrobci technologií, která byla pro kompletaci nabídky nezbytná (viz výše), měli příslušní uchazeči možnost získat tyto obchodní podmínky (pokud si je nezajistili samostatně z veřejně dostupných zdrojů). Z tohoto důvodu se uvedená námitka navrhovatele nejeví jako případná. K pochybnostem navrhovatele týkajícím se vypořádání námitek zadavatelem v souvislosti s požadavkem zadavatele na výhradní licence, když vybraný účastník není výrobcem produktu, tj. pochybnost o souladnosti tohoto požadavku s jiným zákonem, Úřad uvádí, že v části námitek týkajících se uvedené problematiky navrhovatel odkazoval na ustanovení § 2360 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v němž je upravena problematika výhradních a nevýhradních licencí. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ve své argumentaci odkázal na obchodní a smluvní podmínky Tesco SW a.s., které uvedenou problematiku v daném případě řeší. Ačkoliv Úřad připouští, že zadavatel v uvedené části rozhodnutí o námitkách mohl uvést více informací ohledně možného smluvního vztahu mezi výrobcem Tesco SW a.s. a případným dodavatelem/účastníkem za účelem zajištění poskytování výhradní licence třetí osobou, tak zadavatelem odkazované odpovídá tomu, jakým způsobem si dodavatel tuto možnost je schopen zajistit, kdy z ustanovení písm. G odstavce viii. všeobecných licenčních podmínek společnosti Tesco SW a.s. vyplývá, že odchýlná ustanovení smlouvy mají přednost před těmito licenčními podmínkami a tedy dodavatel je schopen splnit požadavek stanovený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy. Úřad pro úplnost v rámci vedeného správního řízení ověřil, že může docházet ke změnám zakoupeného produktu, ke kterému bude následně dodavatel schopen poskytnout výhradní licenci. Stejně tak zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že daný požadavek nemůže nikoho diskriminovat, neboť žádná osoba nemá výhodnější postavení než jiný dodavatel, čímž zadavatel deklaroval, že je na dodavatelích, aby si byli schopni zajistit možnost následných úprav u SW produktů. Stejně tak dle názoru Úřadu se jedná o jednoznačně a plně srozumitelnou podmínku. Současně Úřad nad rámec doplňuje, že způsob, jakým se zadavatel vypořádal s uvedenou námitkou, nepovažuje za porušení § 245 odst. 1 zákona a neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle ust. § 263 odst. 5 zákona, podle něhož by byl Úřad povinen postupovat v případě, kdy by posoudil odůvodnění rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné, nesrozumitelné či nedostatečně odůvodněné. Takto Úřad rozhodl v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0123/2017 (viz odstavce 4 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

*K ostatním namítaným skutečnostem*

124. Co se týče ostatních nejasností, na něž navrhovatel upozorňuje, Úřad uvádí následující. Ohledně pochybnosti navrhovatele týkající se zveřejněných dokumentů „*příloha č. 1 zadávací dokumentace po 1. změně*“ a „*Zadávací dokumentace po 1. změně*“ dne 20. 2. 2017, kdy navrhovatel není jasně, jakým způsobem byla zadávací dokumentace změněna a zda tedy neimplikuje nutnost prodloužení lhůty pro podání nabídek, Úřad ověřil, že na profilu zadavatele je ode dne 20. 2. 2017 uveřejněn dokument s názvem „*první změna zadávací dokumentace*“, jehož obsahem je vysvětlení, že uvedenou změnou došlo k opravě sériových čísel (konkrétně došlo k záměně znaku „O“ za znak „0“) u produktů společnosti CISCO. V návaznosti na uvedené skutečnosti tedy lze konstatovat, že souběžně se změnou zadávací dokumentace zadavatel na svém profilu uveřejnil rovněž dokument, z něhož jednoznačně vyplývá, o jakou změnu v zadávací dokumentaci se jedná, tzn. jedná se o opravu písařské chyby, tedy vysvětlení zadávací dokumentace ve smyslu ustanovení § 98 odst. 1 zákona, které zadavatel poskytl dne 20. 2. 2017. Nejedná se tak o změnu zadávacích podmínek, která by v sobě implikovala nutnost prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 99 odst. 2 zákona.
125. K námitce navrhovatele, podle níž není ze zadávací dokumentace zřejmá výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky ani způsob jejího stanovení, Úřad uvádí, že zákon v žádném ustanovení nenařizuje zadavateli, aby předpokládaná hodnota byla povinně uvedena v zadávací dokumentaci; její stanovení před samotným zahájením zadávacího řízení slouží především zadavateli k tomu, aby mohl zvolit odpovídající režim veřejné zakázky a tomu uzpůsobil způsob jejího zadávání. Zároveň je však zadavatel oprávněn stanovit maximální možnou akceptovatelnou výši nabídkové ceny jako cenu nepřekročitelnou, přičemž překročení takto stanovené nabídkové ceny je potom důvodem pro vyloučení účastníka pro nesplnění zadávacích podmínek. Je nutné upozornit na to, že při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky musí brát zadavatel v úvahu obdobné nebo související plánované dodávky a je povinen přihlídnout k místní, časové a věcné, popř. funkční souvislosti jednotlivých plnění, neboť ze strany zadavatele nesmí dojít k obcházení zákona, tedy k záměrnému dělení veřejné zakázky za účelem jejího postupného zadávání méně formálnějšími postupy či za účelem vyhnutí se postupu podle zákona. Úřad doplňuje, že postup při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a rovněž přesnou specifikaci skutečností, na které musí zadavatel při jejím stanovení brát zřetel, upravuje zákon v § 16. V prověřovaném případě zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zadává v nadlimitním režimu, kdy pro zadání veřejné zakázky zvolil nejvíce otevřené zadávací řízení umožňující širokou soutěž dodavatelů. Vzhledem k této skutečnosti proto Úřad nepovažuje za nezbytné v tomto konkrétním případě ověřovat způsob stanovení předpokládané hodnoty, neboť zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zadává v nadlimitním režimu, tedy v tom nejvíce formalizovaném. Ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky se vyjádřil rovněž Krajský soud v rozsudku sp. zn. 30 Af 65/2013 ze dne 15. 10. 2015, v němž uvedl: *„Předpokládaná hodnota sice není povinnou náležitostí zadávací dokumentace, avšak s ohledem na přehlednost a určitost zadávacího řízení, je vhodné, aby předpokládaná hodnota veřejné zakázky v zadávací dokumentaci uvedena byla (...) Předpokládanou hodnotu je zadavatel povinen určit na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného charakteru. Pokud není tato informace k dispozici, stanoví se předpokládaná hodnota na základě průzkumu trhu a v případě, že ani tento způsob neumožňuje předpokládanou*



*hodnotu stanovit, je zadavatel povinen stanovit předpokládanou hodnotu jiným vhodným způsobem.“. Pokud tedy zadavatel nepřistoupil ke zveřejnění předpokládané hodnoty v zadávací dokumentaci, nelze tento jeho postup kvalifikovat jako porušení zákona, neboť taková povinnost ze zákona nevyplývá. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0033,R0034/2017/VZ-15135/2017/323/ZSř ze dne 17. 5. 2017, v němž je uvedeno: „K posouzení zákonnosti postupu zadavatele ve vztahu k podkladům rozhodnutí, ze kterých může Úřad vycházet při přezkumu stanovení předpokládaného příjmu koncesionáře zadavatelem, je třeba rozlišit stav před a po podání nabídek. Zatímco před podáním nabídek může Úřad vycházet toliko z odhadů a průzkumů zadavatele, případně z jiných, avšak opět jen přibližných průzkumů, které si pro správní řízení opatří z moci úřední, neboť v tomto okamžiku nejsou dosud podány nabídky a reálnou hodnotu příjmu koncesionáře budou odrážet právě až podané nabídky, naopak po podání nabídek již Úřad nemůže postup zadavatele posoudit bez jejich zohlednění.“. Je tedy zřejmé, že Úřad je v souvislosti s postupem zadavatele při stanovení předpokládané hodnoty povinen při přezkumu zohlednit i informace vyplývající z nabídek (pokud již byly v průběhu vedeného správního řízení podány). Z protokolu o otevírání obálek ze dne 6. 3. 2017 vyplývá, že v předmětném zadávacím řízení zadavatel obdržel 2 nabídky s nabídkovými cenami 99 855 225,80 Kč vč. DPH a 99 474 100 Kč vč. DPH. Vzhledem k výši uvedených nabídkových cen lze konstatovat, že úvaha zadavatele ohledně předpokládané hodnoty, potažmo maximální nabídkové ceny, kterou zadavatel stanovil v bodu 9. zadávací dokumentace ve výši 100 000 000 Kč včetně DPH, odpovídá výši nabídkových cen. Z uvedených důvodů tedy Úřadu nevyvstaly pochybnosti o řádnosti postupu zadavatele při stanovení předpokládané hodnoty v rámci předmětné veřejné zakázky.*

126. K upozornění navrhovatele, že není zřejmé, kdo je stávajícím dodavatelem technické podpory k produktům uvedeným v zadávací dokumentaci na předmětnou veřejnou zakázku, Úřad v návaznosti na výše uvedené závěry uvádí, že vzhledem k jasnému stanovení typu, rozsahu a potřeby délky poskytované podpory a rovněž s ohledem na skutečnost, že při přípravě nabídky musí dodavatelé v každém případě komunikovat s výrobcí technologií, k nimž je technická podpora požadována, není uvedení informace o stávajícím dodavateli technické podpory nezbytné. Podle vyjádření zadavatele je v současné době technická podpora poskytována výrobcí technologií, je tedy zřejmé, že každý dodavatel, který by se ucházel o předmětnou veřejnou zakázku, by tedy byl nucen jednat s těmito stávajícími dodavateli/výrobcí. Úřad se v tomto ohledu ztotožňuje s argumentací zadavatele, že dodavatelé potřebují informace související s poptávaným plněním, tedy co mají dodávat a jaké požadavky na dodávané plnění (poptávanou technickou podporu) zadavatel klade; výslovné uvedení či neuvedení stávajícího poskytovatele služeb tak dle názoru Úřadu není v tomto případě obligatorní náležitostí zadávacích podmínek, a taková skutečnost tedy nemůže způsobit jejich netransparentnost. Pro úplnost Úřad dodává, že ve smluvních podmínkách (v čl. III. odst. 7 návrhu smlouvy) je uvedena podmínka, podle níž se zadavatel zavazuje ke splnění smluvních závazků poskytnout dodavateli potřebnou součinnost spočívající v zajištění možnosti komunikace s provozovatelem NEN a ve zpřístupnění provozního prostředí. S ohledem na tuto skutečnost a současně s ohledem na přesně stanovený začátek a délku poskytování technické podpory (395 dní od nabytí účinnosti smlouvy dle čl. IV odst. 1 návrhu smlouvy) lze předpokládat bezproblémovou návaznost poskytování služeb technické podpory dle požadavků zadavatele.

127. K pochybnostem navrhovatele ohledně důvodu, na základě něhož zadavatel nerozdělil veřejnou zakázku na části, Úřad uvádí, že s ohledem na povinnost stanovenou v § 217 odst. 2 písm. m) zákona a současně s ohledem na vyjádření zadavatele, podle něhož bude podle výše citovaného ustanovení zákona postupovat a důvod nerozdělení veřejné zakázky na části uvede v písemné zprávě, nelze uvedený postup zadavatele v současné době považovat za nezákonný. Žádné ustanovení zákona nestanovuje zadavateli povinnost, aby v zadávací dokumentaci uváděl informaci, proč není konkrétní veřejná zakázka rozdělena na části. Ostatně ani sám navrhovatel neuvádí takové důvody, proč by např. povaha předmětu šetřené veřejné zakázky měla implikovat její rozdělení na části.
128. K otázce nejasnosti ohledně osob, které se podílely na vypracování zadávací dokumentace, z jakého důvodu nebyl jejich výčet dle § 36 odst. 4 zákona uveden v zadávací dokumentaci a zda zadavatel realizoval před zahájením zadávacího řízení předběžné tržní konzultace ve smyslu § 33 zákona, Úřad uvádí, že z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, že by se na tvorbě zadávací dokumentace podílely jiné osoby než samotný zadavatel. Uvedenou skutečnost potvrzuje i fakt, že je v zadávacích podmínkách do určité míry odkazováno na jednání s dodavateli/výrobci SW technologií a rovněž zadavatel tuto skutečnost potvrdil ve svém vyjádření. Úřadu tak ani nevystaly pochybnosti o tom, že by zadavatel v tomto ohledu porušil zákon. Vzhledem k tomu, že ani sám navrhovatel neuvádí žádné bližší relevantní skutečnosti, které by svědčily o opaku, nezbyvá Úřadu než k této namítané skutečnosti konstatovat, že zadavatel se nedopustil porušení § 36 odst. 4 zákona.
129. K doplnění návrhu navrhovatele ze dne 19. 7. 2017 Úřad uvádí následující.
130. Podle § 251 odst. 4 zákona přihlédne Úřad k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, což musí navrhovatel prokázat.
131. V souladu s § 251 odst. 5 zákona mohou účastníci řízení navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 kalendářních dnů ode dne doručení tohoto oznámení, a to s výjimkou navrhovatele, na něhož se vztahuje omezení podle § 251 odst. 4 zákona. K později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad přihlédne v případech, kdy jimi má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Uvedené je vyjádřením zásady koncentrace řízení.
132. Z výše uvedených ustanovení zákona vyplývá, že všechny skutečnosti, které navrhovatel nepovažuje za souladné se zákonem, musí být nejprve obsaženy v námitkách a tytéž následně v návrhu podaném za účelem přezkumu postupu zadavatele Úřadem. Jedinou výjimku představují skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli (v námitkách) a tedy jedině k takovým skutečnostem, které jsou obsaženy v návrhu (avšak nebyly tvrzeny v námitkách) Úřad při přezkumu přihlíží. Úřad upozorňuje, že navrhovatel je povinen prokázat, že argumenty uvedené pouze v návrhu (s absencí uvedení v námitkách) nemohl vůči zadavateli uplatnit.
133. V podání ze dne 19. 7. 2017, které Úřad obdržel od navrhovatele téhož dne a které bylo označeno jako doplnění návrhu (dále jen „doplnění návrhu“), navrhovatel upozornil na skutečnost, že technologie společnosti Microsoft (tzv. Silverlight), kterou IS NEN využívá, již nebude dále rozvíjena, neboť ze strany společnosti Microsoft bylo ohlášeno ukončení

technické podpory. Navrhovatel uvedl, že uvedenou skutečnost se dozvěděl až v době po podání návrhu z veřejně dostupných zdrojů. Navrhovatel v předmětném vyjádření dále upozorňuje, že přizpůsobení IS NEN do funkční podoby, která by neznamenal závislost na komponentě Microsoft Silverlight již bylo předmětem veřejné zakázky s názvem „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN – jednacím řízení s uveřejněním dle § 22 odst. 2“, kde Úřad shledal pochybení v postupu zadavatele. V souvislosti s uvedenou technologií Silverlight navrhovatel upozorňuje na předmět nyní prověřované veřejné zakázky a domnívá se, že to, co je v rámci prověřované veřejné zakázky nazýváno technickou podporou SW komponent (TSC NEN Framework, TSC NEN Silverlight, TSC NEN LightWeb, apod.), je de facto plnění, které zahrnuje i vlastní úpravu IS NEN, v jejímž důsledku by došlo ke ztrátě závislosti na technologii Microsoft Silverlight. S ohledem na tuto skutečnost je navrhovatel přesvědčen, že postup zadávání nyní prověřované veřejné zakázky je nutno chápat rovněž jako rozporný se zákonem a dodává, že uvedená skutečnost pouze stvrzuje fakt, že zadavatel se není schopen dlouhodobě vymanit ze závislosti na společnosti Tesco SW a. s. při zajištění úprav IS NEN.

134. Ačkoliv navrhovatel uvádí, že se výše uvedená fakta dozvěděl až po podání návrhu, nelze takovému tvrzení přisvědčit, neboť ze zadávací dokumentace na prověřovanou veřejnou zakázku vyplývá, že zadavatel požaduje zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN, a to k produktům následujících výrobců: IBM, Symantec, Tesco SW a. s. a Oracle. Již na základě těchto skutečností je zřejmé, že s podporou technologie Microsoft se již nepočítá, neboť není požadována ani v rámci zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017. Od tohoto data byla rovněž veřejně dostupná příslušná zadávací dokumentace. Pokud tedy až dne 19. 7. 2017 navrhovatel dovodil, že v rámci předmětné veřejné zakázky se snaží zadavatel nahradit podporu technologie Microsoft Silverlight jiným způsobem a shledal tento postup za nezákonný, nelze tuto skutečnost považovat za takovou, kterou by nebylo v rámci řádně podaných námitek uplatnit již vůči zadavateli od 2. 2. 2017, kdy byla zveřejněna zadávací dokumentace. Na uvedeném závěru nic nemění ani fakt, že až dne 10. 7. 2017 byla v dopisu předsedy vlády České republiky, č. j. 17303/2017-OAI, adresovaném panu poslanci PhDr. Ing. Mgr. et Mgr. Jiřímu Valentovi, uvedena informace, že technologie společnosti Microsoft (tzv. Silverlight), kterou IS NEN využívá, již nebude dále rozvíjena.
135. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že v souvislosti s obsahem podání ze dne 19. 7. 2017 navrhovatel nedostal podmínek naplňujících ustanovení § 251 odst. 4 zákona, když neprokázal, že skutečnosti, které uvedl v doplnění návrhu, nemohl uplatnit již v námitkách, potažmo koncentrovat tuto skutečnost již v podaném návrhu dne 30. 6. 2017. Z uvedeného důvodu Úřad ke skutečnostem uvedeným v doplnění návrhu při posuzování předmětného případu nepřihlížel. Pro úplnost však Úřad dodává, že i v tomto směru se argumentace navrhovatele stáčí ke zvýhodnění a závislosti na společnosti Tesco SW a.s., k čemuž se Úřad vyjádřil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Stejně tak Úřad nepřehlédl, že předmětem servisní podpory je SW produkt TSC NEN SilverLight, u něhož budou prováděny i change services, nicméně právě uvedené ničeho nemění na již vysloveném závěru.

136. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
137. S ohledem na všechny shora popsané skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích návrhu namítaných skutečností porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### **Obdrží**

Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1  
Tender systems s.r.o., náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6

### **Vypraveno dne**

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