



UOHSX00B04B8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0002/2018/VZ-06048/2018/511/ŠNo

Brno: 27. února 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, ve správním řízení zahájeném dne 2. 1. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha,
- navrhovatel – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Zajištění informačního systému Aplikační podpora auditního orgánu (IS APAO) a poskytování podpory provozu a rozvoje“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-014715 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 27. 7. 2017, 7. 8. 2017, 28. 8. 2017, 20. 11. 2017, 30. 11. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 107-215139 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 28. 7. 2017, 5. 8. 2017, 29. 8. 2017, 18. 11. 2017, 30. 11. 2017,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc – ze dne 2. 1. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká

republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zajištění informačního systému Aplikační podpora auditního orgánu (IS APAO) a poskytování podpory provozu a rozvoje“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-014715 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 27. 7. 2017, 7. 8. 2017, 28. 8. 2017, 20. 11. 2017, 30. 11. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 6. 2017 pod ev.č. 2017/S 107-215139 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 28. 7. 2017, 5. 8. 2017, 29. 8. 2017, 18. 11. 2017, 30. 11. 2017, **se v části, v níž navrhovatel namítá neurčitost zadávacích podmínek z důvodu nespecifikování parametrů hardwarové infrastruktury zadavatele, v níž má fungovat předmět veřejné zakázky**, podle ustanovení § 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.

II.

Návrh navrhovatele – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc – ze dne 2. 1. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zajištění informačního systému Aplikační podpora auditního orgánu (IS APAO) a poskytování podpory provozu a rozvoje“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-014715 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 27. 7. 2017, 7. 8. 2017, 28. 8. 2017, 20. 11. 2017, 30. 11. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 6. 2017 pod ev.č. 2017/S 107-215139 ve znění oprav uveřejněných dne 30. 6. 2017, 7. 7. 2017, 28. 7. 2017, 5. 8. 2017, 29. 8. 2017, 18. 11. 2017, 30. 11. 2017, **se v části, v níž navrhovatel namítá diskriminační povahu ustanovení čl. 12.6 ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy**, který je přílohou zadávací dokumentace, podle ustanovení § 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.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, dne 2. 6. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění informačního systému Aplikační podpora auditního orgánu (IS APAO) a poskytování podpory provozu a rozvoje“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu II.1.3) „Druh zakázky“ oznámení o zakázce je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na služby, přičemž z bodu II.1.4) „Stručný popis“ oznámení o zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je *„zajištění vytvoření a komplexní zprovoznění IS APAO, převod majetkových práv k IS APAO a poskytování podpory provozu a rozvoje IS APAO“*.

3. Podle bodu II.2.5) „Hodnotící kritéria“ oznámení o zakázce je jediným hodnotícím kritériem cena.
4. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 7. 12. 2017 vyplývá, že ve stanovené lhůtě podali nabídku tři uchazeči.
5. Dne 6. 12. 2017 podal dodavatel TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „navrhovatel“) zadavateli námitky ze dne 5. 12. 2017 (dále jen „námitky“), které směřovaly proti zadávacím podmínkám. Zadavatel po přezkoumání těmito námitkám nevyhověl, jak vyplývá z jeho rozhodnutí ze dne 21. 12. 2017 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).
6. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 2. 1. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

7. Úvodem návrhu navrhovatel uvádí, že mu v důsledku nezákonného postupu zadavatele při stanovení zadávacích podmínek a při poskytnutí „vysvětlení dokumentace k veřejné zakázce“ vznikla újma spočívající v zamezení možnosti účasti v zadávacím řízení a veřejnou zakázku realizovat, a proto podává v souladu s ustanovením § 249 zákona návrh, neboť se domnívá, že zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek a při poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace k veřejné zakázce v rozporu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 6 zákona, přičemž tento nezákonný postup zadavatele podle navrhovatele popřel smysl a účel zákona o zadávání veřejných zakázek a poškodil hospodářskou soutěž.
8. Pochybení zadavatele navrhovatel spatřuje v první řadě v tom, že zadavatel postupoval k jednotlivým žádostem o vysvětlení zadávací dokumentace podaných od potenciálních účastníků zadávacího řízení rozdílně, čímž podle navrhovatele porušil zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Jak navrhovatel uvedl, podal žádost o vysvětlení zadávací dokumentace po uplynutí lhůty k podání žádosti a zadavatel na tuto po lhůtě podanou žádost neodpověděl. Tento postup zadavatele navrhovatel nepovažuje za rozporný se zákonem. V rozhodnutí o námitkách však dle navrhovatele zadavatel konstatoval, že *„V průběhu tohoto řízení Zadavatel několikrát prokázal, že je ochotný reagovat i na dotazy položené po zákonné lhůtě. Navrhovatel v zadávacím řízení mohl Zadavateli libovolně pokládat dotazy po řadu měsíců. Zasláný dotaz na uveřejněné vysvětlení, jak Zadavatel uvedl výše, nereagoval - jednalo se o opakování již položeného a Zadavatelem zodpovězeného dotazu“*. Z uvedeného je dle navrhovatele zřejmé, že zadavatel postupoval rozdílně k jednotlivým žádostem o vysvětlení zadávací dokumentace, tj. k jednotlivým účastníkům zadávacího řízení, čímž dle navrhovatele porušil základní zásady zákona. Pokud se zadavatel rozhodne pro poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace i po uplynutí lhůty pro podání žádosti, je dle navrhovatele povinen poskytovat vysvětlení zadávací dokumentace i v dalších po lhůtě podaných žádostech.
9. Další porušení zákona navrhovatel shledává v rozporné a nejasné zadávací dokumentaci. Jak navrhovatel uvedl ve svém návrhu, zadavatel v zadávací dokumentaci požaduje, aby nabízené řešení bylo možné provozovat v *„Národním datovém centru (Dále jen NDC SPCSS)*

viz bod 3.1.2.1. Přílohy č. 3 ZD – Základní požadavky na funkcionalitu“. V témže odstavci je dle navrhovatele uvedeno, že poskytovatel má odpovědnost za vrstvy 1 a 2 (služby veřejné správy, služby informační společnosti), zatímco odpovědností „SPCSS“ bude dodávka, implementace, integrace a provoz platform a infrastruktury na vrstvách 3 a 4 (služby platform IT a služby komunikační infrastruktury). Podle navrhovatele „zadavatel v čl. 12.9 Přílohy č. 1 – Závazný návrh smlouvy požaduje, aby jím dodaný předmět plnění byl prostý právních vad a zavazuje se odškodnit v plné výši Objednatele v případě, že třetí osoba úspěšně uplatní autorskoprávní nebo jiný nárok plynoucí z právní vady poskytnutého Předmětu plnění nebo jeho části“. Dále navrhovatel uvedl, že „Zadavatel v bodě 3.1.6. Přílohy č. 3 ZD – Základní požadavky na funkcionalitu požadoval, aby Poskytovatel (tedy Navrhovatel) uvedl požadavky na výpočetní výkon a diskové prostory v tabulkové formě s využitím stavebních bloků SPCSS. Poskytovatel vyplní tabulku na úrovni virtuálních serverů (pokud používá virtualizaci), a to pro každé prostředí zvlášť (produkční, testovací, referenční prostředí).“ Dále je v návrhu uvedena následující tabulka:

Formát tabulky parametrů výkonu pro jedno prostředí

Určení serveru	Počet	Virtuální (ano/ne)	v CPU	v RAM	Velikost GB data	Typ uložení podle stavebních bloků SPCSS	Komentář

Zadavatel podle navrhovatele v příloze č. 9 Smlouvy – Licence v tabulce C, D a E požadoval, aby součástí nabízené ceny byly i náklady na systémový SW (např. pro OS nebo pro databáze).

10. K výše uvedenému navrhovatel uvedl, že politika systémového SW (např. Microsoft, Oracle) se vztahuje nikoliv na virtuální prostředí, ale na fyzické prostředí, na kterém je virtuální prostředí hostované. Podle navrhovatele však zadávací dokumentace neobsahuje a specifikaci fyzického prostředí NDC SPCSS (Národní datové centrum Státní pokladny Centrum sdílených služeb – pozn. Úřadu, dále jen „NDC SPCSS“), ze které by navrhovatel mohl vycházet při stanovení výsledné kalkulace a zároveň nebyl v rozporu s „čl. 12.9. Přílohy č. 1 – Závazný návrh Smlouvy“. Jak navrhovatel uvedl, za problém nepovažuje stanovení parametrů pro technickou architekturu jím nabízeného řešení včetně uvedení produktového zajištění, ale problém dle navrhovatele spočívá ve zvolení správného licenčního modelu pro příslušné produkty, který závisí na parametrech fyzické infrastruktury, kterou navrhovatel ani nedodává (není předmětem smlouvy), ani k ní nemá žádné informace.
11. Navrhovatel dále uvádí, proč nesouhlasí se zadavatelem ohledně posouzení a vypořádání otázky týkající se vztahu licencí a použitého hardware. Konkrétně navrhovatel konstatoval, že jednou z dílčích částí předmětu plnění veřejné zakázky je zpracování detailní analýzy vymezené v příloze č. 2 závazného návrhu smlouvy, kde je kromě jiného uveden požadavek na vypracování a navržení vhodné konfigurace hardware, který umožní pokud možno bezproblémový provoz navrženého software. Podle navrhovatele je zadavatel přesvědčen o tom, že není třeba žádným způsobem stanovit podmínky realizace této části předmětu veřejné zakázky (vypracování a navržení vhodné konfigurace hardware – pozn. Úřadu). Zadavatel tak dle navrhovatele zcela rezignuje na jakékoliv vymezení hardwarové části plnění veřejné zakázky a nechává tak zcela na účastnících řízení, co v dané části předložené nabídky specifikují.

12. K argumentaci zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách, ve které zadavatel odkazuje na ustanovení § 89 odst. 1 písm. a) zákona, navrhovatel uvedl, že účel a smysl tohoto ustanovení je dle komentářové literatury (PODEŠVA, Vilém. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Komentáře Wolters Kluwer. ISBN 978-80-7552-102-6, § 89) následující: *„Ačkoliv zákon o zadávání veřejných zakázek tuto podmínku výslovně již neupravuje, v souladu se zadávacími směrnici musí být parametry vyjadřující požadavky podle písmene a) vždy dostatečně přesné a určité. Způsob formulace a stanovení technických podmínek podle písmene a) totiž klade na zadavatele vyšší nároky z hlediska přesného vymezení svých požadavků a charakteristik. Konkrétnost požadavků a charakteristik zadavatele týkající se výkonu nebo funkce požadovaného plnění musí být přesná a zřejmá do takové míry, aby dodavatelům umožnila identifikovat jednoznačně potřeby zadavatele z hlediska předmětu veřejné zakázky a aby tito dodavatelé mohli podat zadavateli porovnatelné nabídky. Zadavateli pak přesné vymezení umožňuje zadat ve svém důsledku předmětnou veřejnou zakázku.“* Navrhovatel k odkazu zadavatele v rozhodnutí o námitkách na článek věnující se použití pravidel „design & build dle žluté knihy FIDIC ve stavebnictví“ uvedl, že i z těchto pár argumentů lze dovodit povinnost zadavatele nadefinovat technické a kvalitativní parametry díla tak, aby potenciální účastník mohl nabídnout odpovídající řešení a stanovit cenu bez umělého navyšování z důvodu obavy o postoj zadavatele k jeho nabídnutému řešení a vystavování se riziku vyloučení. Z výše uvedeného tedy dle navrhovatele vyplývá, že je na zadavateli, aby vymezil přesně a zřejmě požadované plnění tak, aby mohlo dojít k řádnému procesu hodnocení nabídek. Toho však zadavatel dle navrhovatele v rámci zadávací dokumentace nedokázal dosáhnout.
13. Podle navrhovatele jsou tak účastníci z důvodu nedostatečné specifikace předmětu veřejné zakázky v oblasti technických podmínek plnění nuceni ocenit rizika vyšší částkou, než by v daném případě bylo nutné, což dle navrhovatele následně vede k diskuzi ohledně hospodárnosti takového jednání zadavatele. Dle navrhovatele totiž účelem zadávání veřejných zakázek má být zajištění efektivního naplňování potřeb zadavatelů prostřednictvím výběru dodavatele nabízejícího splnění takových potřeb pro zadavatele ekonomicky nejvýhodněji. Navrhovatel dále poukazuje na to, že zadavatel je při zadávání veřejných zakázek vázán řadou právních předpisů stanovujících mu povinnost řádného hospodaření. V první řadě jde o zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění pozdějších předpisů, kdy navrhovatel konkrétně odkazuje na § 45 odst. 2 tohoto zákona, a dále navrhovatel zmiňuje zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého je finanční kontrola orgánů veřejné správy vykonávána s cílem prověřovat, zda jsou při hospodaření s veřejnými prostředky dodržovány právní předpisy a zda je výkon veřejné správy hospodárný, efektivní a účelný.
14. V případě, kdy nejsou jasně a přesně specifikovány technické podmínky plnění a jediným hodnotícím kritériem je nabídková cena, účastník zadávacího řízení dle navrhovatele přistoupí k sestavení nabídky s využitím nejlevnějších na trhu dostupných řešení, čímž se dle navrhovatele může vystavit riziku vyloučení pro nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení nebo v případě, že by se stal vybraným dodavatelem, je vysoké riziko, že při plnění dojde k závěru, že dané levné řešení není dostačující s ohledem na chybějící specifikaci minimálních technických parametrů fyzické infrastruktury, a to nejen s ohledem na předmět

veřejné zakázky, ale i na již existující infrastrukturu zadavatele, což by dle navrhovatele nevyhnutelně vedlo buď k navýšení smluvní ceny nebo k vypsání nové veřejné zakázky. V opačném případě, kdy účastník zadávacího řízení při sestavení nabídky zvolí dražší variantu, tedy zvolí „předimenzované řešení“, vystavuje se dle navrhovatele opět riziku nevhodného řešení, protože „zjednodušeně řešeno zaplatí za něco, co nevyužije“.

15. Navrhovatel dále napadá stanovení hodnocení nabídek pouze na základě jediného kritéria, a to celkové nabídkové ceny, v níž je zahrnuta také cena za licence a maintenance, které se mohou dle navrhovatele značně lišit v jednotlivých letech plnění. Navrhovatel k tomu uvádí, že dodavatel může ocenit toto riziko navýšením ceny, což by dle navrhovatele vedlo k nevhodnosti ze strany zadavatele, nebo tento možný vývoj trhu dodavatel do nabídkové ceny nepromítne, což by mohlo dle navrhovatele vést k finanční likvidaci dodavatele.
16. Ke s tím souvisejícímu tvrzení zadavatele uvedeném v rozhodnutí o námitkách, že „Zadavatel se nemohl v zadávacích podmínkách zavázat k odběru licencí již z toho důvodu, že některé licence a maintenance bude moci v budoucnu pravděpodobně obstarat za nižší ceny než dodavatel“ navrhovatel uvedl, že ačkoliv zadavatel sám připouští, že k uhrazení těchto částek nemusí nikdy dojít, jsou tyto částky zahrnuty do nabídkové ceny jako dvě ze šesti složek, tzn., že ji podstatně ovlivní, což dle navrhovatele „může mít následně za důsledek vybrání dodavatele, jehož nabídková cena se skládá z vyšších cen za položky CIS, PC, CFP a CR a nižších za LIC a MAC“. Podle navrhovatele je tak účastník ve značné nejistotě, zda podstoupí riziko a provede ocenění licencí a maintenance nižší cenou s možným výhledem, že k tomuto plnění nemusí nikdy dojít, nebo bude chránit svou udržitelnost a ocení tyto položky i s přihlédnutím k možnému vývoji na trhu, tedy uvede vyšší cenu.
17. Navrhovatel dále uvedl, že dalším důsledkem nepřesně vymezeného předmětu plnění je nemožnost posoudit a hodnotit případné nabídky od účastníků. Takové nabídky nemohou být podle navrhovatele vzájemně porovnatelné a zadavatel tak nemůže objektivně dosáhnout zákonem stanoveného výběru dodavatele ve smyslu ustanovení § 122 zákona.
18. Navrhovatel vyjádřil také pochybnost, zda se v případě zadavatelova odmítání podrobně specifikovat technické podmínky fyzické infrastruktury nejedná o účelné chování zadavatele vedoucí ke zvýhodnění těch dodavatelů, kteří se již podíleli na vytvoření současné infrastruktury zadavatele. Dodavatel, který vytvářel některou ze součástí takové infrastruktury, může podle navrhovatele disponovat znalostmi, které mohou ovlivnit výběr fyzické infrastruktury pro předmět veřejné zakázky a naopak dodavatel, jenž takovými znalostmi nedisponuje, může navrhnout pro zadavatele nevhodující infrastrukturu, což by podle navrhovatele mohlo vést k vyloučení takového účastníka ze zadávacího řízení.
19. Podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách argumentuje velmi nepřiléhavým příkladem, když zde uvádí: „Pokud bude Ministerstvo financí poptávat vymalování provozní budovy, také nebude v zadávacích podmínkách závazně určovat, jaký je správný počet souběžně pracujících malířů a zda se má použít štětka či váleček. Logicky nechá dodavatele nacenit pouze výsledek, tj. vymalování určeného počtu metrů čtverečních ve stanoveném termínu“. Podle navrhovatele je tento modelový případ v jeho prospěch, neboť pokud by zadavatel stanovil takové zadávací podmínky, jistě by se dočkal žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, která by poptávala další informace týkající se stáří původní malby, počtu

předchozích maleb, druhu povrchu (sádkartonová omítka, vápenná hrubá omítka, hliněná omítka atp.). Vysoce pravděpodobným požadavkem by dle navrhovatele také byl požadavek na prohlídku místa plnění, aby sám potencionální účastník mohl vyhodnotit všechny tyto aspekt a přizpůsobit tomu svoji nabídku. Je tedy zřejmé, že by v takovém případě musel zadavatel doplnit zadávací podmínky o tyto nezbytné informace k plnění veřejné zakázky.

20. Navrhovatel k této části návrhu závěrem shrnuje, že bez znalosti základních minimálních parametrů předmětu veřejné zakázky (v tomto případě minimálních technických podmínek fyzické infrastruktury, v případě malířů fyzického podkladu malby) není možné jednoznačně určit potřebné parametry fyzické infrastruktury. Podle navrhovatele zadavatel tak v této části plnění veřejné zakázky *„rezignoval na umožnění hospodářské soutěže, ba naopak v části týkající se vymezení hardware zcela vyloučil jakoukoli hospodářskou soutěž mezi dodavateli. Hospodářská soutěž umožněná skrze zadávací řízení je totiž předpokladem pro zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků zadavatele. Zadavatel takto nastavenou zadávací dokumentací veřejnou soutěž vyloučil a tuto konkrétní část veřejné zakázky neučinil předmětem hospodářské soutěže“*.
21. Navrhovatel dále nesouhlasí s předpokladem č. 1 v rozhodnutí o námitkách na str. 3, ze kterého zadavatel dle navrhovatele vycházel při tvorbě zadávací dokumentace, a to, že *„potenciální dodavatel nemůže při tvorbě nového IS APAO pouze drobně upravit běžně dostupný software jiných výrobců (nejedná se o standardní ekonomické procesy jako u software pro vedení účetnictví, personální agendy zaměstnanců apod.). Zároveň dodavatel nemá reálnou ekonomickou příležitost zpeněžit vytvořený IS APAO u jiného zákazníka.“* Navrhovatel jako důvody svého nesouhlasu uvedl:
- *„Na trhu existuje celá řada aplikačních frameworku, které v sobě zahrnují celou řadu průřezových funkcionalit (workflow, práva, generování šablon, auditní záznamy, atd.), které by bylo možné využít pro realizaci IS APAO. Z důvodu ustanovení v bodě 12.6.a), které omezuje použití jen takového proprietárního SW renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený ke dni předložení Nabídky Objednateli na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat a který bude v době uzavření Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů, je použití jakéhokoliv proprietárního SW vyloučeno, protože každý SW je chráněn autorským právem a žádný z výrobců včetně třeba společnosti Microsoft a například jeho Framework MS.NET neumožňuje ostatním výrobcům/partnerům provádět jeho úpravy.*
 - *Každá evropská země, která je příjemcem evropských dotací, musí mít auditní orgán, který bude mít, když ne stejné, tak velmi podobné požadavky na funkcionalitu IS. Vedle toho existuje celá řada dalších organizací, které svou povahou provádí podobné procesy (např. NKÚ, Státní potravinářská inspekce, atd.). Z toho důvodu si Navrhovatel myslí, že ustanovení týkající se výhradnosti poskytnuté licence uvedené v čl. 12.3 je diskriminační, protože uměle omezuje trh potencionálních dodavatelů“*.
22. Podle navrhovatele má dále čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy diskriminační charakter, a to z důvodu nemožnosti využít proprietární

software pro IS APAO. Podle navrhovatele zadavatel k tomu v rozhodnutí o námitkách uvedl následující:

„Stěžovatel zde směřuje požadavky na použití proprietárního software v IS APAO a požadavky na softwarové produkty v rámci platformy podle čl. 1.4. Závazného návrhu smlouvy.

Výše Stěžovatelem tučně zvýrazněná podmínka (existence minimálně tři nezávislých a nepropojených subjektů oprávněných dílo upravovat) se na produkty uvedené v tabulkách C, D a E Přílohy č. 9 Závazného návrhu smlouvy (tj. na produkty spadající pod čl. 1.4 Závazného návrhu smlouvy) nevztahovala“.

23. Navrhovatel k tomu dodává, že nerozporuje skutečnost, že v rámci přílohy č. 9 Smlouvy jsou obsaženy *„Pokyny vyplnění tabulky C (Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy – Platforma), tabulky D (Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy - Databázový systém) a tabulky E (Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy - Další software)“*, kde je podle navrhovatele uvedeno následující: *„V tabulce C, D a E může být uveden pouze software renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený ke dni předložení Nabídky Objednateli na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty, a který bude v době uzavření Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Poskytovatel je povinen poskytnout Objednateli o této skutečnosti písemné prohlášení a na výzvu Objednatele tuto skutečnost prokázat. Alternativně lze v tabulkách C, D, E uvést open source software, jehož používání je veřejnosti umožněno zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit.“* Ustanovení čl. 12 závazného návrhu smlouvy podle navrhovatele nikde nezmiňuje samostatné softwarové produkty v rámci platformy podle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy. Příloha č. 9 závazného návrhu smlouvy podle navrhovatele hovoří o dalším softwaru nezbytném k fungování IS APAO. Dle navrhovatele z žádného ustanovení přílohy č. 9 včetně pokynů pro vyplnění tabulky C, tabulky D a tabulky E neplyne, že by se na další software nezbytný k fungování IS APAO nevztahovalo ustanovení čl. 12 závazného návrhu smlouvy. Navrhovatel k tomu dodává, že dokonce i název přílohy č. 9 *„Licence - Přehled využitého proprietárního a opensource software, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů“* nikde ve svém názvu nezmiňuje zvláštní kategorii – další software nezbytný k fungování IS APAO. Vzhledem k tomu není navrhovateli vůbec zřejmé, z kterého ustanovení zadávacích dokumentace vychází zadavatel při svém tvrzení, že na další software nezbytný k fungování IS APAO se nevztahuje ustanovení čl. 12 závazného návrhu smlouvy.
24. Další porušení základních pravidel zadávání veřejných zakázek spatřuje navrhovatel v tom, že zadavatel identifikoval subjekt, který se potenciálně uchází o veřejnou zakázku a podal nabídku, když zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl: *„Mezi Zadavatelem a Stěžovatelem nicméně není shoda na jednom velmi konkrétním aspektu, a to zda byl Stěžovatel schopný na základě poskytnutých informací podat nabídku, či nikoliv. Zadavatel je přesvědčen, že ano, což výše obsáhle vysvětloval, a objektivním důkazem správnosti takového Zadavatelova přesvědčení je skutečnost, že sesterská obchodní společnost Stěžovatele nabídku podala.“* a dále tvrzení: *„Zadavatel si v reakci na výše uvedené nemůže odpustit poznámku, že jiný*

podnikatelský subjekt ovládaný stejnou mateřskou společností jako Stěžovatel byl na základě totožných zadávacích podmínek schopný nabídku podat". Podle navrhovatele tak dochází k porušení zásady rovného zacházení ve smyslu § 6 zákona, neboť tím dává zadavatel jasně najevo, kdo je účastníkem zadávacího řízení jen vůči navrhovateli, kdežto účastník zadávacího řízení, který již podal nabídku, o této skutečnosti neví.

25. V závěru návrhu navrhovatel uvádí, že se „nemůže zdržet poznámky“ k tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, kde zadavatel v rámci důvodů pro odmítnutí námitek mj. uvedl, že „námitky obdržel až v době, kdy prodloužení lhůty pro podání nabídek nebylo z organizačních důvodů reálné (v řádech hodin před otevřením nabídek)“. Navrhovatel k tomu uvedl, že zadavatel opakovaně v rámci životního cyklu veřejné zakázky přistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek méně než 24 hodin před uplynutím lhůty pro podání nabídek a v návrhu dále uvádí konkrétní příklady. V tomto případě byla dle navrhovatele lhůta pro podání nabídek stanovena na 7. 12. 2017 do 10:00 a námitky byly doručeny zadavateli 6. 12. 2017 v 9:45:18. K doručení námitek tedy došlo více než 24 hodin před koncem lhůty pro podání nabídek, v pracovní den a v obvyklou pracovní dobu. Navrhovatel proto s přihlédnutím k předchozí praxi zadavatele v rámci této veřejné zakázky, kdy několikrát přistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídky méně než 24h před uplynutím lhůty pro podání nabídek, považuje za nezbytné zmínit, že se výše uvedené tvrzení zadavatele nezakládá na pravdě.
26. Závěrem navrhovatel shrnuje, že výše popsaný postup zadavatele porušil relevantní ustanovení zákona, která konkrétně vyjmenoval a rozebral v návrhu, a postup zadavatele tak není v souladu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 6 zákona, a proto se navrhovatel tímto návrhem domáhá, aby zadavatel zrušil zadávací řízení ve smyslu ustanovení § 263 zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. Úřad obdržel návrh dne 2. 1. 2018 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
28. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-00269/2018/511/ŠNo ze dne 4. 1. 2018.
30. Dne 12. 1. 2018 bylo Úřadu doručeno do datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“) spolu s dokumentací o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 12. 1. 2018

31. Úvodem svého vyjádření zadavatel uvádí, že navrhovateli nemohla vzniknout újma, protože nebyl dle § 107 zákona oprávněn podat nabídku. Jednu z nabídek na veřejnou zakázku podala dle zadavatele obchodní společnost DEZADATA spol. s r.o., IČO 47683473, se sídlem Mostní 102/16, 757 01 Valašské Meziříčí. Jak zadavatel uvedl, součástí této nabídky je v „bodě 4.2 Písemný závazek jiné osoby od str. 29, jmenovitě kopie „Smlouvy o spolupráci při

sestavení nabídky a o uzavření budoucí smlouvy o dílo“ ze dne 15. 11. 2017“. Z předložené kopie smlouvy dle zadavatele vyplývá, že se navrhovatel vůči obchodní společnosti DEZADATA spol. s r. o. zavazuje „*vzájemně spolupracovat při sestavování nabídky“ a „prokázat technickou kvalifikaci“* v rozsahu dvou významných služeb. Zadavatel se dle svého vyjádření dne 3. 1. 2018 obchodní společnosti DEZADATA spol. s r.o. písemně dotázal, zda je předmětná smlouva stále platná a účinná, následně obchodní společnost DEZADATA spol. s r.o. potvrdila dopisem, „*že nabídka podaná naší společností dne 7. 12. 2017 je stále platná a účinná“.* Z výše uvedeného dle zadavatele vyplývá, že na navrhovatele dopadá zákaz podat nabídku dle § 107 odst. 4 zákona, neboť je osobou, jejímž prostřednictvím jiný dodavatel v zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci. Navrhovatel tedy dle zadavatele nemůže utrpět újmu ani mu újma nemůže hrozit. Materiálně tak podle zadavatele nemůže být naplněna povinná náležitost návrhu dle § 251 odst. 1 zákona, neboť hrozící újmu dle § 251 odst. 1 zákona je podle zadavatele třeba vnímat jako újmu, která může nastat za splnění reálně splnitelných podmínek, nejedná se o újmu teoretickou.

32. Zadavatel dále poukazuje na to, že v případě újmy dle § 251 odst. 1 zákona se jedná o neurčitý právní pojem. Zadavatel k tomu uvedl, že pokud by Úřad měl za to, že bez ohledu na zákaz podat nabídku dle § 107 zákona utrpěl navrhovatel újmu, byl by Úřad dle zadavatele povinen v rozhodnutí popsat, v čem tato újma spočívá. Podle zadavatele povinnost Úřadu posoudit, zda konkrétní případ spadá do neurčitého právního pojmu, vyplývá z judikatury, konkrétně zadavatel odkazuje na rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Ca 34/2006-25 ze dne 3. 7. 2007. Zadavatel k tomu dále uvedl, že navrhovatel po formální stránce sice v návrhu popisuje hrozící újmu dostatečným způsobem, ale z materiálního hlediska (fakticky) tato újma nemůže nastat.
33. Pokud by Úřad s právním názorem, že navrhovatel nepopsal v návrhu újmu, nesouhlasil, zadavatel navrhuje, aby Úřad postavil najisto, zda:
- *„jsou Navrhovatel a obchodní společnost DEZADATA spol. s r.o. součástí jednoho podnikatelského uskupení a pokud ano*
 - *zda není třeba s ohledem na zásadu podpory malých a středních podniků vyložit § 107 odst. 3 ZZVZ tak, že v rámci jednoho podnikatelského seskupení lze podat pouze jedinou nabídku.*
 - *pokud by podnikatelské seskupení mohlo podat pouze jedinou nabídku, opět by Navrhovateli nemohla v důsledku postupu Zadavatele vzniknout újma, neboť by nebyl oprávněn podat nabídku“.*
34. Zadavatel dále požaduje, aby v případě, že by Úřad došel k závěru, že v rámci jednoho podnikatelského seskupení může každá obchodní společnost podat svou nabídku, byla kopie správního spisu sp. zn. S0002/2018/VZ předána sekci hospodářské soutěže za účelem ověření, zda se navrhovatel a společnost DEZADATA spol. s r.o. nedopustili tzv. bid-riggingu. Zadavatel výše popsané shrnuje tak, že *„jistě není legálně možné a slučitelné s ochranou drobného a středního podnikání, aby v rámci jednoho podnikatelského seskupení podalo více obchodních společností nabídky do zadávacího řízení a jednotlivé nabídky pak, dle dalšího průběhu zadávacího řízení, odvolávaly či potvrzovaly“.*

35. K údajnému porušení zásady rovného zacházení při neposkytnutí vysvětlení zadávací dokumentace na základě opožděně doručené žádosti zadavatel uvedl, že se jedná o skutečnost, která nebyla v námitkách namítána a ani nijak s argumentací navrhovatele v námitkách nesouvisí. Zadavatel i přesto ve svém vyjádření uvádí, jak naplnil zásadu rovného zacházení. U každé opožděně doručené žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace zadavatel dle jeho vyjádření zvažoval, zda jsou v žádosti uváděné nejasnosti nové a objektivně důležité, či zda jsou naopak „*důležité toliko ze subjektivního hlediska dodavatele*“. Zadavatel uvedl, že také přihlédl ke „zkrácení“ lhůty pro podání žádosti dle § 98 odst. 3 zákona v důsledku státních svátků na začátku července a dne 17. listopadu 2017. Jak zadavatel uvedl, v průběhu zadávacího řízení se fakticky čtyřikrát rozhodoval, zda poskytne vysvětlení zadávací dokumentace na základě opožděně doručené žádosti. Ve dvou případech, jak zadavatel uvedl, vysvětlení poskytl (dodavateli Asseco Central Europe, a.s. a navrhovateli), ve dvou případech vysvětlení neposkytl (opět dodavateli Asseco Central Europe, a.s. a navrhovateli). Takové jednání zadavatel nepovažuje za porušení zákonné zásady rovného zacházení a odkazuje přitom na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. Podle zadavatele z citovaného rozsudku vyplývá, že je třeba zákonnou zásadu zákazu diskriminace a tedy i zákonnou zásadu rovného zacházení, jež je „v podstatě její odvrácenou stranou“, posuzovat v souladu se zásadou přiměřenosti, která je již dnes navíc výslovně uvedena rovněž v § 6 zákona. Zákonné zásady dle zadavatele rovněž nelze aplikovat mechanicky, ale je třeba zkoumat, zda pro zdánlivě nerovné či diskriminační jednání neexistují relevantní důvody.
36. K namítané rozporné a nejasné zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že setrvává na argumentaci z rozhodnutí o námitkách. Zadavatel dle svého vyjádření nepředurčoval hardwarovou infrastrukturu, aby uměle nevyločil žádné z možných technických řešení a logicky očekával, že dodavatelé zvolí hardwarovou infrastrukturu i s přihlédnutím k tomu, aby ji bylo možno za výhodných podmínek doplnit softwarem. Jako důkaz, že se nejedná o nějakou neobvyklou praxi, zadavatel dokládá žádost o stanovisko „*Hlavního architekta eGovernmentu na Ministerstvu vnitra k plánovanému ICT projektu „Aplikační Podpora Auditního Orgánu – APAO“ a souhlasné stanovisko tohoto útvaru*“. Podle svého vyjádření zadavatel v kapitole 2.2.5 Technologická architektura – vrstva IT technologie předmětné žádosti sděluje: „*Dodavatel IS APAO v rámci vítězné nabídky poskytne základní návrh architektury na úrovni IT technologií a HW, které budou v souladu se standardy na SP CSS...*“. Zadavatel k tomu uvedl, že pokud by se z technologického hlediska nejednalo o běžnou praxi, specializovaný útvar ústředního orgánu státní správy by nemohl k věci vydat kladné stanovisko.
37. Podle zadavatele měl hardwarovou infrastrukturu definovat až vybraný dodavatel v detailní analýze v závislosti na jím zvoleném řešení. Zadavatel uvedl, že tento postup odpovídá dle názoru Úřadu dobré praxi a odkázal na informační list Úřadu¹, který Úřad zadavateli zaslal a ve kterém je uvedeno: „*Zvláštní pozornost je třeba naproti tomu věnovat pořízení softwaru, který si zadavatel nechá vyvinout na míru. Vycházíme-li z logického předpokladu, že zadavatel specializovaný software pořizuje proto, aby s jeho pomocí zajišťoval některou ze*

¹ Florian M.: Autorský zákon a zákon o zadávání veřejných zakázek ve vztahu k IT zakázkám in zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata, Informační list 1/2017, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže: Brno 2017, str. 28. Online: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>

svých činností (v případě veřejných zadavatelů se navíc často jedná o úkoly, jejichž plnění je jim uloženo právními předpisy), dojdeme k nevyhnutelnému závěru, že IT zakázka spočívající ve vývoji takového softwaru je z povahy věci dlouhodobou zakázkou. Zpravidla bude zahrnovat úvodní analýzu, následný vývoj počítačového programu či programů, jejich implementaci v prostředí zadavatele a – na co mnozí zadavatelé zapomínají – jeho následné používání“. Zadavatel se dovolává zásady legitimního očekávání dle § 2 správního řádu, neboť postupoval v dobré víře dle adresně doručeného doporučení Úřadu.

38. Zadavatel navrhuje, aby Úřad označil tvrzení navrhovatele, že předmět veřejné zakázky nebyl vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky (zejména, že zadávací podmínky měly obsahovat více informací o hardware), jako mylné a liché, neboť je dle zadavatele v rozporu s obecně známým právním názorem Úřadu, nebo aby ustanovil znalce v oboru kybernetika, který by vypracoval znalecký posudek, zda požadavky na hardware uvedené v zadávacích podmínkách a vysvětleních zadávací dokumentace obsahovaly všechny důležité informace, jež bylo možné sdělit, aniž by zadavatel omezoval množinu objektivně způsobilých technických řešení. Alternativně zadavatel navrhuje, aby byl v této otázce konzultován „*Hlavní architekt eGovernmentu na Ministerstvu vnitra*“ jakožto odborný útvar ústředního orgánu státní správy.
39. Zadavatel uvádí, že trvá na tom, že požadavky na výkon hardware vymezil v souladu s požadavky § 89 odst. 1 písm. a) zákona.
40. Podle zadavatele je rovněž lichá argumentace navrhovatele o „*riziku vyloučení pro nesplnění zadávacích podmínek účasti v zadávacím řízení*“, neboť zadavatel není oprávněn jakéhokoliv účastníka vyloučit ze zadávacího řízení, aniž by věc řádně odůvodnil, tzn. musel by uvést odborný názor, proč nabízená hardwarová infrastruktura neodpovídá zadávacím podmínkám. Zadavatel také uvedl, že nemůže vyloučit účastníka ani z důvodu nesouladu s fyzickou infrastrukturou SP CSS, neboť nic takového v zadávacích podmínkách nepožaduje.
41. Zadavatel sice souhlasí s navrhovatelem, že třetí osoby mohou do budoucna navýšit cenu za maintenance licencí, neshledává však žádný racionální důvod, proč by toto riziko měl nést zadavatel sám, navíc když jej na rozdíl od dodavatele nemůže ovlivnit návrhem vhodné softwarové infrastruktury IS APAO.
42. Zadavatel dále souhlasí s tvrzení navrhovatele, že pokud má dodavatel nést určité, dle zadavatele objektivní, riziko, tuto skutečnost navrhovatel promítne do cenové nabídky. Podle zadavatele se však nejedná o porušení zákona ani nedochází k porušení zásady 3E. Jak zadavatel uvedl, je povinen předcházet nutnosti použít v budoucnu jednací řízení bez uveřejnění, přičemž riziko nutnosti jeho použití je podle zadavatele v případě dodatečných změn informačního systému vždy vysoké. Podle zadavatele navíc dodavatel může na základě odborné péče stanovit kapacitní rezervu řešení na základě přesnějšího odhadu, než jak by to byl schopen učinit zadavatel.
43. K hodnocení reálné celkové nabídkové ceny za IS APAO zadavatel uvedl, že „*bylo nezbytné zohlednit i cenu podporovaných i nepodporovaných platforem, databází a dalších potřebných licencí komerčně dostupného SW a jejich maintenance. Také bylo nezbytné doplnit závazek dodavatele tyto licence a maintenance v případě požadavku dodat, aby dodavatel účelově nepodhodnotil žádnou z cenových složek*“.

44. V další části svého vyjádření se zadavatel věnoval důvodu, proč v zadávacích podmínkách žádá postoupení výkonu majetkových práv autorských (k využitelnosti IS APAO u jiného zákazníka). Zadavatel dle svého vyjádření zvolil nastavení majetkových práv autorských v souladu s uveřejněným doporučením Úřadu², podle kterého má zadavatel vždy „odpovědně zvažovat“ pořízení software v režimu postoupení oprávnění k výkonu autorských práv dle § 58 odst. 1 zákona č. 121/200 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“), a to zejména tehdy, pokud zadavatel v průběhu životního cyklu veřejné zakázky předpokládá další úpravy software. Zadavatel také uvedl, že předmětný informační list logicky navazuje na rozhodnutí Úřadu, v nichž Úřad dovedil spáchání správního deliktu zadavatelem a která již zadavatel citoval v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel se proto dovolává zásady legitimního očekávání dle § 2 správního řádu, neboť postupoval v dobré víře dle adresně doručeného doporučení Úřadu a v návaznosti na závěry jeho správních rozhodnutí.
45. Zadavatel k tomu dále uvedl, že aby postup zadavatele zajistil faktickou hospodářskou soutěž při zadávání následných veřejných zakázek, není možné upadnout do tzv. „vendor lock-in“ tím, že by funkčnost software pořízeného v režimu postoupení oprávnění k výkonu autorských práv byla podmíněna úpravami proprietárního softwaru v jeho softwarové architektuře. Zadavatel poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0453, S0658/2016/VZ-46586/2016/532/KSt, kde podle zadavatele Úřad prostřednictvím citace znaleckého posudku naznačuje, že podnikatelské seskupení, jehož součástí je navrhovatel, mělo držet ve „vendor lock-in“ veřejného zadavatele prostřednictvím komponent CryptolD a FAMA+³. Zadavatel k tomu uvedl, že zmínku v předmětném rozhodnutí Úřadu vnímá jako pokyn zadavatelům, aby byli ve vztahu ke komponentám Cryptol1D a FAMA+³ a jejich možnému výskytu ostražití.
46. Zadavatel ve svém vyjádření navrhuje následující: *„Pokud je ovšem Úřadu z jeho úřední činnosti známo, že se jakýkoli navrhovatel, či osoba, která s ním tvoří jedno podnikatelské uskupení, dopustil neetického jednání tím, že zneužil mezery v obchodních podmínkách veřejné zakázky jiného veřejného zadavatele a uvrhl jej do stavu vendor lock-in, měl by v situaci, kdy návrh tvrdí, že zadavatel měl nastavit obchodní podmínky tak, aby umožnily předmětné neetické jednání opakovat (například použitím určitých softwarových komponent), zvážit, zda se v návrhu nejedná o zneužití zakázkového práva k cílům, jež tímto právem nejsou aprobovány, resp. zda není porušována soutěžní zásada čistých rukou (clean hands doctrine) (...) Dle zásady čistých rukou by neměla být přiznána ochrana dle soutěžního práva subjektu v souvislosti s jeho jednáním, které sleduje cíl omezení hospodářské soutěže. Pro případ, že by Úřadu byly známy skutečnosti opravňující aplikovat zásadu čistých rukou, navrhuje Zadavatel, aby takto učinil“.*
47. K údajnému pochybení zadavatele při stanovení licenčních oprávnění u softwarových produktů v rámci platformy zadavatel uvedl, že již v rozhodnutí o námitkách podrobně vyložil, proč se na softwarové produkty v rámci platformy dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy nepoužije ustanovení čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy. Podle zadavatele »Rozsah oprávnění k autorskému dílu je u „podporovaných i nepodporovaných platform, databází

² Florian M.: Autorský zákon a zákon o zadávání veřejných zakázek ve vztahu k IT zakázkám in zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata, Informační list 1/2017, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže: Brno 2017, str. 28-29. Online: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>

a dalších potřebných licencí komerčně dostupného SW“ určen dle čl. 1.4 Závazného návrhu smlouvy, který má aplikační přednost vůči obecnému ustanovení čl. 12.6 Závazného návrhu smlouvy, což čl. 1.4 vyjadřuje slovy „za podmínek a cen stanovených v Příloze č. 9 Licence - Přehled využitého Proprietárního a Opensource software, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů této Smlouvy“. Ustanovení Přílohy č. 9 Závazného návrhu smlouvy tak jsou inkorporována do čl. 1.4. « Tato skutečnost je dle zadavatele znovu potvrzena v příloze č. 9 závazného návrhu smlouvy, kdy je u proprietárního software a open source software odkazováno na čl. 12.6 a 12.7 závazného návrhu smlouvy, zatímco u dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy – platformy, databázového systému a dalšího software – je rozsah oprávnění k autorskému dílu definován přímo v příloze č. 9 závazného návrhu smlouvy, kde není na rozdíl od čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy požadováno, aby subjekty nabízející tento software měly právo jej upravovat. Výklad navrhovatele je dle zadavatele pouze účelový.

48. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že porušil zásadu rovného zacházení dle § 6 zákona, když v rozhodnutí o námitkách zmínil, že sesterská obchodní společnost navrhovatele DEZADATA spol. s r.o. podala nabídku. Podle zadavatele je tato skutečnost navrhovateli známa ze „Smlouvy o spolupráci při sestavení nabídky a uzavření budoucí smlouvy o dílo“ ze dne 15. 11. 2017, jejíž kopie je dle zadavatele v nabídce společnosti DEZADATA spol. s r.o., podle které obě smluvní strany „vzájemně spolupracují při sestavování nabídky“. Sdělení bylo navíc dle zadavatele nezbytné pro srozumitelnost jeho argumentace uvedené v rozhodnutí o námitkách. O porušení zásady rovného zacházení se dle zadavatele nejedná také proto, že navrhovatel není účastníkem řízení. Zadavatel k tomu uvedl, že pokud sděluje informace neúčastníkovi zadávacího řízení, žádného účastníka řízení neovlivňuje.
49. Ke zmínce navrhovatele o neprodloužení lhůty pro podání nabídek zadavatelem po obdržení námitek navrhovatele zadavatel uvádí, že setrvává na svém tvrzení, že v době, kdy obdržel námítky, již nebylo možno z organizačních důvodů prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Navíc tato otázka dle zadavatele opět nebyla předmětem podaných námitek a nemá tedy ani být předmětem návrhu. Pro rozhodování zadavatele dle jeho vyjádření není rozhodující jen, kdy je podání dodavatele doručeno a jak dlouho trvá sepsání úkonu zadavatele, ale také jeho schválení dle interních předpisů zadavatele. Proto dle zadavatele nebylo možné během 24 hodin rozhodnout o prodloužení lhůty.

Další průběh správního řízení

50. Usnesením č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-02215/2018/511/ŠNo ze dne 23. 1. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu pro podání informace Úřadu o úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení v mezidobí od zaslání dokumentace o zadávacím řízení Úřadu do doručení tohoto usnesení provedl, a dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede.
51. Dne 24. 1. 2018 Úřad obdržel dvě podání zadavatele, ve kterých Úřad informoval o dalších úkonech provedených v šetřeném zadávacím řízení.
52. Dne 31. 1. 2018 Úřad obdržel tři podání zadavatele, ve kterých Úřad informoval o dalších úkonech provedených v šetřeném zadávacím řízení.

53. Usnesením č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-04338/2018/511/ŠNo ze dne 12. 2. 2018 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
54. Na základě žádosti navrhovatele ze dne 13. 2. 2018 nahlédl dne 14. 2. 2018 zástupce navrhovatele do správního spisu.
55. Na základě žádosti ze dne 13. 2. 2018 nahlédl dne 15. 2. 2018 do správního spisu zástupce zadavatele.
56. Dne 16. 2. 2018 Úřad obdržel od zadavatele vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne, ve kterém zadavatel uvedl, že z podkladů rozhodnutí je zřejmé, že se Úřad rozhodl neustanovovat znalce v oboru kybernetika ani nekonzultovat „Hlavního architekta eGovernmentu“ na Ministerstvu vnitra. Dále zde zadavatel uvedl, že pokud by Úřad posoudil tvrzení navrhovatele uvedená v návrhu jako mylná či lichá, zadavatel bude souhlasit s rozhodnutím Úřadu nezajišťovat nadbytečné dokumenty. Pokud by se však Úřad měl ztotožnit s návrhem, podle zadavatele je nezbytné, aby Úřad v rozhodnutí odůvodnil, proč považoval za nadbytečné zajistit znalecký posudek či konzultovat „Hlavního architekta eGovernmentu“.
57. Dne 19. 2. 2018 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.

Vyjádření navrhovatele ze dne 19. 2. 2018

58. Navrhovatel zaujímá stanovisko k podle jeho názoru „chybné a zavádějící argumentaci“ zadavatele uvedené ve vyjádření zadavatele k návrhu na zahájení řízení. K otázce, zda navrhovateli mohla vzniknout v souvislosti s postupem zadavatele újma, navrhovatel odkazuje jednak na ustanovení § 241 odst. 1 zákona a dále na judikatorní praxi Úřadu představovanou rozhodnutími Úřadu č. j. ÚOHS-S0189/2017/VZ-19785/2017/542/ODv ze dne 30. 6. 2017 a č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc ze dne 15. 7. 2010, z nichž cituje. Z odkazovaného ustanovení zákona a z citovaných rozhodnutí Úřadu navrhovatel uzavírá, že jeho vymezení újmy v rámci podaných námitek zcela vyhovuje požadavkům zákona a rozhodovací praxe.
59. K otázce materiálního hlediska újmy se navrhovatel vyjadřuje tak, že je zcela v rukou navrhovatele, jaký způsob podání nabídky zvolí, tj. zda podá společnou nabídku ve smyslu § 5 zákona, či zda bude podána nabídka společností DEZADATA spol. s r.o. s prokázáním části kvalifikace prostřednictvím společnosti Tesco SW, a.s. nebo bude podána nabídka společností Tesco SW, a.s. s prokázáním části kvalifikace prostřednictvím společnosti DEZADATA spol. s r.o. Navrhovatel uvádí, že to, pro jakou variantu se podnikatelské uskupení rozhodne, je ovlivněno mnoha faktory, a že v tomto ohledu nemůže být navrhovatel žádným způsobem limitován. Případný materiální znak újmy pak dle navrhovatele lze shledat i v případě, kdy nabídku podá společnost DEZADATA spol. s r.o. prokazující část kvalifikace prostřednictvím společnosti Tesco SW, a.s., ve lhůtě pro podání nabídek svou nabídku vezme zpět a následně podá nabídku např. společnost Tesco SW, a.s. prokazující část kvalifikace prostřednictvím společnosti DEZADATA spol. s r.o. nebo bude podána společná nabídka. Konkrétní způsob podání nabídky závisí dle navrhovatele zcela na jeho obchodním rozhodnutí.
60. K otázce možného dopuštění se tzv. bid-riggingu navrhovatel uvádí, že společnosti Tesco SW, a.s. a DEZADATA spol. s r.o. jsou propojeny v rámci jednoho podnikatelského seskupení,

příčemž k tomu dále cituje pasáž z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S159/2009/KD-4325/2010/850 ze dne 14. 7. 2010, bod 127 a ze stanoviska Úřadu č. j. ÚOHS-D51/2014/KD-2014/KD/850/KNe ze dne 3. 2. 2014 a uvádí, že se s názorem Úřadu z nich plynoucím plně ztotožňuje.

61. K údajnému porušení zásady rovného zacházení při neposkytnutí vysvětlení zadávací dokumentace navrhovatel nepopírá, že porušení zásady rovného zacházení neposkytnutím vysvětlení zadávací dokumentace v námitkách nenamítal. Navrhovatel to odůvodňuje tím, že nejprve marně vyčkával uveřejnění vysvětlení zadávací dokumentace na základě jeho opakovaných žádostí, načež měl následně na zpracování námitek velmi krátkou lhůtu. Navrhovatel však dle svého tvrzení přesto považoval za důležité na toto pochybení zadavatele před Úřadem poukázat, neboť, jak uvádí, zásada rovného zacházení sehrává mezi ostatními ustanoveními zákona klíčovou roli a k přezkoumání jejího porušení může Úřad přistoupit také z moci úřední.
62. V otázce rozporné a nejasné zadávací dokumentace navrhovatel setrvává na své argumentaci obsažené v návrhu, k čemuž dodává, že argumentace zadavatele pomocí Informačních listů Úřadu je lichá, neboť citovaný článek není věnován problematice vymezení předmětu plnění, nýbrž se věnuje problematice vztahu zákona k autorskému zákonu a dané problematice se dotýká pouze v okrajové a obecné rovině. Navrhovatel nepovažuje za přílehu ani argumentaci zadavatele pomocí ustanovení § 89 odst. 1 písm. a) zákona, neboť stanovení minimálních parametrů na hardwarovou infrastrukturu by měl zadavatel dle navrhovatele stanovit s ohledem na stávající infrastrukturu zadavatele, s ohledem na požadavek propojení s dalšími systémy, jakož i s ohledem na očekávané další potřeby zadavatele.
63. K otázce navýšení ceny za maintenance licence navrhovatel uvádí, že mu stále není jasné, proč zadavatel požadoval, aby ceny za licence a maintenance byly zahrnuty v nabídkové ceně, když *„reálně k tomuto plnění nemusí nikdy dojít a bez zahrnutí těchto nákladů by mohla zvítězit nabídka jiného dodavatele“*. Navrhovatel v této souvislosti opětovně poukazuje na vyjádření zadavatele obsažené v rozhodnutí o námitkách, podle kterého má zadavatel za to, že bude moci některé licence a maintenance v budoucnu obstarat za nižší ceny.
64. K požadavku zadavatele na postoupení výkonu majetkových práv autorských navrhovatel uvádí, že požadavek zadavatele na dodání výhradní licence ve svém důsledku nahrává situaci vendor lock-in, o jejíž eliminaci se zadavatel údajně snaží. Požadavek zadavatele na poskytnutí výhradní licence dle navrhovatele omezí budoucí soutěž o úpravu a rozvoj systému pouze na jeho zhotovitele, neboť ostatní potencionální soutěžitelé nebudou disponovat potřebnou věcnou znalostí. Navrhovatel se ohrazuje vůči tvrzení zadavatele, že podnikatelské seskupení, jehož součástí je navrhovatel, mělo držet zadavatele ve vendor lock-in prostřednictvím komponent Cryptoid a FAMA. Navrhovatel konstatuje, že nastavení podmínek a vymezení zadávací dokumentace je zcela a výlučně v dispozici zadavatele, a že odpovědnost za případný vznik situace vendor lock-in je tak zcela na zadavateli. Navrhovatel uvádí, že pokud k situaci vendor lock-in dojde, tak je to v důsledku neschopnosti zadavatele stanovit pravidla stav vendor lock-in vylučující. K potvrzení svého závěru navrhovatel cituje z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0453,S0658/2016/VZ-46586/2016/532/KSt ze dne

22. 11. 2016, bod 76. a dále z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R97,102/2012/VZ-18595/2013/310/MŠe ze dne 27. 9. 2013.

65. V závěrečné části svého vyjádření navrhovatel setrvává na názoru, že problematiku dalšího softwaru nezbytného pro fungování IS APAO je nutno vykládat ve světle článku 12 závazného návrhu smlouvy, neboť smyslem a účelem dotčeného článku je dle navrhovatele minimalizace možnosti vzniku tzv. vendor lock-in tím, že si zadavatel vyhradil postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv autorských dle autorského zákona ke všem součástem předmětu plnění. Navrhovatel se domnívá, že pokud chtěl zadavatel vyčlenit vedle proprietárního softwaru dle čl. 12.6 a open source softwaru dle čl. 12.7 další kategorii softwaru, měl tuto kategorii začlenit do článku 12, který je výchozím ustanovením v otázkách vlastnického práva, v souladu s nímž musí být vykládána všechna další ustanovení smlouvy a příloh.
66. K tvrzení zadavatele týkajícímu se schopnosti či ochoty dceřinné či sesterské společnosti navrhovatele podat nabídku navrhovatel podotýká, že pokud jiná společnost chce nést ekonomické riziko neúspěchu z důvodu rozdílného výkladu zadávacích podmínek v důsledku jejich nedostatečného vymezení, nemůže jí v tom navrhovatel bránit, přičemž pokud projeví zájem, aby se navrhovatel v určitém měřítku podílel, nemůže být navrhovateli přičítáno k tíži, že využívá možnosti k dosažení zisku za současné minimalizace rizik a nákladů.
67. K argumentu zadavatele, že neprodloužení lhůty pro podání nabídek nebylo předmětem podaných námitek, navrhovatel uvádí, že se jedná o skutečnost, kterou nemohl tvrdit vůči zadavateli již v rámci podaných námitek, neboť s ohledem na logickou posloupnost jednotlivých kroků „nemohl Navrhovatel namítat neprodloužení lhůty pro podání nabídek po obdržení námitek na straně Zadavatele, protože tento úkon ještě nebyl a nemohl být na straně Zadavatele učiněn“. K argumentu zadavatele, že o prodloužení lhůty pro podání nabídek nebylo možné rozhodnout během 24 hodin, navrhovatel uvádí, že zadavatel by měl být schopen prodloužit lhůtu pro podání nabídek i méně než 24 hodin před uplynutím lhůty, neboť opačným postupem „reálně zkracuje lhůtu pro podání námitek“ a vystavuje se riziku, že bude nutno v důsledku tohoto postupu zadávací řízení zrušit. Interní směrnice zadavatele by měly dle navrhovatele možnost vzniku takovéto situace předvídat.
68. Usnesením č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-04821/2018/511/ŠNo ze dne 26. 2. 2018 rozhodl Úřad o tom, že žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu ze dne 13. 2. 2018 se ve vztahu k písemnostem, které jsou součástí dokumentace o zadávacím řízení a současně nejsou podklady pro rozhodnutí, nevyhovuje.
69. Usnesením č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-04825/2018/511/ŠNo ze dne 26. 2. 2018 rozhodl Úřad o tom, že žádosti zadavatele o nahlédnutí do správního spisu ze dne 14. 2. 2018 se ve vztahu k písemnostem, které jsou součástí dokumentace o zadávacím řízení a současně nejsou podklady pro rozhodnutí, nevyhovuje.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

70. 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 vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl ve výroku I. tohoto rozhodnutí o zamítnutí návrhu podle § 265 písm. a) zákona

v části, v níž navrhovatel namítá neurčitost zadávacích podmínek z důvodu nespecifikování parametrů hardwarové infrastruktury zadavatele, v níž má fungovat předmět veřejné zakázky, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, a ve výroku II. tohoto rozhodnutí o zamítnutí návrhu podle § 265 písm. a) zákona v části, v níž navrhovatel namítá diskriminační povahu ustanovení čl. 12.6 ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy, který je přílohou zadávací dokumentace, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K zadavatelem tvrzené neexistenci újmy navrhovatele

71. V první řadě považuje Úřad za zásadní vyjádřit se k tvrzení zadavatele ve vyjádření ze dne 12. 1. 2018, ve kterém zadavatel uvedl, že navrhovatel nemůže utrpět újmu ani mu újma nemůže hrozit (což je podle § 250 odst. 1 zákona jednou z podmínek podání návrhu – pozn. Úřadu), neboť je osobou, prostřednictvím které jiný dodavatel v zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, a proto dle zadavatele sám navrhovatel v souladu s § 107 odst. 4 zákona nemůže podat do předmětného zadávacího řízení nabídku.
72. Úřad k tomu uvádí, že v situaci, kdy je navrhovatel v pozici osoby, kterou jiný dodavatel v zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, skutečně sám nabídku do zadávacího řízení podat nemůže. Současně však Úřad podotýká, že ze samotné skutečnosti, že navrhovatel nyní (tj. po uplynutí lhůty pro podání nabídek) reálně vystupuje v pozici osoby, prostřednictvím které jiný účastník zadávacího řízení prokazuje kvalifikaci, nelze dovodit, že nemá zájem podat do zadávacího řízení vlastní nabídku. Navrhovatel svým návrhem napadá nezákonnost zadávacích podmínek, která má spočívat mimo jiné v nedostatečné specifikaci předmětu veřejné zakázky, přičemž z návrhu vyplývá, že v důsledku této nezákonnosti nemá navrhovatel jistotu, jakým způsobem má zpracovat nabídku, aby tato byla úspěšná, resp. je přesvědčen, že tvrzená nezákonnost zadávacích podmínek povede k podání neporovnatelných nabídek. Z uvedeného lze dle Úřadu dovodit, že navrhovatel sám nabídku do zadávacího řízení podat chtěl, avšak v důsledku jím tvrzené nezákonnosti stanovených zadávacích podmínek se rozhodl ji nepodat. V takové situaci pak již mohl vystupovat jako osoba, prostřednictvím které jiný dodavatel prokazuje kvalifikaci. To nicméně nemusí znamenat, že jeho zájem na získání veřejné zakázky a na podání vlastní nabídky nadále netrvá. Svůj zájem na získání zakázky navrhovatel deklaruje právě prostřednictvím podaných námitek a návrhu, jímž se domáhá zrušení zadávacího řízení. Pokud by ke zrušení zadávacího řízení opravdu došlo, a zadavatel by následně veřejnou zakázku zadával znovu, již by navrhovatel vlastní nabídku podat mohl.
73. Úřad tedy konstatuje, že existenci zájmu či reálné možnosti podat do zadávacího řízení nabídku, resp. existenci možné újmy plynoucí ze zamezení této možnosti, je v šetřeném případě nutno zkoumat nikoliv ve vztahu k aktuálnímu stavu zadávacího řízení, kdy již byly podány nabídky, ale ve vztahu k počáteční fázi zadávacího řízení, kdy se dodavatelé seznamovali se zadávacími podmínkami a na jejich základě zvažovali svou účast v zadávacím řízení.
74. K tvrzení zadavatele, že navrhovatel nepopsal újmu, která mu má vzniknout, Úřad uvádí, že navrhovatel újmu popsal, když v návrhu uvedl, že tato spočívá v „zamezení možnosti účasti v zadávacím řízení a veřejnou zakázku realizovat“. Úřad dodává, že tato specifikace újmy je plně srozumitelná a dostačující.

75. Úřad s ohledem na uvedené uvádí, že není potřeba zkoumat okolnosti týkající se možného podnikatelského uskupení navrhovatele a společnosti DEZADATA spol. s r.o., jak požaduje zadavatel, neboť i případný závěr, že navrhovatel by jako člen daného podnikatelského seskupení nemohl v situaci odpovídající aktuálnímu stavu zadávacího řízení (tj. když podal nabídku druhý člen podnikatelského uskupení) nabídku podat, neznámá, že ji ve vztahu k předmětnému zadávacímu řízení nemohl podat vůbec. Jak již Úřad uvedl výše, zájem, resp. možnost navrhovatele podat vlastní nabídku do zadávacího řízení (jakož i újmu plynoucí z případného postupu zadavatele, který této možnosti zabránil) je v šetřeném případě, kdy navrhovatel napadá nezákonnost zadávacích podmínek, nutno zkoumat ve vztahu k počátečním fázím zadávacího řízení, kdy ještě nebyly podány nabídky. Úřad dodává, že s ohledem na uvedené se blíže nezabýval tvrzeními zadavatele ohledně možné existence bid-riggingu mezi navrhovatelem a společností DEZADATA spol. s r.o.
76. Úřad uzavírá, že navrhovateli mohla tvrzenou nezákonností zadávacích podmínek vzniknout nebo hrozit újma, a proto projednal návrh navrhovatele v celém jeho rozsahu tak, jak je uvedeno níže.

K výroku I. a II. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

77. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
78. Podle § 6 odst. 2 zákona zadavatel musí ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
79. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona pro účely tohoto zákona se rozumí
- a) zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
 - 1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 - 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 - 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 - 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 - 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104.
 - b) zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
80. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
81. Podle § 36 odst. 3 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.

82. Podle § 37 odst. 1 písm. b) podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku.
83. Podle § 37 odst. 1 písm. c) podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
84. Podle § 89 odst. 1 písm. a) zákona technické podmínky jsou požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, které zadavatel stanoví prostřednictvím parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny.
85. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
86. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

K výroku I. – k části návrhu týkající se neurčitosti zadávacích podmínek

87. Jak vyplývá z obsahu návrhu, navrhovatel shledává porušení zákona zadavatelem mimo jiné v rozporných a nejasných zadávacích podmínkách, neboť součástí zadávací dokumentace nebyla specifikace hardwarové infrastruktury zadavatele, v níž má následně fungovat software, jehož vytvoření je předmětem veřejné zakázky.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

88. Podle bodu 3.2 zadávací dokumentace ve znění vysvětlení zadávací dokumentace č. 6, 10 a 12 (dále jen „zadávací dokumentace“) **je předmětem veřejné zakázky závazek dodavatele zajistit pro zadavatele vytvoření a komplexní zprovoznění „Informačního systému Aplikační Podpora Auditního orgánu“ (dále jen „IS APAO“),** postoupit na zadavatele oprávnění k výkonu majetkových práv k IS APAO a poskytnout podporu provozu a rozvoje IS APAO.
89. V bodě 3.1 zadávací dokumentace je uvedeno, že předmět veřejné zakázky je podrobně vymezen v čl. 1 závazného návrhu smlouvy na veřejnou zakázku, který včetně všech příloh tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace.
90. Podle čl. 1 „PŘEDMĚT SMLOUVY“ bodu 1.2 závazného návrhu smlouvy ve znění vysvětlení zadávací dokumentace č. 6, 10 a 12 (dále jen „závazný návrh smlouvy“) **předmět plnění zahrnuje závazek poskytovatele**
 - a) **„zpracovat detailní analýzu požadované funkcionality IS APAO včetně implementačního projektu dle specifikace v Příloze č. 2 Smlouvy (dále též „Detailní analýza“) a Příloze č. 3 – Základní požadavky na funkcionality Zadávací dokumentace, ze které tato smlouva vychází.**
 - b) **dodat a nainstalovat IS APAO (dále též „Dodání a instalace IS APAO“) do testovacího, referenčního a produkčního prostředí (všechna 3 prostředí dále společně též „Prostředí“). Součástí Dodání a instalace IS APAO je rovněž dodání a instalace**

zdrojových kódů IS APAO a konfiguračních kódů všech Prostředí (s aktuálním popisem a schémata) (...)

zajistit zvýšenou podporu provozu a uživatelů Auditního orgánu Objednatele (dále též „Auditní orgán“) po implementaci IS APAO do Prostředí v délce trvání 90 dnů (...)

- c) zajistit Podporu provozu IS APAO pro oblasti zahrnující uživatelskou podporu IS APAO a podporu při provozování a údržbě IS APAO, které jsou blíže specifikovány v částech 1 až 12 Přílohy č. 1 Smlouvy (dále též „Podpora provozu IS APAO“);*
- d) zajistit Flexibilní podporu provozu IS APAO v rozsahu činností, které jsou specifikovány v části 13 až 18 Přílohy č. 1 Smlouvy (...)*
- e) zajistit Rozvoj IS APAO v rozsahu činnosti zahrnující aplikační podporu specifikovanou v části 19 Přílohy č. 1 Smlouvy, která je poskytována na základě požadavku Objednatele (dále též „Rozvoj IS APAO“). Postup zajištění Rozvoje IS APAO je stanoven v čl. 3.8 Smlouvy, přičemž Rozvoj IS APAO nepřekročí 6 400 člověkohodin za dobu trvání Smlouvy“.*

91. Přílohou č. 2 závazného návrhu smlouvy je dokument „Minimální obsah detailní analýzy“, ve kterém je uvedeno, že **bod 4.3. detailní analýzy bude obsahovat „Základní požadavky na systém (HW a SW)“ a bod 11. „Technická infrastruktura“ bude obsahovat následující:**

“11.1. Technické předpoklady používání informačního systému

11.2. Technologická architektura aplikace a jednotlivých prostředí

11.3. Detailní specifikace hardware – virtualizace

11.4. Specifikace software

11.5. Detailní specifikace licencí (včetně jejich počtu a druhu) k software operačního systému a databázového systému a dalších licencí komerčně i volně dostupného software, potřebných k zajištění požadovaných funkcionalit IS APAO (čl. 3 odst. 3.2 této Smlouvy)

11.6. Detailní specifikace maintenance potřebné k zajištění požadovaných funkcionalit IS APAO (čl. 3 odst. 3.2) této smlouvy)

11.7. Kvalifikovaný odhad nákladů spojených s licencováním a provozem HW pro IS APAO a to po dobu uzavření smlouvy“.

92. Přílohu č. 3 zadávací dokumentace tvoří dokument „Základní požadavky na funkcionalitu IS APAO“, kde je v bodě 3.1.2.1. „Obecný popis“ uvedeno: „*V souladu se strategickým rozhodnutím o zřízení účelové organizace pro poskytování ICT služeb resortu Ministerstva financí (dále jen jako „ministerstvo“ nebo „Objednatel“), Státní pokladny Centra sdílených služeb (dále jen „SPCSS“) bude IS APAO provozován v prostředí Národního datového centra (dále jen „NDC“) SPCSS. Dodávku a provoz síťové i HW infrastruktury, související provozní služby (zálohování, dohledy do úrovně virtuální infrastruktury) a služby ServiceDesk bude poskytovat SPCSS. Cílem této strategie je dosažení maximální efektivity sdílených služeb IT infrastruktury v resortu ministerstva a soulad se strategií rozvoje eGovernmentu“.*

93. V příloze č. 3 zadávací dokumentace „Základní požadavky na funkcionalitu IS APAO“ je v bodě 3.1.3. „Požadavky na popis kapacitního návrhu řešení technické infrastruktury“

uvedeno: „**Poskytovatel navrhne technickou infrastrukturu a kapacitní návrh technické infrastruktury pro testovací, referenční a produkční prostředí.** Poskytovatel zpracuje pouze jednu konkrétní a úplnou variantu návrhu technické infrastruktury a kapacitního návrhu, reflektující výkon APAO v plném provozu a nejvyšší kapacitu datových uložišť v průběhu provozu dle zadání (...) Pro popis kapacitního návrhu řešení Poskytovatel důsledně použije standardy a stavební bloky SPCSS a níže uvedené tabulky“.

94. V příloze č. 3 zadávací dokumentace „Základní požadavky na funkcionalitu IS APAO“ je v bodě 3.1.6 „Požadavky na výpočetní výkon a diskové prostory“ uvedeno, že poskytovatel vyplní tabulku na úrovni virtuálních serverů (pokud používá virtualizaci), a to pro každé prostředí zvlášť (produkční, testovací, referenční prostředí). V citovaném bodě je uvedena následující tabulka.

Formát tabulky parametrů výkonu pro jedno prostředí

Určení serveru	Počet	Virtuální (ano/ne)	vCPU	vRAM	Velikost GB data	Typ uložště podle stavebních bloků SPCSS	Komentář

95. V bodě 3.1.7. přílohy č. 3 zadávací dokumentace „Základní požadavky na funkcionalitu IS APAO“ jsou uvedeny následující podporované platformy na straně Objednatele – MF/SPCSS:

- *„Hardwarová platforma by měla být plně kompatibilní s virtualizačními nástroji používaných na MF popřípadě SPCSS*
 - VMWare
 - Hyper-V
- *Prostředí Microsoft:*
 - *Operační systémy: Microsoft Windows Server 2008 R2, Microsoft Windows Server 2012 R2 + Microsoft .NET Framework 4.5*
 - *Databázový server: Microsoft SQL Server 2008 R2 a vyšší*
- *Prostředí UNIX:*
 - *Operační systémy: AIX 7.x, RHEL 7 a vyšší, HP-UX, SUN Solaris 10, SUN Solaris 11*
 - *Databáze: Informix IDS 11.7, ORACLE 11 nebo 12, MySQL“*

Právní posouzení

96. Zadávacími podmínkami jsou podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona veškeré podmínky stanovené zadavatelem týkající se průběhu zadávacího řízení a účasti v zadávacím řízení. V rámci zadávacích podmínek je zadavatel především povinen popsat podmínky účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky včetně technických podmínek, jejichž hlavním účelem je vymezení požadavků zadavatele na předmět veřejné zakázky. Stěžejní povinností zadavatele tedy je vymezení podmínek účasti (zejména v části vymežující předmět veřejné zakázky) v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, tedy přesně

a s potřebnou určitostí. Podle zákona i soudní a rozhodovací praxe Úřadu nesmí zadavatel svou odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek přenášet na dodavatele.

97. Pro vymezení předmětu veřejné zakázky jsou tedy zadávací podmínky stěžejní, přičemž odpovědnost za jejich řádné zpracování leží plně na zadavateli. Právě na základě tohoto souboru dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zadávací podmínky musí být zpracovány s maximální pozorností dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky.
98. Součástí zadávacích podmínek jsou podle § 37 odst. 1 písm. b) zákona i technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky. Podle § 89 odst. 1 zákona jsou technickými podmínkami požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, které zadavatel stanoví prostřednictvím parametrů vyjadřující požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny, nebo prostřednictvím odkazu na normy nebo technické dokumenty nebo prostřednictvím odkazu na štítky.
99. V šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky vytvoření a komplexní zprovoznění informačního systému IS APAO, postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv k IS APAO na zadavatele a poskytnutí podpory provozu a rozvoje IS APAO. Detailní vymezení předmětu veřejné zakázky je uvedeno v čl. 1 závazného návrhu smlouvy, z něhož vyplývá, že součástí plnění veřejné zakázky je kromě jiného také zpracování detailní analýzy požadované funkcionality IS APAO včetně implementačního projektu dle specifikace v příloze č. 2 závazného návrhu smlouvy, kde je uvedena požadovaná struktura detailní analýzy, a specifikace v příloze č. 3 zadávací dokumentace, kde jsou uvedeny základní požadavky na funkcionality systému. Úřad tedy považuje za prokázané, že součástí předmětu veřejné zakázky je zpracování detailní analýzy v rozsahu, který vymezuje příloha č. 2 závazného návrhu smlouvy, a která bude splňovat požadavky zadavatele uvedené v příloze č. 3 zadávací dokumentace („Základní požadavky na funkcionality“). Z přílohy č. 2 závazného návrhu smlouvy pak vyplývá, že součástí zpracování detailní analýzy má být část věnující se základním požadavkům na systém (HW a SW) a část obsahující detailní specifikaci hardware. Výše popsané nerozporuje ani navrhovatel, když ve svém návrhu uvádí: *„Jednou z dílčích částí předmětu plnění této veřejné zakázky je také zpracování detailní analýzy vymezené v Příloze č. 2 závazného návrhu smlouvy. V této příloze je pak obsažen požadavek na vypracování a navržení vhodné konfigurace hardware, který umožní pokud možno bezproblémový provoz navrženého software. Není tedy sporu o tom, že součástí předmětu plnění veřejné zakázky je také detailní analýza a návrh vhodné hardware konfigurace“*.
100. Úřad vzhledem k výše uvedenému považuje za prokázané, že předmětem plnění je mimo jiné samotný návrh vhodné hardwarové infrastruktury, která je potřebná pro bezproblémový provoz IS APAO. To vyplývá i z přílohy č. 3 zadávací dokumentace „Základní požadavky na funkcionality“, kde je v bodě 3.1.3. „Požadavky na popis kapacitního návrhu řešení technické infrastruktury“ uveden požadavek, aby poskytovatel v detailní analýze navrhl technickou infrastrukturu a kapacitní návrh technické infrastruktury reflektující výkon IS APAO v plném provozu a nejvyšší kapacitu datových uložení v průběhu provozu dle zadání (viz bod 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z toho dle Úřadu vyplývá, že dodavatel IS APAO má v rámci plnění předmětu veřejné zakázky, konkrétně v rámci jím zpracovávané detailní analýzy, navrhnout takovou technickou, resp. hardwarovou infrastrukturu, která bude dostačující pro bezproblémové fungování IS APAO. Kromě toho zadavatel v bodě 3.1.7. přílohy č. 3 zadávací

dokumentace uvedl, s jakými virtualizačními nástroji by měla být hardwarová platforma kompatibilní. Jiné požadavky zadavatel na hardwarovou infrastrukturu neuvedl.

101. Jak navrhovatel uvedl v návrhu, porušení zákona mimo jiné shledává v tom, že zadavatel nespécifikoval svou hardwarovou infrastrukturu a navrhovatel tak nemůže zvolit pro IS APAO vhodný licenční model, který dle navrhovatele na parametrech hardwarové infrastruktury závisí.
102. K tomu Úřad uvádí, že navržení vhodné hardwarové infrastruktury je součástí předmětu plnění veřejné zakázky, jak Úřad dovodil výše, její návrh je tedy plně v rukou dodavatele. Jediný požadavek, který zadavatel v zadávacích podmínkách na hardwarovou infrastrukturu stanovil, je, aby byla plně dostačující pro IS APAO v plném provozu a při nejvyšší kapacitě datových uložišť, a aby byla kompatibilní s konkrétně určenými virtualizačními nástroji. Jelikož dodavatel bude sám vytvářet IS APAO, je na něm, aby současně s navržením IS APAO navrhl takovou infrastrukturu, která požadavkům zadavatele vyhoví. Na základě této navržené hardwarové infrastruktury může dodavatel následně zvolit vhodný licenční model. Pokud zadavatel nemá jiné požadavky na hardwarovou infrastrukturu, než aby na ni IS APAO bezproblémově fungoval a aby byla kompatibilní s určenými virtualizačními nástroji, nelze po zadavateli oprávněně požadovat, aby hardwarovou infrastrukturu blíže specifikoval. V navržení vhodné hardwarové infrastruktury přitom nevidí problém ani sám navrhovatel, když ve svém návrhu uvádí „*není problém ve stanovení parametrů pro technickou architekturu jimi nabízeného řešení včetně uvedení produktového zajištění*“. Podle navrhovatele ale problém spočívá ve zvolení správného licenčního modelu pro příslušné produkty, které ale závisí na parametrech hardwarové infrastruktury. K tomu Úřad uvádí, že pokud pro navržení vhodného licenčního modelu navrhovatel potřebuje znát některé parametry hardwarové infrastruktury, je to on sám, kdo tuto infrastrukturu navrhuje a kdo tedy ve skutečnosti v určitý časový okamžik jako jediný zná její parametry a může tedy pro ni jako jediný navrhnout vhodný licenční model.
103. Podle § 89 odst. 1 písm. a) má zadavatel stanovit technické podmínky prostřednictvím parametrů vyjadřující požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny. Podle názoru Úřadu zadavatel v souladu s tímto ustanovením v zadávací dokumentaci a jejich přílohách jednoznačně určil, že dodavatelé mají navrhnout takovou hardwarovou infrastrukturu, která bude dostatečná pro provoz IS APAO a která bude kompatibilní s určenými virtualizačními nástroji, čímž popsal svou potřebu, která má být prostřednictvím plnění dodavatele naplněna.
104. S ohledem na uvedené považuje Úřad za logické tvrzení zadavatele uvedené v jeho vyjádření ze dne 12. 1. 2018, ve kterém uvedl: „*Zadavatel nepředurčoval hardwarovou infrastrukturu, aby uměle nevyloučil žádné z možných technických řešení a logicky očekával, že dodavatelé zvolí hardwarovou infrastrukturu i s přihlédnutím k tomu, aby ji bylo možno za výhodných podmínek doplnit softwarem*“ a dále, že „*Hardwarovou infrastrukturu měl definovat až vybraný dodavatel v detailní analýze v závislosti na jím zvolené řešení*“.
105. Úřad opětovně uvádí, že v případě technické specifikace předmětu veřejné zakázky se musí jednat o parametry vyžadované odůvodněnou potřebou zadavatele v rámci konkrétní veřejné zakázky (tzn. musí být objektivně zdůvodnitelné). Jakýkoliv další parametr, pro který neexistuje odůvodněná potřeba zadavatele, pak znamená bezdůvodné omezování

potenciálních dodavatelů a tedy omezování hospodářské soutěže. Pokud tedy dle zadavatele neexistuje odůvodněná potřeba pro bližší specifikaci hardwarové infrastruktury a nechává její navržení na dodavateli za dodržení základního účelu veřejné zakázky, tj. bezproblémového fungování IS APAO, navrhovatel může navrhnout takovou infrastrukturu i licence, které dle jeho názoru nejlépe vyhovují předmětu veřejné zakázky.

106. K argumentu navrhovatele, že pokud by přistoupil k sestavení nabídky s využitím nejlevnějších na trhu dostupných řešení, může se vystavit riziku vyloučení pro nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení, Úřad předně uvádí, že z návrhu není zcela zřejmé, ve vztahu k jaké části plnění navrhovatel pojem „nejlevnější na trhu dostupná řešení“ používá; dle názoru Úřadu však jde patrně o navrhovaný IS APAO a nikoli o hardwarovou infrastrukturu, neboť její návrh nemá být (na rozdíl od návrhu IS APAO) součástí nabídky, ale tvoří až součást vlastního plnění veřejné zakázky (tedy navrhovat ji bude až vybraný dodavatel po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku), a tudíž ve vztahu k návrhu hardwarové infrastruktury riziko vyloučení z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení reálně nehrozí. Vyjde-li tedy Úřad z předpokladu, že navrhovatel poznámku o využití nejlevnějších dostupných řešení vázal k návrhu IS APAO, pak je nutno uvést, že podle § 48 odst. 1 zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, konkrétně podle § 48 odst. 2 písm. a) může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky. Pokud by tedy navrhovatel navrhl IS APAO „s využitím nejlevnějších na trhu dostupných řešení“, nemůže být tato skutečnost zákonným důvodem pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení, pokud nabídka bude splňovat veškeré zadávací podmínky.
107. K tvrzení navrhovatele, že pokud by se s nabídkou s nejlevnějším na trhu dostupným řešením stal vybraným dodavatelem, je vysoké riziko, že při plnění veřejné zakázky zjistí, že jím nabízené řešení není s ohledem na chybějící specifikaci hardwarové infrastruktury dostačující, a muselo by tedy dojít k navýšení smluvní ceny nebo k vypsání nové veřejné zakázky, Úřad opakuje, že hardwarovou infrastrukturu navrhuje až vybraný dodavatel. Pokud by se tedy vybraným dodavatelem stal navrhovatel, je pouze na něm, aby v rámci detailní analýzy navrhl takovou infrastrukturu, na níž bude jím navržený IS APAO řádně fungovat.
108. Navrhovatel argumentuje také opačnou situací, kdy by dodavatelé mohli být kvůli nedostatečné specifikaci předmětu veřejné zakázky v oblasti technických podmínek nuceni ocenit rizika vyšší cenou, než by bylo nutné, což by vedlo k výběru nabídky, která nebude pro zadavatele nejvýhodnější a tedy k nehospodárnému jednání zadavatele. K tomu Úřad znovu uvádí, že hardwarovou infrastrukturu navrhuje vybraný dodavatel, o nedostatečnou specifikaci předmětu veřejné zakázky se tedy nejedná. Vzhledem k tomu, že nabídky jsou hodnoceny podle kritéria nejnižší nabídkové ceny, je přitom logicky v zájmu každého dodavatele, aby zadavateli nabídl co nejlevnější řešení. Z tohoto důvodu Úřad nepovažuje argument navrhovatele za relevantní.
109. K namítané neporovnatelnosti nabídek v důsledku nepřesně vymezeného předmětu plnění Úřad s odkazem na své výše uvedené závěry uvádí, že zadavatel v zadávacích podmínkách definoval předmět zakázky, včetně požadavků na hardwarovou infrastrukturu, dostatečně, a riziko obdržení neporovnatelných nabídek v důsledku neurčitých zadávacích podmínek tedy dle Úřadu není dáno. Úřad dodává, že to, že každý z účastníků zadávacího řízení navrhne jiné

řešení pro IS APAO vycházející i z odlišných požadavků každého dodavatele na potřebnou hardwarovou infrastrukturu, neznamená, že jsou nabídky vzájemně neporovnatelné.

110. Navrhovatel v návrhu také napadá argument zadavatele uvedený v rozhodnutí o námitkách, že „*Pokud bude Ministerstvo financí poptávat vymalování provozní budovy, také nebude v zadávacích podmínkách závazně určovat, jaký je správný počet souběžně pracujících malířů a zda se má použít štětka či váleček. Logicky nechá dodavatele nacenit pouze výsledek, tj. vymalování určeného počtu metrů čtverečních ve stanoveném termínu*“. Podle navrhovatele se však jedná o argumentaci ve prospěch navrhovatele, neboť pokud by zadavatel takto stanovil zadávací podmínky, podle navrhovatele by nepochybně obdržel žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace a zadavatel by tak musel zadávací podmínky doplnit o nezbytné informace k plnění veřejné zakázky jako například stáří původní malby, počet předchozích maleb, druh povrchu apod. K tomu Úřad uvádí, že předmětný modelový příklad výmalby budovy nelze na šetřený případ vztáhnout a činit z něj závěry využitelné pro šetřený případ, neboť jde o dvě zcela odlišné situace, v rámci nichž jde o zcela rozdílná plnění. V případě šetřené veřejné zakázky je jejím předmětem vývoj, dodávka a instalace nového informačního systému, tzn., že dodavatel tento systém bude sám tvořit, přičemž také sám navrhne prostředí, ve kterém bude tento systém fungovat, a je tedy pouze na něm, aby toto prostředí zvolil vhodně. Oproti tomu v modelovém příkladu byla předmětem veřejné zakázky výmalba již existující budovy či místností, jejichž podobu a stav dodavatel nezná a ani jej není sám schopen jakkoli ovlivnit, a je tedy logické, že by od zadavatele mohl potřebovat konkrétní informace. Jedná se tedy o natolik odlišné předměty veřejných zakázek, že nelze relevantně srovnávat, jaká má být úroveň jejich specifikace.
111. Vzhledem k výše popsaným skutečnostem Úřad konstatuje, že v rámci správního řízení neshledal, že by fakt, že zadávací podmínky neobsahují specifikaci hardwarové infrastruktury, na níž má fungovat IS APAO, zakládal jejich neurčitost či rozpornost, neboť ze zadávacích podmínek jasně vyplývá, že hardwarovou infrastrukturu má v rámci realizace předmětu plnění navrhnout až vybraný dodavatel. Jelikož tedy zadávací podmínky v tomto ohledu nebyly stanoveny v rozporu se zákonem, nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, a proto Úřad rozhodl podle § 265 zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele v této části zamítl.

K výroku II. – k části návrhu týkající se diskriminační povahy čl. 12.6 ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy

112. Navrhovatel ve svém návrhu dále uvádí, že shledává ustanovení čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy diskriminační „z důvodu nemožnosti využít proprietární software pro IS APAO“.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

113. Podle čl. 1 „PŘEDMĚT SMLOUVY“ **bodů 1.4 závazného návrhu smlouvy** „*předmět plnění dále zahrnuje závazek Poskytovatele poskytnout v případě požadavku Objednateli:*
- a) *licence k podporovaným i nepodporovaným platformám, databázím a dalším potřebným licencím komerčně dostupného SW,*
 - b) *maintenance (technická podpora) do konce trvání této Smlouvy,*

vždy maximálně v rozsahu nutném k zajištění požadovaných funkcionalit IS APAO, **za podmínek a cen stanovených v Příloze č. 9 Licence - Přehled využitého Proprietárního a Opensource software**, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů této Smlouvy, a to do 5-ti pracovních dnů od doručení závazného požadavku Objednatel Poskytovateli prostřednictvím IS DS (Informačního systému datových schránek)“.

114. V čl. 12 „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 12.3 závazného návrhu smlouvy je uvedeno následující:

„Poskytovatel prohlašuje, že ve smyslu § 58 odst. 1 Autorského zákona postupuje Objednateli oprávnění k výkonu majetkových práv autorských k Autorským dílům a to od okamžiku účinnosti tohoto postoupení, přičemž Poskytovatel postupuje Objednateli toto oprávnění s účinností, která nastává vždy okamžikem předání příslušné části Předmětu plnění, jehož je Autorské dílo součástí a toto oprávnění Objednatel získává jako dále postupitelné (je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se postoupení ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály). Objednateli tak od okamžiku účinnosti postoupení dle tohoto odstavce Smlouvy náleží k Autorským dílům či jejich jakékoli části právo výkonu majetkových práv autorských vztahujících se k Autorským dílům. Objednatel je tak především oprávněn Autorská díla i jejich části bez dalšího sám jakýmkoli způsobem užit v původní, zpracované či jinak změněné podobě a udělit třetím osobám oprávnění (licenci) k výkonu práva Autorská díla a/nebo jejich část užit. Objednatel je dále oprávněn jakoukoliv nehotovou anebo nedostatečně podrobnou část Autorského díla dokončit, a to bez ohledu na podmínky podle ustanovení § 58 odst. 5 Autorského zákona. Poskytovateli ani původním autorům nenáleží nárok na přiměřenou dodatečnou odměnu podle ustanovení § 58 odst. 6 Autorského zákona. Objednatel je oprávněn Autorská díla anebo jejich části zveřejnit, upravovat, zpracovávat včetně překladu, spojit s jiným dílem, zařadit do díla souborného a uvádět je na veřejnost pod vlastním jménem. Poruší-li Poskytovatel povinnost postoupit výkon majetkových práv autorských dle Smlouvy, příp. se v budoucnu prokáže, že této povinnosti v celém rozsahu nedostál, a nedojde-li v důsledku toho k postoupení výkonu majetkových autorských práv, má se za to, že Poskytovatel udělil Objednateli k těm částem Předmětu plnění, ke kterým nebyl řádně postoupen výkon majetkových práv autorských dle Smlouvy, právo užití (licenci) ke všem způsobům užití a to v následující specifikaci:

- *licence výhradní a neomezená a to zejména ke splnění účelu Smlouvy (je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se tato licence ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály);*
- *licence bez časového (udělená na dobu určitou v délce trvání majetkových práv autorských k příslušným Autorským dílům), územního a množstevního omezení a pro všechny způsoby užití;*
- *Objednatel je oprávněn výsledky činnosti (Autorská díla) užit v původní nebo jinak zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky;*
- *licence je převoditelná s právem podlicence a dále postupitelná jakékoliv třetí osobě;*

- licence se vztahuje automaticky i na všechny nové verze, úpravy a překlady příslušných Autorských děl;
- Poskytovatel společně s licencí poskytuje Objednateli právo upravovat a/nebo překládat příslušná Autorská díla, včetně práva Objednatele zadat vývoj a provedení těchto úprav a/nebo překladů třetím osobám;
- Licenční poplatek za výše uvedená oprávnění k příslušným Autorským dílům je zahrnut v ceně dle čl. 7, a to s přihlédnutím k účelu licence a způsobu a okolnostem užití Autorských děl a k územnímu a časovému a množstevnímu rozsahu licence“.

115. Podle čl. 12 „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 12.6 závazného návrhu smlouvy může být součástí plnění „tzv. **proprietární software**, u kterého Poskytovatel nemůže Objednateli poskytnout oprávnění dle odst. 12.3 Smlouvy nebo to po něm nelze spravedlivě požadovat, **a to pouze za splnění některé z následujících podmínek:**

- a) **jedná se o software renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený ke dni předložení Nabídky Objednateli na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat** a který bude v době uzavření Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Poskytovatel je povinen poskytnout Objednateli o této skutečnosti písemné prohlášení a na výzvu Objednatele tuto skutečnost prokázat,
- b) jedná se o software, u kterého Poskytovatel poskytne s ohledem na jeho (i) marginální význam, (ii) nekomplikovanou propojitelnost či (iii) oddělitelnost a nahraditelnost v rámci Předmětu plnění bez nutnosti vynakládání výraznějších prostředků, písemnou garanci, že další rozvoj Předmětu plnění jinou osobou než Poskytovatelem je možné provádět bez toho, aby tím byla dotčena práva autorů takového softwaru, neboť nebude nutné zasahovat do zdrojových kódů takového softwaru anebo proto, že případné nahrazení takového softwaru nebude představovat výraznější komplikaci a náklad na straně Objednatele.
- c) Poskytovatel Objednateli k software poskytne nebo zprostředkuje poskytnutí úplných komentovaných zdrojových kódů software a bezpodmínečného práva provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny takového software a dle svého uvážení do něj zasahovat, zpracovávat ho do dalších autorských děl, zařazovat ho do děl souborných či do databází apod., a to i prostřednictvím třetích osob. Poskytování zdrojových kódů se řídí odst. 12.4 a 12.5 Smlouvy“.

(...)

116. V čl. 12 „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 12.7 závazného návrhu smlouvy je uvedeno: „Je-li součástí Předmětu plnění tzv. **open source software**, u kterého Poskytovatel nemůže Objednateli poskytnout oprávnění dle bodů 12.3 až 12.5 Smlouvy nebo to po něm nelze spravedlivě požadovat, je Poskytovatel povinen zajistit, aby se jednalo o open source software, který je veřejnosti poskytován zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit. Současně je Poskytovatel povinen zajistit, že právo Objednatele takový open source software užit (např. licence) a způsob jeho použití nesmí kontaminovat

zdrojový kód jakékoliv části Předmětu plnění dle Smlouvy, které jsou počítačovým programem, povinností jejího zveřejnění jakékoliv třetí straně“.

117. V čl. 12 „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 12.9 závazného návrhu smlouvy je uvedeno, že „Poskytovatel prohlašuje, že veškerý jím dodaný Předmět plnění bude prostý právních vad a zavazuje se odškodnit v plné výši Objednatele v případě, že třetí osoba úspěšně uplatní autorskoprávní nebo jiný nárok plynoucí z právní vady poskytnutého Předmětu plnění nebo jeho části (...)“.
118. Přílohou č. 9 závazného návrhu smlouvy je dokument „Licence – Přehled využitého proprietárního a opensource software, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů“, kde jsou uvedeny následující tabulky s pokyny k vyplnění:

Tabulka A - Přehled proprietárního Software dle čl. 12.6 Smlouvy															
Druh licence	Alternativní dodavatelé	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Cena bez DPH	21% DPH	Cena včetně DPH	Maintenance:	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Roční náklady	Cena bez DPH (Náklad za dobu trvání smlouvy, tj. do 31. 12. 2025)	21% DPH	Cena včetně DPH
[Do jednotlivých řádků vypsát: Specifikace/licence/číslo]	[Do jednotlivých řádků vypsát: alternativní dodavatelé]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	[Do jednotlivých řádků označit druh a způsob zajištění maintenance]					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč

Tabulka B - Přehled open source software dle čl. 12.7 Smlouvy															
Druh licence	Open source	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Cena bez DPH	21% DPH	Cena včetně DPH	Maintenance:	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Roční náklady	Cena bez DPH (Náklad za dobu trvání smlouvy, tj. do 31. 12. 2025)	21% DPH	Cena včetně DPH
[Do jednotlivých řádků vypsát: Specifikace/licence/číslo]	[Do jednotlivých řádků vypsát: popis open source licence]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	[Do jednotlivých řádků označit druh a způsob zajištění maintenance]					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč

„Pokyny vyplnění tabulky A a tabulky B:

Produkty uvedené v tabulce A musí splňovat požadavky stanovené v čl. 12.6 Smlouvy.

Produkty uvedené v tabulce B musí splňovat požadavky stanovené v čl. 12.7 Smlouvy.

Produkty uvedené v tabulce A a v tabulce B jsou součástí Dodání a instalace díla ve smyslu čl. 1.2 písm. b) Smlouvy nebo součástí Podpory provozu ve smyslu 1.2. písm. d) Smlouvy. Veškeré náklady související s pořízením, údržbou, provozem, podporou a aktualizací produktů uvedených v tabulkách A a B jsou zahrnuty v ceně dle čl. 7.1 Smlouvy a čl. 7.2 Smlouvy. V krycím listu nabídky je dodavatel uvádí v těchto položkách. Výše uvedené položkové ceny mohou být využity v návaznosti na zpracování Detailní analýzy.

Dodavatel je oprávněn v tabulkách uvést i nulovou položku (obzvláště u open source software). Ve všech tabulkách se pro účely hodnocení nabídek počítá s dobou využití licencí a dodávky maintenance v délce 7,5 let. Při realizaci se může tento údaj drobně odlišovat v závislosti na délce doby implementace.“

Tabulka C - Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy - Platforma															
Druh licence	Alternativní dodavatelé / Open source	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Cena bez DPH	21% DPH	Cena včetně DPH	Maintenance:	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Roční náklady	Cena bez DPH (Náklad za dobu trvání smlouvy, tj. do 31. 12. 2025)	21% DPH	Cena včetně DPH
[Do jednotlivých řádků vypsát: Specifikace/licence/číslo]	[Do jednotlivých řádků vypsát: alternativní dodavatelé]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	[Do jednotlivých řádků označit druh a způsob zajištění maintenance]					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč						0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
Suma za dobu trvání Smlouvy - licence:					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	Suma za dobu trvání Smlouvy - maintenance					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč

Tabulka D - Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy - Databázový systém															
Druh licence	Alternativní dodavatelé / Open source	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Cena bez DPH	21% DPH	Cena včetně DPH	Maintenance:	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Roční náklady	Cena bez DPH (Náklad za dobu trvání smlouvy, tj. do 31. 12. 2025)	21% DPH	Cena včetně DPH
[Do jednotlivých řádků vypsat Specifikace/licence/číslo]	[Do jednotlivých řádků vypsat alternativní dodavatele]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	[Do jednotlivých řádků označit druh a způsob zajištění maintenance]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
Suma za dobu trvání Smlouvy - licence:					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	Suma za dobu trvání Smlouvy - maintenance			0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	

Tabulka E - Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy - Další software															
Druh licence	Alternativní dodavatelé / Open source	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Cena bez DPH	21% DPH	Cena včetně DPH	Maintenance:	Kalkulační jednotka (např. jádro, uživatel, rok, člověkodenní)	Jednotková cena (bez DPH)	Počet jednotek	Roční náklady	Cena bez DPH (Náklad za dobu trvání smlouvy, tj. do 31. 12. 2025)	21% DPH	Cena včetně DPH
[Do jednotlivých řádků vypsat Specifikace/licence/číslo]	[Do jednotlivých řádků vypsat alternativní dodavatele]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	[Do jednotlivých řádků označit druh a způsob zajištění maintenance]				0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč
Suma za dobu trvání Smlouvy - licence:					0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	Suma za dobu trvání Smlouvy - maintenance			0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	0,00 Kč	

„Pokyny vyplnění tabulky C, tabulky D a tabulky E:

V tabulce C, D a E může být uveden pouze **software renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený ke dni předložení Nabídky Objednateli na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty**, a který bude v době uzavření Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Poskytovatel je povinen poskytnout Objednateli o této skutečnosti písemné prohlášení a na výzvu Objednatele tuto skutečnost prokázat. Alternativně lze v tabulkách C, D, E uvést open source software, jehož používání je veřejnosti umožněno zdarma, včetně zdrojových kódů, úplné původní uživatelské, provozní a administrátorské dokumentace a práva takový software měnit.

V tabulce C, D a E musí být uvedeny licence umožňující využívání daného softwaru bez časového omezení (po dobu trvání majetkových práv k autorskému dílu). Pouze v případě, že se jedná o software renomovaného výrobce a po dodavateli nelze spravedlivě požadovat, aby získání takové licence zajistil (např. protože ji výrobce vůbec nenabízí) lze uvést licenci umožňující využívání software pokrývající období alespoň do 31.12.2025.

Produkty uvedené v tabulce C, D a E nejsou součástí Dodání a instalace díla ve smyslu čl. 1.2 písm. b) Smlouvy ani součástí Podpory provozu ve smyslu čl. 1.2 písm. d) Smlouvy. Objednatel bude dodavateli uvedené ceny hradit pouze v případě, že po uzavření Smlouvy vznese požadavek na dodání uvedených produktů ve smyslu čl. 1.4 Smlouvy. Při zpracování nabídky dodavatel uvádí nabídkovou cenu do krycího listu samostatně.

Dodavatel je oprávněn ve všech tabulkách uvést i nulovou položku (obzvláště u open source software). Ve všech tabulkách se pro účely hodnocení nabídek počítá s dobou využití licencí a dodávky maintenance v délce 7,5 let. Při realizaci se může tento údaj drobně odlišovat v závislosti na délce doby implementace.“

Právní posouzení

- Úřad nejprve obecně konstatuje, že zásada zákazu diskriminace je jednou ze základních zásad zakotvených v ust. § 6 odst. 2 zákona, přičemž jejím cílem je umožnit při zadávání veřejných zakázek hospodářskou soutěž v co možná největší míře. Z návrhu vyplývá, že navrhovatel shledává porušení zákazu diskriminace ve stanovení smluvních podmínek, konkrétně za diskriminační navrhovatel považuje bod 12.6 ve spojení s bodem 1.4 závazného návrhu smlouvy, neboť zadavatel tímto ustanovením dle názoru navrhovatele „**vyloučil využití proprietárního software pro IS APAO**“.
- Ve vztahu k uzavírání smluv v rámci zakázkového práva považuje Úřad za vhodné vyjádřit se obecně k procesu uzavírání smluv a tedy i (ne)možnosti dodavatelů vstupovat do způsobu a vhodnosti nastavení smluvních podmínek. Ve vztahu k zakázkovému právu je třeba si uvědomit, že zadávací řízení podle zákona představuje specifický kontraktační proces

upravený v souvislosti s vynakládáním veřejných prostředků s cílem zabezpečit jejich hospodárné využívání. Zákon tedy modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel (stejně tak dodavatel) musí dodržet. V soukromém právu se může proces uzavírání smlouvy skládat z nepřeborného množství ofert, kdy původní oferta jedné strany může být měněna dodatky, výhradami, omezeními nebo jinými změnami oferty, které představují odmítnutí nabídky, po kterém pak následuje další oferta, přičemž tento proces může v soukromém právu probíhat dle vůle stran až do konečné shody o obsahu budoucí smlouvy. Právě uvedené však v procesu zadávání veřejných zakázek není možné, nadto v otevřeném řízení, které žádá následná jednání o podobě smlouvy nepřipouští. Smlouva má být uzavřena v takovém znění, v jakém byla obsažena v nabídce účastníka zadávacího řízení, tedy po obsahové stránce. Připustit lze jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti smluvních stran, tedy neomezují či nerozšiřují jejich práva a povinnosti. Vzhledem k výše uvedenému je tedy nezbytné, aby zadavatel k formulaci smluvních podmínek přistoupil s patřičnou dávkou svědomitosti a zohlednění skutečnosti, že dodavatelům předkládá podmínky, které následně nemohou být měněny, a tedy by měly být nastaveny způsobem, aby neměly negativní dopad do průběhu samotného zadávacího řízení, stejně tak následně nečinily problémy při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Je nepochybné, že není povinností dodavatele účastnit se zadávacího řízení, a to např. z důvodu, že se neztotožňuje se způsobem nastavení smluvních podmínek. Obecně lze tedy konstatovat, že je na dodavateli, zda akceptuje navržené smluvní podmínky, či nikoliv. Zároveň nicméně platí, že smluvní podmínky nemohou být nastaveny takovým excesivním způsobem, že by měly za následek bránění v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení či jiným způsobem negativně zasahovaly do procesu zadávání.

121. Úřad dále k problematice uzavírání smluv v rámci zakázkového práva uvádí, že možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám je značně omezená. Uvedený závěr má podporu např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, v němž je uvedeno, že není na Úřadu, „*aby hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ.*“ Z výše řečeného lze tedy dovodit, že v kompetenci Úřadu je posoudit, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) zákona vymezených v § 6 zákona. Úřad dodává, že přestože uvedený rozsudek se vztahoval k právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou jeho závěry plně aplikovatelné i na postup podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.
122. Vzhledem k výše uvedenému se Úřad v šetřeném případě zabýval otázkou způsobu nastavení smluvních podmínek veřejné zakázky, a to v tom smyslu, zda ustanovení bodu 12.6 ve spojení s bodem 1.4 závazného návrhu smlouvy není zadavatelem určeno takovým způsobem, který by mohl mít zásadní dopad na průběh samotného zadávacího řízení, čili zda se nejedná o smluvní podmínky nastavené excesivním způsobem, které mají dopad do základních zásad zadávacího řízení vyjádřených v § 6 zákona.

123. Navrhovatel v návrhu uvedl, že obchodní podmínky stanovené zadavatelem znemožňují dodavatelům pro IS APAO využít proprietární software. Ustanovení odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy stanoví, že součástí plnění dle smlouvy může být tzv. proprietární software, u kterého poskytovatel nemůže objednateli (zadavateli) poskytnout oprávnění dle odst. 12.3 smlouvy (tzn., že nemůže zadavateli postoupit oprávnění k výkonu majetkových práv autorských k tomuto software), pokud poskytovatel splní kromě jiného podmínku, že se jedná o software renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat.
124. Úřad dále zjistil, že součástí plnění veřejné zakázky dle bodu 1.4 závazného návrhu smlouvy je závazek poskytovatele na základě požadavku objednatele (zadavatele) poskytnout licence k podporovaným i nepodporovaným platformám, databázím a dalším potřebným licencím komerčně dostupného SW a závazek objednatele na základě požadavku objednatele poskytnout maintenance (technická podpora) do konce trvání smlouvy. Z citovaného ustanovení závazného návrhu smlouvy dále vyplývá, že předmětné plnění bude poskytováno za podmínek a cen stanovených v příloze č. 9 závazného návrhu smlouvy „Licence - Přehled využitého Proprietárního a Opensource software, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů této Smlouvy“.
125. Příloha č. 9 závazného návrhu smlouvy obsahuje celkem 5 tabulek, které mají dodavatelé vyplnit a učinit součástí své nabídky. První tabulka je nazvaná „Tabulka A – Přehled proprietárního Software dle čl. 12.6 Smlouvy“, druhá tabulka je nazvaná „Tabulka B – Přehled open source software dle čl. 12.7 Smlouvy“. Pod těmito tabulkami jsou uvedeny pokyny k vyplnění tabulky A a B, kde je kromě jiného uvedeno, že produkty uvedené v tabulce A musí splňovat požadavky stanovené v čl. 12.6 Smlouvy a produkty uvedené v tabulce B musí splňovat požadavky stanovené v čl. 12.7 Smlouvy. Dále je zde vysvětleno, že produkty uvedené v tabulce A a v tabulce B jsou součástí „Dodání a instalace díla ve smyslu čl. 1.2 písm. b) Smlouvy“ nebo součástí „Podpory provozu ve smyslu čl. 1.2. písm. d) Smlouvy“. Třetí tabulka přílohy č. 9 závazného návrhu smlouvy je nazvaná „Tabulka C – Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy – Platforma“, čtvrtá tabulka „Tabulka D – Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy – Databázový systém“ a pátá tabulka nazvaná „Tabulka E – Přehled dalšího software nezbytného k fungování IS APAO dle čl. 1.4 Smlouvy – Další software“. Pod tabulkami C, D a E jsou uvedeny pokyny pro vyplnění tabulky C, tabulky D a tabulky E, ve kterých je uvedeno, že v tabulce C, tabulce D a tabulce E může být uveden pouze software renomovaných výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený ke dni předložení nabídky objednateli na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty, a který bude v době uzavření Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Dále zde zadavatel uvedl, že produkty uvedené v tabulce C, D a E nejsou součástí „Dodání a instalace díla ve smyslu čl. 1.2 písm. b) Smlouvy“ ani součástí „Podpory provozu ve smyslu čl. 1.2 písm. d) Smlouvy“, zadavatel bude dle těchto pokynů dodavateli uvedené ceny hradiť pouze v případě, že po uzavření smlouvy vznese zadavatel požadavek na dodání uvedených produktů ve smyslu čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy.

126. Z výše uvedeného dle Úřadu vyplývá, že do tabulky A přílohy č. 9 závazného návrhu smlouvy mají dodavatelé doplnit proprietární software potřebný pro dodání a instalaci IS APAO nebo pro jeho podporu provozu (tj. pro plnění dle čl. 1.2 písm. a) a d) závazného návrhu smlouvy), přičemž tento software musí splňovat požadavky ustanovení odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy, kterými je kromě jiného podmínka, že se jedná o software nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat. Oproti tomu do tabulky C, tabulky D a tabulky E přílohy č. 9 závazného návrhu smlouvy mají dodavatele doplnit takový software, který není potřebný pro samotné dodání a instalaci IS APAO (čl. 1.2 písm. a) závazného návrhu smlouvy) nebo jeho podporu provozu (čl. 1.2 písm. d) závazného návrhu smlouvy), ale je potřeba k poskytnutí plnění dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy. Software uvedený v tabulkách C, D a E musí kromě jiného splňovat podmínku, že je na území České republiky nabízený alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty. Z toho dle Úřadu vyplývá, že rozdíl mezi proprietárním softwarem potřebným k samotnému dodání a instalaci IS APAO nebo pro jeho podporu (tabulka A) a ostatním softwarem nezbytným pro fungování IS APAO (tabulka C, D a E) je kromě jiného ten, že v případě prvně uvedeného software musí existovat v České republice alespoň 3 subjekty, které jsou oprávněny tento software upravovat. V případě software uvedeného v tabulce C, D a E musí sice existovat alespoň 3 subjekty, které ho nabízejí, ale nemusí již být oprávněny ho upravovat.
127. Z výše uvedeného je dle Úřadu zřejmé, že dodavatel může v rámci plnění předmětu veřejné zakázky spočívajícího v dodávce a instalaci IS APAO (čl. 1.2 písm. a) závazného návrhu smlouvy) nebo při zajištění podpory provozu IS APAO (čl. 1.2 písm. d) závazného návrhu smlouvy) použít proprietární software za podmínek uvedených v čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy, mezi které kromě jiného patří také podmínka, že tento proprietární software je na území České republiky nabízen alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat. Dále pro zajištění požadovaných funkcionalit IS APAO v rámci plnění veřejné zakázky dle odst. 1.4 závazného návrhu smlouvy (tedy v rámci plnění, které má být zadavateli poskytováno pouze v případě jeho požadavku) mohou dodavatelé použít takový proprietární software, který bude na území České republiky nabízený alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty, které, na rozdíl od podmínky stanovené ve vztahu k proprietárnímu softwaru využívanému pro plnění dle čl. 1.2 písm. a) a d) závazného návrhu smlouvy, už ale nemusí být oprávněny takový software upravovat.
128. Úřad v návaznosti na uvedené konstatuje, že tvrzení navrhovatele uvedené v návrhu, podle něhož čl. 12.6. ve spojení s čl. 1.4. závazného návrhu smlouvy má vést k nemožnosti využít proprietární software pro IS APAO, nemá oporu v zadávacích podmínkách. Jak Úřad vyložil výše, ustanovení odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy se vztahuje pouze na dodání a instalaci IS APAO dle odst. 1.2 písm. a) závazného návrhu smlouvy a na zajištění podpory provozu IS APAO dle odst. 1.2 písm. d) závazného návrhu smlouvy, nikoliv na poskytnutí licencí k podporovaným i nepodporovaným platformám, databázím a dalším potřebným licencím komerčně dostupného software dle odst. 1.4 závazného návrhu smlouvy. Vazba mezi čl. 1.4 a čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy tedy s ohledem na výše citovaná ustanovení přílohy č. 9 závazného návrhu smlouvy, na niž čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy výslovně odkazuje, není dána, když z přílohy č. 9 vyplývají ve vztahu k proprietárnímu softwaru spadajícímu pod plnění dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy podmínky odlišné od podmínek

stanovených pro proprietární software popsány v čl. 12.6 závazného návrhu smlouvy, a je tak dle Úřadu zřejmé, že čl. 12.6 se na plnění dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy nepoužije. Zadavatel navíc ustanovením odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy použití proprietárního software dle Úřadu nevyloučil, ale naopak umožnil, i když, vzhledem k požadavku na existenci 3 subjektů oprávněných tento proprietární software upravovat, v omezené míře. Úřad proto považuje za důležité vyjádřit se k důvodům omezení využití proprietárního software.

129. Podle vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách k takto nastaveným obchodním podmínkám zadavatel přistoupil z důvodu získání oprávnění k výkonu majetkových práv k autorskému dílu, aby mohl v budoucnu garantovat dostatečnou otevřenou soutěž hospodářských subjektů. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 12. 1. 2018 uvedl, že stanovil zadávací podmínky v souladu s doporučením Úřadu (Florian M.: Autorský zákon a zákon o zadávání veřejných zakázek ve vztahu k IT zakázkám in zakázkové právo v oblasti ICT a další aktuální témata, Informační list 1/2017, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže: Brno 2017, str. 28-29. Online: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>), podle kterého má zadavatel vždy „odpovědně zvažovat“ pořízení software v režimu postoupení oprávnění k výkonu autorských práv dle § 58 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a to zejména tehdy, pokud zadavatel v průběhu životního cyklu veřejné zakázky předpokládá další úpravy software. Zadavatel k tomu dále uvedl, že aby zajistil faktickou hospodářskou soutěž při zadávání následných veřejných zakázek, není možné upadnout do tzv. „vendor lock-in“ („vendor lock-in“ znamená neschopnost zadavatele změnit či zpřístupnit dílo vytvořené dodavatelem bez jeho souhlasu nebo poplatků – pozn. Úřadu) tím, že by funkčnost software pořízeného v režimu postoupení oprávnění k výkonu autorských práv byla podmíněna úpravami proprietárního software v jeho softwarové architektuře. Zadavatel dle svého vyjádření v rozhodnutí o námitkách nemohl založit u šetřené veřejné zakázky situaci „vendor lock-in“, ale zároveň nechtěl úplně vyloučit možnost použití proprietárního software jakožto součásti IS APAO, proto definoval v odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy podmínky použití proprietárního software v IS APAO a jeho využití tedy dle názoru zadavatele de facto umožnil.
130. K výše uvedenému Úřad obecně sděluje, že IT veřejné zakázky (ke kterým patří i šetřená veřejná zakázka) jsou s ohledem na složitost autorských, licenčních a dalších souvisejících práv značně odlišné od ostatních veřejných zakázek. Jedním ze specifíků IT veřejných zakázek je poměrně častá potřeba tzv. „následné“ zakázky, prostřednictvím které se zasahuje (např. v rámci dalšího rozvoje) do počítačových programů, které již zadavatel používá. Zadavatel by tedy měl již při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a pokud by zadavatel taková budoucí plnění předpokládal, musí dle názoru Úřadu při zadávání původní veřejné zakázky uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli (tzn. stav, kdy existuje pouze jediný dodavatel, který je právně nebo fakticky schopen plnit veřejnou zakázku) a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění v rámci otevřené hospodářské soutěže. V souvislosti se zmíněným stavem exkluzivity Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém se Nejvyšší správní soud věnoval podmínkám použití jednacího řízení bez uveřejnění (jedná se o zadávací řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, se

kterými bude vyjednávat smluvní podmínky), jehož použití zadavatel odůvodňoval právě existencí stavu exkluzivity, přičemž Nejvyšší správní soud zde jednoznačně uvedl, že „(...) *jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit*“³. Nelze tedy jinak než shrnout, že zadavatel je povinen při zadávání původní veřejné zakázky zkoumat budoucí potřebu zasahovat do počítačového programu a přijmout taková opatření, která zajistí výběr dodavatele budoucích navazujících plnění v rámci široké hospodářské soutěže. V opačném případě je totiž nutné přijmout jednoznačný závěr, a sice že zadavatel byl s budoucím užitím jednacím řízením bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že zadavatel nevybírá dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen „řetězí“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ale přitom takovou situaci vyvolal právě zadavatel.

131. Z vyjádření zadavatele, jakož i ze samotného charakteru předmětu veřejné zakázky, dle Úřadu vyplývá, že v rámci IS APAO, jehož dodání a instalace je předmětem šetřené veřejné zakázky, existuje odůvodněný předpoklad budoucí potřeby zasahovat do tohoto programu. Aby byla při zadávání následných veřejných zakázek zajištěna faktická hospodářská soutěž, bylo dle zadavatele nutné přijmout taková opatření, která zabrání situaci, aby „*funkčnost software pořízeného v režimu postoupení oprávnění k výkonu autorských práv byla podmíněna úpravami proprietárního softwaru v jeho softwarové architektuře*“.
132. Úřad vzhledem k výše uvedenému shrnuje, že pokud zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky identifikoval budoucí potřebu do programu, jehož dodání a instalace je předmětem šetřené veřejné zakázky, zasahovat a činit v něm úpravy, bylo jeho povinností nastavit takové zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky, které umožní zadání následné veřejné zakázky v rámci otevřené hospodářské soutěže. Úřad může postavit najisto, že aby zadavatel mohl zadat následné zakázky v rámci otevřené hospodářské soutěže, musí mít oprávnění k výkonu majetkových práv autorských k předmětnému programu. Pokud je součástí předmětného programu software, pro který nelze zajistit výkon majetkových práv autorských, je dle Úřadu nezbytné, aby zadavatel přijal taková opatření, která mu zajistí oprávnění do takového software zasahovat.
133. Nadto Úřad dodává, že navrhovatel nikde v návrhu neuvedl jediný argument, proč by mělo být ustanovení čl. 12.6 ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy diskriminační, kromě pouhého konstatování, že tak je z důvodu nemožnosti využití proprietárního software. Jak přitom Úřad dovodil výše, čl. 12.6 se pro plnění dle čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy nepoužije. Současně ani dle čl. 12.6 (ani dle čl. 1.4) závazného návrhu smlouvy pak použití

³ Přestože se závěry soudu učiněné v daném rozsudku vztahují k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze závěry soudu ohledně použití jednacím řízením bez uveřejnění v právní úpravě zcela jistě aplikovat rovněž i ve vztahu k zákonu č. 134/2016 Sb. – pozn. Úřadu

proprietárního software vyloučeno není, zadavatel pouze možnost jeho použití omezil. Zadavatel přitom však dle Úřadu racionálně zdůvodnil, jaká příčina ho k takovému nastavení smluvních podmínek veřejné zakázky vedla. Tímto důvodem je budoucí potřeba do IS APAO zasahovat a z toho vyplývající potřeba zajištění otevřené hospodářské soutěže při realizaci následných veřejných zakázek, v rámci kterých bude docházet k zasahování do IS APAO. Navrhovatel se však ve svém návrhu omezil na pouhé konstatování, že došlo k porušení zásady zákazu diskriminace z důvodu nemožnosti využít proprietární software pro IS APAO. To, že zadavatel určitým způsobem omezil při plnění veřejné zakázky využití proprietárního software z důvodu zajištění oprávnění do IS APAO zasahovat, dle Úřadu samo o sobě není porušením zákazu diskriminace, neboť se ze strany zadavatele jedná o objektivně zdůvodněnou potřebu.

134. Na základě výše uvedeného Úřad shrnuje, že smluvní podmínky v ohledech popsaných výše neshledal zřejmě excesivní. Ustanovení odst. 12.6 závazného návrhu smlouvy, jakož i ustanovení čl. 1.4 je dle Úřadu přiměřené požadovanému cíli, kterým je vytvoření a komplexní zprovoznění IS APAO, postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv k IS APAO na zadavatele a poskytnutí podpory provozu a rozvoje IS APAO. Pokud zadavatel identifikoval budoucí potřebu zasahovat do IS APAO, stanovením obchodních podmínek, které tento budoucí zásah do programu umožní v rámci otevřené hospodářské soutěže, postupoval dle Úřadu v souladu se zákonem.
135. Vzhledem k výše popsaným skutečnostem Úřad konstatuje, že ve správním řízení neshledal ustanovení čl. 12.6 ve spojení s čl. 1.4 závazného návrhu smlouvy jako rozporné se zásadou zákazu diskriminace, jak v návrhu uvádí navrhovatel. Jelikož tedy zadávací podmínky v tomto ohledu nebyly stanoveny v rozporu se zákonem, a nejsou tak dány důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, rozhodl Úřad podle § 265 zákona tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele v této části zamítl.
136. K poznámce zadavatele uvedené v jeho vyjádření ze dne 12. 1. 2018, kdy se ve vztahu k podnikatelskému uskupení zmiňuje v souvislosti tzv. „vendor lock-in“ o „zásadě čistých rukou“ a požaduje, aby Úřad v případě, kdy by mu byly známy skutečnosti opravňující tuto zásadu vůči navrhovateli aplikovat, takto učinil (viz bod 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že rozsah jeho dozorové pravomoci v oblasti zadávání veřejných zakázek je vymezen v § 248 zákona, přičemž Úřad v rámci výkonu této své pravomoci přezkoumává toliko soulad postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek se zákonem. Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele v nyní šetřeném případě je přitom otázka naplnění podmínek pro aplikaci „zásady čistých rukou“ vůči navrhovateli irelevantní, tudíž se Úřad touto poznámkou zadavatele blíže nezabýval.
137. Úřad závěrem pro úplnost dodává, že o částech návrhu, v nichž navrhovatel namítá nezákonnost postupu zadavatele při poskytování vysvětlování zadávací dokumentace, nezákonnost stanoveného způsobu hodnocení nabídek, nezákonnost čl. 12.3 závazného návrhu smlouvy a nezákonnost postupu zadavatele spočívající v identifikaci účastníka zadávacího řízení, který podal nabídku, rozhodl samostatným usnesením.
138. Úřad dále pro úplnost dodává, že závěrečnou pasáž části VI. návrhu navrhovatele, která se týká neprodloužení lhůty pro podání nabídek (které navrhovatel požadoval v námitkách), posoudil s ohledem na její formulaci, kdy ji navrhovatel sám označil pouze jako „poznámku“

ke konstatování zadavatele v rozhodnutí o námitkách, a její obsah, kdy navrhovatel pouze uvádí, proč předmětné konstatování nepovažuje za pravdivé, aniž by však uváděl, že postupem zadavatele mělo dojít k porušení zákona, jako pouhé informativní sdělení, nikoliv jako samostatnou část návrhu, o níž by mělo být ve správním řízení rozhodováno.

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. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 00 Praha
2. TESCO SW a.s., tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne

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