



UOHSX00CTCPS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh

Brno: 11. listopadu 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 9. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Vema,a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 9. 2019 společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 7. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-023222, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 133-327039, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 158-391469,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Vema,a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno – ze dne 27. 9. 2019, **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) zahájil dne 9. 7. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-023222, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 133-327039, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 158-391469 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení „*pořízení licencí k personálnímu informačnímu systému, provedení předimplementační analýzy, poskytnutí komplexního programového vybavení, poskytnutí komplexní dokumentace k dodanému systému, parametrizace, integrace s okolními informačními systémy zadavatele, migrace dat, školení, podpora při souběžném zpracování mezd ve stávajícím a novém systému, zajištění rutinního provozu se zvýšenou podporou a dále zajištění servisní podpory a rozvoje dodaného systému.*“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla podle bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatelem stanovena na 7 700 000 Kč bez DPH.
4. Dne 2. 9. 2019 doručil dodavatel – Vema,a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 9. 2019 společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) – zadavateli námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „námitky“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 17. 9. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) zadavatel námitky navrhovatele v celém rozsahu odmítl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 27. 9. 2019 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 27. 9. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.

8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-26836/2019/532/LOh ze dne 1. 10. 2019.
9. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-29092/2019/532/LOh ze dne 23. 10. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem 2. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-29311/2019/532/LOh ze dne 25. 10. 2019 Úřad částečně nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu, a to v rozsahu částí dokumentace o zadávacím řízení, které nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí.

Obsah návrhu

11. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, a že tím porušil zásadu zákazu diskriminace.
12. Navrhovatel upozorňuje na čl. 9.5 uvedený „Příloze č. 2 – Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace (dále také jen „návrh smlouvy“), kde zadavatel zavazuje vybraného dodavatele, aby předal zadavateli zdrojový kód každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem a která bude zadavateli poskytována na základě provádění plnění dle uzavřené smlouvy.
13. Navrhovatel dále uvádí, že ze smluvního požadavku na předání zdrojových kódů zadavatel ustupuje pro případy tzv. proprietárního software, který v čl. 9.7.1 návrhu smlouvy definuje tak, že musí být mj. nabízen na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislymi a vzájemně nepropojenými subjekty, které zároveň musí být oprávněny takový software upravovat.
14. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nepřiměřeně rozšiřuje (deformuje) obecně platnou definici proprietárního software a cituje definici proprietárního software z encyklopedie Wikipedia (https://cs.wikipedia.org/wiki/Proprietární_software): „*Proprietární software nebo také software s uzavřeným kódem je takový software, kde jeho autor upravuje licenci či jiným způsobem možnosti jeho používání. K takovému software nejsou zpravidla k dispozici volně zdrojové kódy či v nich nelze svobodně dělat úpravy a výsledné dílo distribuovat. Takový software obvykle spadá do kategorie komerčního software, který jeho autor prodává.*“.
15. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel jej omezil v účasti v předmětném zadávacím řízení, když provedl svévolně rozšíření definice proprietárního software, neboť obecně platné definice proprietárního software neberou v potaz, zda je na daném trhu proprietární software nabízen a udržován autorem (vlastníkem autorských práv) v individuálním postavení či vícero subjekty souběžně.
16. Navrhovatel dodává, že je výhradním držitelem autorských práv komerčního aplikačního software VEMA implementovaného u značného počtu zákazníků z řad firem i státních organizací, který vyvíjí, udržuje a prodává přes 25 let. Uvádí, že tento software nabízí na území České republiky samostatně, a že nedisponuje dalšími nezávislymi a nepropojenými partnery, kteří by měli oprávnění jeho proprietární software upravovat. Pro navrhovatele je

zcela nepřijatelné, aby jakékoliv třetí straně poskytl kompletní zdrojový kód svého klíčového software tvořícího kmenový výrobní prostředek společnosti.

17. Navrhovatel dále zmiňuje, že zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 uvedl, že z rozšířené definice proprietárního software neustoupí a že požaduje buď kompletní zdrojové kódy, nebo existenci tří na sobě nezávislých vzájemně nepropojených subjektů, které jsou oprávněny takový software upravovat. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel svůj postoj odůvodňuje snahou zamezit tzv. vendor-lock-in efektu.
18. Navrhovatel je přesvědčen, že jako jeden ze tří největších tuzemských dodavatelů IT řešení personálních a mzdových agend pro veřejný sektor má právo se o předmětnou veřejnou zakázku ucházet, a to i v případě, kdy svůj vlastní software nabízí a udržuje samostatně, bez existence tří nezávislých partnerů, kteří by byli oprávněni jej upravovat.
19. Navrhovatel dále vysvětluje, z jakých důvodů považuje představu zadavatele o zamezení vendor-lock-in efektu za objektivně neospravedlnitelnou. Předně konstatuje, že požadavek zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů k takto extenzivně definovanému proprietárnímu software povede k omezení hospodářské soutěže, neboť nejenom navrhovatel, ale dle jeho názoru i další potenciální dodavatelé v obdobném postavení se zadávacího řízení nezúčastní a zadavatel tak obdrží méně (a pravděpodobně výrazně dražších) nabídek. Navrhovatel je přesvědčen, že samotná existence nezávislých partnerů vybraného dodavatele zadavateli nezaručí, že se tito budou o navazující veřejné zakázky na údržbu proprietárního software zajímat a že podají nabídky, které budou konkurovat výrobci proprietárního software či sobě navzájem. Navrhovatel se dále domnívá, že partneři výrobce proprietárního software jsou loajální především jemu samotnému a nejsou motivováni rozbít stávající kontrakty, či do nich jakkoliv razantně vstupovat. Dle navrhovatele se výrobci software přirozeně účastní veřejných zakázek přímo nebo prostřednictvím jednoho nominovaného partnera, kterému je svěřena odpovědnost za úspěch a jsou mu poskytnuty odpovídající výhody k dosažení tohoto cíle (speciální ceny, lidské zdroje, potřebná prohlášení atp.). Pokud jde o proprietární software, navrhovatel je přesvědčen, že možnost jeho údržby a rozvoje zadavatelem nebo třetí stranou, je pouze teoretická, neboť není ve schopnostech třetí strany, aby uspokojivě a konzistentně pokračovala v předmětném dílu, byť by měla k dispozici zdrojový kód. Navrhovatel dodává, že takto rozsáhlý software vzniká na základě dlouholetých specializovaných znalostí a dovedností výrobce.
20. Vendor-lock-in efekt lze dle navrhovatele u personálního informačního systému řešit nastavením povinností při ukončení smlouvy či přechodu na nový systém (např. provedení exportu dat příp. součinnost při jejich migraci do nového systému), nikoliv však požadavkem na předání zdrojových kódů k proprietárnímu software, což navrhovatel považuje za diskriminační.
21. V další části návrhu navrhovatel shrnuje vyjádření zadavatele k námitkám a konstatuje, že rozumí argumentaci zadavatele, která vychází z dlouhodobě neuspokojivých zkušeností veřejných zadavatelů s ICT zakázkami stíženými vendor-lock-in efektem. Domnívá se však, že zadavatel argumentuje pouze ve svůj prospěch a dodává, že podle jeho názoru není ve schopnostech zadavatele, aby situaci posoudil nezávisle a aby objektivně vyhodnotil míru dopadů svého konání do narušení hospodářské soutěže.

22. Navrhovatel požaduje, aby Úřad pro posouzení nezákonnosti namítané zadávací podmínky „provedl test narušení hospodářské soutěže a omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli“, který vezme v potaz přinejmenším následující:
- *Množství skutečně podaných nabídek na plnění Veřejné zakázky.*
 - *Důvody neúčasti ze strany běžných soutěžitelů (poznámka pod čarou: Zahraniční výrobci jako je Microsoft, SAP ČR a jejich tuzemští partneři, specializovaní na veřejný sektor, domácí výrobci jako GORDIC, OK System, VEMA, Elanor, KS Program, AutoCont CZ, Asseco, I.CZ), kteří jinak nabídky na obdobné veřejné zakázky podávají (zjištění skutkového stavu věci ve smyslu § 3 správního řádu).*
 - *Zda je míra omezení okruhu potenciálních dodavatelů v daném případě přiměřená výhodě (užité hodnotě), kterou Zadavatel uplatněním omezujícího požadavku na poskytnutí zdrojových kódů získá.*
 - *Zdali je výhoda (užitná hodnota), kterou Zadavatel uplatněním omezujícího požadavku na poskytnutí zdrojových kódů získá, konkrétní a hmatatelná nebo pouze hypotetická. Konkrétně pak, zda samotná existence nezávislých partnerů, jak ji Zadavatel požaduje ve své definici zadávacích podmínek Veřejné zakázky, je tím objektivním nástrojem snížení rizika vendor-lock-in efektu, či zda jde o ryze deklaratorní formalitu, která ve skutečnosti není tím opatřením, které zajistí výběr dodavatele budoucích navazujících plnění v rámci široké hospodářské soutěže.*
 - *Možnosti běžných soutěžitelů, kteří jsou nezávislými partnery výrobců (ať již tuzemských nebo zahraničních), konkrétně zdali mají oprávnění upravovat proprietární software výrobců (nikoliv pouze na zakázku vytvořené úpravy či dodatečně programované moduly v rámci konkrétní zakázky) a tudíž, zda se mohou ucházet o veřejné zakázky toto požadující.“*
23. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nedodržel ustanovení § 6 odst. 2 zákona, a to zásadu zákazu diskriminace, ve spojení s ustanovením § 36 odst. 3 zákona tím, že vymezil nesplnitelnou smluvní podmínku ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tím ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
24. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 10. 2019

25. V úvodu vyjádření zadavatel uvádí, že návrhem napadené zadávací řízení je v pořadí již druhým zadávacím řízením k veřejné zakázce se stejným předmětem plnění a dodává, že první zadávací řízení, realizované v roce 2018, bylo zadavatelem zrušeno.
26. Zadavatel odkazuje na svoji argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách a konstatuje, že v tomto vyjádření pouze rekapituluje svá stanoviska k předchozím námitkám, případně je blíže rozvádí a zároveň se vyjadřuje k navrhovaným důkazům.
27. Zadavatel má za to, že zadávací podmínky uvedené v čl. 9.5 až 9.7 návrhu smlouvy představují opatření, kterými se zadavatel brání vytvoření „stavu exkluzivity“ pro případ potřeby následné veřejné zakázky. Přiměřenost a oprávněnost opatření spočívajících v požadavku zadavatele na poskytnutí zdrojového kódu dle zadavatele vyplývá z rozhodovací

praxe Úřadu a judikatury soudů. Zadavatel je přesvědčen, že zakotvením možnosti použít proprietární software, změkčuje povinnost k předání zdrojového kódu každé části autorského díla, čímž rozšiřuje okruh potenciálních dodavatelů. Zadavatel konstatuje, že použití proprietárního software je spojeno pouze se splněním základních podmínek uvedených ve smlouvě (přičemž pro navrhovatele je zásadní existence tří na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů oprávněných takový software upravovat) a dodává, že skutečnost, zda takové subjekty budou existovat, je plně v dispozici dodavatele (držitele majetkových práv k informačnímu systému).

28. Zadavatel je přesvědčen, že potřebu budoucích zásahů do poptávaného informačního systému již podrobně zdůvodnil v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách zmiňuje, že zvažuje realizaci následného zadávacího řízení, jehož předmětem by měl být provoz, podpora údržba a rozvoj personálního informačního systému a rovněž eventuální propojení personálního informačního systému s dalšími systémy (např. se systémem spisové služby, ekonomickým systémem, docházkovým systémem). Ve vyjádření k návrhu zadavatel dále doplňuje, že podle něj si navrhovatel vysvětluje stav vendor-lock-in efektu velice úzce, když konstatuje, že jej lze u informačního systému řešit pomocí dobře nastavených povinností vybraného dodavatele při ukončení smlouvy či přechodu na nový systém. Dle zadavatele uložení takových povinností předpokládá, že vybraný dodavatel bude v okamžiku smlouvy existovat, jinak by mohlo dojít ke zmaření vynaložených finančních prostředků a ohrožení výkonu personálních a mzdových agend, neboť ani zadavatel ani jiný subjekt nemůže tento systém provozovat. Zadavatel rovněž upozorňuje na riziko ztráty či zničení zdrojových kódů.
29. Zadavatel konstatuje, že navrhovatel v námitkách ani v návrhu neuvádí, jakým způsobem byla porušena zásada zákazu diskriminace. K otázce diskriminace zadavatel dodává, že požadavek na poskytnutí zdrojových kódů podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 zásadu zákazu diskriminace neporušuje a rovněž odkazuje na rozsudek téhož soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 zabývající se obecně problematikou dodržování zásady zákazu diskriminace. Zadavatel je přesvědčen, že nastavením předmětné smluvní podmínky nedochází k odlišnému zacházení s jedním či více dodavateli. Každý dodavatel je dle zadavatele na stejné startovací čáře v tom smyslu, že je na jeho rozhodnutí, zda se zúčastní zadávacího řízení a poskytne prostřednictvím smlouvy zdrojové kódy či nikoliv, tj. každý dodavatel se tímto úkonem vzdává části svých majetkových práv. V případě, že software dodavatele splňuje znaky proprietárního software definované zadavatelem, může se podle zadavatele zadávacího řízení zúčastnit i, aniž by musel zdrojové kódy k aplikaci poskytnout.
30. Zadavatel se dále vyjadřuje k požadavku navrhovatele na provedení testu narušení hospodářské soutěže ze strany Úřadu. Zadavatel se domnívá, že vzhledem k tomu, že navrhovatelem napadená smluvní podmínka týkající se majetkových práv nebyla shledána rozhodovací praxí Úřadu a příslušných soudů jako diskriminační, je předmětný test irelevantní a provedení navrhovaných důkazů zbytečné. Co se týče množství podaných nabídek, tato skutečnost nemůže mít dle zadavatele vliv na předmět tohoto řízení. Zadavatel dodává, že k zadávacím podmínkám, vyjma navrhovatele, nebyly podány žádné námitky. Zadavatel rovněž považuje za zbytečný důkaz případné oslovení potenciálních dodavatelů ze strany Úřadu, a to i kdyby důvodem jejich neúčasti v zadávacím řízení byl předmětný

požadavek na získání oprávnění k výkonu majetkových práv k autorskému dílu, neboť nejde o požadavek nepřiměřený ani diskriminační. K otázce, zda je míra omezení okruhu potenciálních dodavatelů v daném případě přiměřená výhodě, kterou zadavatel uplatněním omezujícího požadavku na poskytnutí zdrojových kódů získá, odkazuje zadavatel na svou argumentaci v rozhodnutí o námitkách, konkrétně na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012, popř. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr ze dne 12. 10. 2018 k otázce hospodárnosti, která jak uvádí zadavatel, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti. K otázce, zda zadavatel uplatněním omezujícího požadavku na poskytnutí zdrojových kódů získá konkrétní nebo pouze hypotetickou výhodu, tj. zda skutečně vytvoří objektivní nástroj snížení rizika vendor-lock-in efektu a zajistí výběr dodavatele budoucích navazujících plnění v rámci široké hospodářské soutěže, zadavatel argumentuje, že nejde o formální požadavek z jeho strany, neboť nesplnění předmětného požadavku je plně v odpovědnosti dodavatele a je zajištěno sankčními povinnostmi uvedenými v čl. 9.14 návrhu smlouvy. Pokud navrhovatel požaduje, aby Úřad zkoumal, zda běžní soutěžitelé (nezávislí partneři výrobců) mají oprávnění upravovat proprietární software výrobců, zadavatel argumentuje, že předmětná smluvní podmínka je nediskriminační a v případě podání nabídky dodavatele do zadávacího řízení závazná, za jejíž splnění nese dodavatel plnou odpovědnost, tudíž jakékoliv zkoumání běžných soutěžitelů nemůže být dle zadavatele důkazem toho, zda zadavatel postupoval při nastavení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem.

31. S argumentem navrhovatele, že zadavatel porušil § 36 odst. 3 zákona, když stanovil nesplnitelnou smluvní podmínku, zadavatel nesouhlasí a odkazuje v této souvislosti na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0002/2018/VZ-06048/2018/511/ŠNo ze dne 27. 2. 2018.
32. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že postupoval v souladu se zákonem a navrhuje, aby Úřad návrh v souladu s ustanovením § 265 písm. a) zákona zamítl.

III. Závěry Úřadu

33. 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, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

34. Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
35. Dle ustanovení § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
36. 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.
37. Dle ustanovení § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

38. Podle § 37 odst. 1 písm. b) zákona 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.
39. Podle § 37 odst. 1 písm. c) zákona podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
40. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

41. V bodě 3.1 „Vymezení předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„Podrobná specifikace předmětu plnění této veřejné zakázky a konkrétní technické požadavky zadavatele na předmět této veřejné zakázky jsou uvedeny v návrhu smlouvy, který tvoří přílohu č. 2 této zadávací dokumentace (...).“*
42. V bodě 2.1 návrhu smlouvy je uvedeno, že základním účelem uzavření smlouvy je *„(...) pořízení licencí, provedení předimplementační analýzy a implementace Personálního informačního systému resortu Ministerstva dopravy (dále jen „PIS“), integrace na okolní systémy, přenos dat ze stávajících systémů (migrace dat), zaškolení uživatelů a zajištění jeho provozu, softwarové údržby, podpory a technického rozvoje, tak aby bylo zajištěno bezproblémové fungování PIS v souladu s právním řádem České republiky. (...)“*.
43. V bodě 3.1 návrhu smlouvy je stanoveno, že dodavatel se zavazuje poskytnout objednateli:
 - „3.1.1 dodávku PIS;*
 - 3.1.2 implementaci PIS zahrnující též integraci PIS na okolní systémy jednotlivých OSS (organizačních složek státu v rámci resortu Ministerstva dopravy, pozn. Úřadu);*
 - 3.1.3 migraci dat ze stávajícího personálního informačního systému Objednatele na PIS;*
 - 3.1.4 provoz, softwarovou údržbu, podporu a technický rozvoj PIS po dobu trvání této smlouvy ode dne převzetí PIS do provozu a užívání.*

Smluvní strany činí nesporným, že plnění Dodavatele dle této Smlouvy zahrnuje veškeré činnosti nezbytné k dodání PIS dle specifikací Objednatele, jeho předání Objednateli, implementaci, systémovou integraci, poskytnutí potřebných licenčních oprávnění a poskytování souvisejících služeb, a to vše v této Smlouvě, v ZD a v nabídce Dodavatele stanoveném rozsahu. (...)“
44. V čl. IX. „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ návrhu smlouvy je uvedeno následující:
 - »9.1 Dodavatel prohlašuje, že vlastnické právo a nebezpečí škody na věci ke všem hmotným součástem plnění v rámci předmětu této Smlouvy předaným Dodavatelem Objednateli v souvislosti s plněním předmětu této Smlouvy přechází na Objednatele dnem jejich protokolárního předání Objednateli.*

9.2 Vzhledem k tomu, že součástí plnění z této Smlouvy je i plnění, které může naplňovat znaky autorského díla ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „AZ“), je k těmto součástem plnění poskytována licence za podmínek sjednaných dále v tomto článku této Smlouvy.

9.3 Objednatel je oprávněn veškeré součásti plnění považované za autorské dílo ve smyslu AZ (dále jen „**Autorské dílo**“) užívat dle níže uvedených podmínek.

9.4 Objednatel je oprávněn Autorské dílo užívat dle níže uvedených licenčních podmínek (dále jen „Licence“), a to od okamžiku účinnosti poskytnutí Licence, přičemž Dodavatel poskytuje Objednateli Licenci s účinností, která nastává okamžikem předání plnění či jeho části, jehož je Autorské dílo součástí. Licence je udělena k užití Autorského díla Objednatelům k jakémukoliv účelu a v rozsahu, v jakém uzná za nezbytné, vhodné či přiměřené. Pro vyloučení všech pochybností to znamená, že:

9.4.1 Licence je nevýhradní a neomezená, a to zejména ke splnění účelu této Smlouvy (je-li Autorským dílem počítačový program, vztahuje se Licence ve stejném rozsahu na Autorské dílo ve strojovém i zdrojovém kódu, jakož i na koncepční přípravné materiály);

9.4.2 Licence je bez časového (po dobu trvání majetkových práv autorských k příslušným Autorským dílům), územního a množství omezení a pro všechny způsoby užití;

9.4.3 Objednatel je oprávněn výsledky činnosti dle této Smlouvy (Autorská díla) užit v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky;

9.4.4 Licence je bez potřeby jakéhokoliv dalšího svolení Dodavatele udělena Objednateli s právem podlicence nebo je rovněž dále postupitelná jakékoliv třetí osobě;

9.4.5 Licence se vztahuje automaticky i na všechny nové verze, úpravy a překlady příslušných Autorských děl;

9.4.6 Dodavatel společně s Licencí poskytuje Objednateli právo provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny Autorského díla 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;

9.4.7 Licenci není Objednatel povinen využít, a to ani zčásti.

9.4.8 Licenční poplatek za výše uvedená oprávnění k příslušným Autorským dílům je zahrnut v ceně za provedení plnění s přihlédnutím k účelu Licence a způsobu a okolnostem užití Autorských děl a k územnímu a časovému a množství rozsahu Licence.

9.5 V souvislosti s poskytnutými oprávněními dle odst. 9.4 této Smlouvy je Dodavatel povinen nejpozději v rámci akceptace příslušné části plnění dle této Smlouvy předat Objednateli zdrojový kód každé jednotlivé části Autorského díla, která je počítačovým programem, a která je Objednateli poskytována na základě provádění plnění dle této Smlouvy. Zdrojový

kód musí být spustitelný v prostředí Objednatele a zaručující možnost ověření, že je kompletní a ve správné verzi, tzn. umožňující kompilaci, instalaci, spuštění a ověření funkcionality. Zdrojový kód bude Objednateli Dodavatelem předán na nepřepisovatelném technickém nosiči dat s viditelně označeným názvem „Zdrojový kód“ a označením počítačového programu či její části a jeho verze a dne předání zdrojového kódu, a to včetně instalačních souborů, struktury a popisu databáze, vývojové, bezpečnostní a provozní dokumentace a uživatelské dokumentace na adekvátním nosiči dat. O předání technického nosiče dat bude oběma Stranami sepsán a podepsán písemný předávací protokol.

9.6 Povinnost Dodavatele uvedená v odst. 9.5 této Smlouvy se použije i pro jakékoliv opravy, změny, doplnění, upgrade nebo update zdrojového kódu každé jednotlivé části Autorského díla, která je počítačovým programem, k nimž dojde při plnění této Smlouvy nebo v rámci záručních oprav, jsou-li řešeny v rámci této Smlouvy (dále jen „**Změna zdrojového kódu**“). Dokumentace Změny zdrojového kódu musí obsahovat podrobný popis a komentář každého zásahu do zdrojového kódu.«

45. Podle čl. IX. „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 9.7 návrhu smlouvy může být součástí plnění »tzv. *proprietární software*, u kterého Dodavatel nemůže Objednateli poskytnout oprávnění dle odst. 9.4 této Smlouvy nebo to po něm nelze požadovat, a to pouze za splnění některé z následujících podmínek:

9.7.1 jedná se o software 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 a který je v době uzavření této Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Dodavatel je povinen poskytnout Objednateli o této skutečnosti písemné prohlášení a na výzvu Objednatele tuto skutečnost prokázat.

9.7.2 jedná se o software, u kterého Dodavatel poskytne s ohledem na jeho (i) marginální význam, (ii) nekomplikanou propojitelnost či (iii) oddělitelnost a nahraditelnost v rámci plnění předmětu této Smlouvy bez nutnosti vynakládání výraznějších prostředků písemnou garancí, že další rozvoj PIS jinou osobou než Dodavatelem 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.

9.7.3 Dodavatel 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, zapracovávat 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. 9.5 a 9.6 této Smlouvy.

(dále jen „**Proprietární software**“)

9.8 U Proprietárního software postačí, aby Objednatel nabyl k Proprietárnímu software nevýhradní oprávnění užít jej jakýmkoli způsobem bez časového omezení, na území České

republiky a v množstevním rozsahu, který je nezbytný pro pokrytí potřeb Objednatele ke dni uzavření této Smlouvy, a to včetně práva Objednatele do Proprietárního software zasahovat, pokud tak stanoví příslušné ustanovení odst. 9.7.1, 9.7.2 či 9.7.3 této Smlouvy (nelze-li to na Dodavateli požadovat a není-li to v rozporu s ustanoveními odst. 9.7.1, 9.7.2 či 9.7.3 této Smlouvy, nemusí být Objednateli k Proprietárnímu softwaru předány zdrojové kódy a stejně tak nemusí být poskytnuto právo Objednatele do Proprietárního softwaru zasahovat, vždy však musí být předána kompletní uživatelská, administrátorská, provozní a bezpečnostní dokumentace). Dodavatel je povinen samostatně zdokumentovat veškeré využití Proprietárního software v rámci plnění a předložit Objednateli ucelený přehled využitého Proprietárního software, jeho licenčních podmínek a alternativních dodavatelů, a to v souladu s přílohami č. 6a a 6b této Smlouvy.»

46. Podle čl. IX. „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ bodu 9.9 návrhu smlouvy může být součástí plnění „tzv. open source software, u kterého Dodavatel nemůže Objednateli poskytnout oprávnění dle odst. 9.4 této Smlouvy, je Dodavatel 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 a současně je povinen zajistit, že právo Objednatele takový open source SW užít (např. licence) a způsob jeho použití nesmí kontaminovat zdrojový kód jakékoliv části plnění dle této Smlouvy, které jsou počítačovým programem, povinností jejich zveřejnění jakékoliv třetí straně.“

47. V čl. IX. „VLASTNICKÉ PRÁVO, NEBEZPEČÍ ŠKODY NA VĚCI A PRÁVO UŽITÍ“ návrhu smlouvy je dále uvedeno:

„9.10 Udělení veškerých práv uvedených v tomto článku této Smlouvy nelze ze strany Dodavatele vypovědět a na jejich udělení nemá vliv ukončení účinnosti této Smlouvy.

9.11 Dodavatel prohlašuje, že veškeré jím dodané plnění podle této Smlouvy bude prosté 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 plnění dle této Smlouvy.

9.12 Dodavatel podpisem této Smlouvy výslovně prohlašuje, že odměna za veškerá oprávnění poskytnutá Objednateli dle tohoto článku této Smlouvy je již zahrnuta v ceně za provedení plnění dle této Smlouvy.

9.13 Strany dále výslovně prohlašují, že pokud při poskytování plnění dle této Smlouvy vznikne činností Dodavatele a Objednatele dílo spoluautorů a nedohodnou-li se Strany výslovně jinak, bude se mít za to, že je Objednatel oprávněn vykonávat majetková autorská práva k dílu spoluautorů tak, jako by byl jejich výlučným vykonavatelem a že Dodavatel udělil Objednateli souhlas k jakékoliv změně nebo jinému zásahu do díla spoluautorů. Cena plnění dle této Smlouvy je stanovena se zohledněním tohoto ustanovení a Dodavateli nevzniknou v případě vytvoření díla spoluautorů žádné nové nároky na odměnu.

9.14 Dodavatel je povinen Objednateli uhradit jakékoli majetkové a nemajetkové újmy, vzniklé v důsledku toho, že Objednatel nemohl předmět plnění této Smlouvy užívat řádně a nerušeně. Jestliže se jakékoliv prohlášení Dodavatele v tomto článku této Smlouvy ukáže nepravdivým nebo Dodavatel poruší jinou povinnost dle tohoto článku této Smlouvy, jde

o podstatné porušení této Smlouvy a Objednateli vzniká nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 500.000,- Kč (slovy: pět set tisíc korun českých) za každé jednotlivé porušení povinnosti. Zaplacením smluvní pokuty není nijak dotčeno ani omezeno právo Objednatele na náhradu škody, kterou lze vymáhat vedle smluvní pokuty v plné výši.“

48. Ve „Vysvětlení zadávací dokumentace č. 2“ ze dne 27. 8. 2019 zadavatel na dotaz: *»Zadavatel Veřejné zakázky požaduje v příloze č. 2 zadávací dokumentace, označené jako Návrh smlouvy (dále jen „Smlouva“), aby vybraný dodavatel předal Zadavateli zdrojový kód každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, a která je Zadavateli poskytována na základě provádění plnění dle Smlouvy. Z tohoto smluvního požadavku Zadavatel ustupuje pro případy tzv. Proprietárního software, který však ve Smlouvě definuje mj. tím způsobem, že musí být nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty, které zároveň musí být oprávněny takový software upravovat. Vše viz čl. 9.7.1 Smlouvy. Uchazeč je český výrobce proprietárního software, který je kontinuálně vyvíjen a udržován po dobu více než 25 let. Jeho software byl prodán, implementován a je průběžně udržován mnoha stovkám firem, státních organizací a dalších zákazníků. Tento software tvoří kmenový výrobní prostředek Uchazeče. Uchazeč prodává svůj software na území ČR samostatně a nedisponuje dalšími nezávislými a nepropojenými partnery, kteří by měli oprávnění tento software upravovat. Zároveň je pro Uchazeče absolutně nepřijatelné, aby jakékoliv vnější straně poskytl kompletní zdrojový kód svého klíčového software. Upraví Zadavatel čl. 9.7.1 Smlouvy tak, aby definice Proprietárního software neobsahovala požadavek na tři na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty, které zároveň musí být oprávněny takový software upravovat? (...).«* odpověděl: *„Zadavatel k čl. 9.7.1 Smlouvy a k příloze č. 2 zadávací dokumentace konstatuje, že uvedené požadavky mají zadavateli zajistit svobodu rozhodování a možnost v rámci případného následného zadávacího řízení zadávat provoz, podporu, údržbu a rozvoj dle zákona 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, kdy zadavatel právě s ohledem na výše uvedené požadavky bude mít k dispozici buďto zdrojové kódy každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, nebo může důvodně předpokládat, že na trhu existují alespoň tři na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty, které jsou oprávněny takový software upravovat, čímž Zadavatel omezuje rizika tzv. vendor-lock-in efektu. Požadavky mají oporu i v interní metodice Odboru hlavního architekta Ministerstva vnitra (...).“*
49. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 3. 9. 2019 vyplývá, že zadavatel obdržel v předmětném zadávacím řízení jednu nabídku. Z obsahu podané nabídky (z čestného prohlášení ze dne 30. 8. 2019) mj. vyplývá, že součástí plnění dodavatele je proprietární software, a že v této souvislosti dodavatel splňuje podmínku 9.7.1 návrhu smlouvy.

Právní posouzení

50. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nedodržel ustanovení § 6 odst. 2 zákona, a to zásadu zákazu diskriminace, ve spojení s ustanovením § 36 odst. 3 zákona tím, že vymezil nesplnitelnou smluvní podmínku ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Konkrétně upozorňuje na smluvní podmínku uvedenou v bodě 9.7.1 návrhu smlouvy, kterou zadavatel podle jeho názoru *„nepřiměřeně rozšiřuje (deformuje) obecně platnou definici proprietárního software“*, když tento software ve smlouvě definuje tím způsobem, že musí být mj. nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými

subjekty oprávněnými takový software upravovat. Výše uvedenou smluvní podmínkou zadavatel dle názoru navrhovatele zásadním způsobem omezil jeho možnou účast v předmětném zadávacím řízení, neboť navrhovatel nabízí svůj proprietární software na území České republiky samostatně, bez využití dalších nezávislých a nepropojených partnerů a je pro něj „nepřijatelné, aby jakékoliv třetí straně poskytl kompletní zdrojový kód svého klíčového software“.

51. Úřad obecně ve vztahu k procesu zadávání veřejných zakázek uvádí, že v zadávacím řízení lze ve své podstatě každou zadávací podmínku či požadavek zadavatele považovat za do určité míry limitující a omezující, nicméně takto je zákon konstruován a určitá míra omezení volnosti, jak pro zadavatele, tak pro dodavatele je zákonem předvídaná a povolena. V případě, že zadavatel klade na dodavatele určitá omezení – požadavky na dodávané plnění, je vázán jednotlivými zákonnými ustanoveními, stejně tak je povinen reflektovat ve vztahu ke všem jeho úkonům, tedy i při nastavení zadávacích podmínek, ustanovení § 6 zákona, v němž jsou vyjádřeny základní zásady zadávacího řízení. Jednou ze základních zásad zakotvených v ust. § 6 odst. 2 zákona je zásada zákazu diskriminace, jejímž cílem je umožnit při zadávání veřejných zakázek hospodářskou soutěž v co možná největší míře. Diskriminace sama o sobě může mít dvě formy – diskriminaci zjevnou, kdy nejsou podmínky nastaveny stejně pro všechny jednotlivce srovnávaného celku, a diskriminaci skrytou, kdy jsou podmínky nastaveny pro všechny jednotlivce (zdánlivě) stejně, ale ve výsledku je dosaženo stejného účinku jako u diskriminace zjevné, tedy okruh potenciálních dodavatelů je omezen. Podstatou zásady zákazu diskriminace je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Výše uvedené však neznamená, že by zadavatel nemohl stanovit požadavky na poptávané plnění na základě svých objektivně zdůvodnitelných potřeb. Obdobné přiměřeně platí i pro stanovení smluvních podmínek.
52. Ve vztahu k uzavírání smluv v rámci zakázkového práva považuje Úřad za vhodné vyjádřit se obecně k procesu uzavírání smluv, a tedy i k (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.

53. 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 se uvedený rozsudek 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 současné právní úpravy (zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů).
54. V šetřeném případě, se Úřad zabýval otázkou způsobu nastavení smluvní podmínky dle bodu 9.7.1 návrhu smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, tj. zda zadavatel nestanovil předmětnou smluvní podmínku excesivním způsobem a neporušil v souvislosti s jejím stanovením mj. zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 zákona.
55. Z vymezení předmětu plnění veřejné zakázky (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jakož i z účelu a předmětu smlouvy uvedených v návrhu smlouvy (viz body 42. a 43. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že zadavatel požaduje v rámci předmětné veřejné zakázky pořídit licence k personálnímu informačnímu systému (dále také jen „PIS“), zajistit veškeré činnosti související s dodáním PIS dle zadavatelem požadovaných specifikací, implementaci PIS včetně integrace na systémy vybraných organizačních složek státu v rámci rezortu Ministerstva dopravy, migraci dat ze stávajícího systému zadavatele a bezproblémový provoz a rozvoj tohoto systému.
56. Z obsahu návrhu smlouvy je zjevné, že zadavatel hodlá mít možnost „neomezeného výkonu práv“ nad dodaným předmětem veřejné zakázky, čemuž odpovídá znění relevantních článků návrhu smlouvy. V čl. 9.2 návrhu smlouvy je explicitně stanoveno, že dodavatel je povinen poskytovat objednateli (zadavateli) oprávnění v podobě licenčních podmínek (dále také jen „licence“), aby mohl užívat součásti plnění ze smlouvy, která se považují za autorské dílo.
57. V čl. 9.4 návrhu smlouvy je pak konkretizováno, že musí dojít k udělení licencí a možnosti užívat autorské dílo zadavatelem okamžikem předání plnění, které je autorským dílem, či části plnění, pokud tato část naplňuje znaky autorského díla. V uvedeném článku návrhu smlouvy je dále stanoveno, že dodavatel zadavateli udělí licence k užití autorského

díla k jakémukoliv účelu a v rozsahu, který uzná zadavatel za nezbytný, vhodný či přiměřený. Konkrétní licenční podmínky jsou specifikovány v bodech 9.4.1 až 9.4.8 návrhu smlouvy (viz bod 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

58. Zadavatel si současně v čl. 9.5 návrhu smlouvy vyhradil, že ke každé jednotlivé části autorského díla poskytované v rámci předmětu plnění, která je počítačovým programem, striktně požaduje předat příslušné zdrojové kódy a tuto povinnost v čl. 9.6 návrhu smlouvy rozšiřuje i pro případ provedení jakékoliv opravy, změny, doplnění či upgrade zdrojových kódů, které je dodavatel povinen náležitě zdokumentovat (viz bod 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
59. Z výše uvedených smluvních podmínek je tedy zřejmý, výše uvedený požadavek zadavatele na získání personálního informačního systému, se kterým může nakládat v jakémkoliv rozsahu, libovolně dle svých potřeb. Zadavatel tedy vyžaduje ve vztahu k PIS disponovat takovými oprávněními, která mu umožní neomezené využívání autorského díla a „jakékoliv zásahy“ do něj, aniž by byl vázán na konkrétního dodavatele.
60. V čl. 9.7 návrhu smlouvy (viz bod 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel připouští i variantu, že součástí předmětu plnění může být tzv. proprietární software (tj. software s uzavřeným zdrojovým kódem), u kterého dodavatel nemůže zadavateli poskytnout oprávnění v rozsahu požadovaném zadavatelem v bodě 9.4 návrhu smlouvy, nebo to po něm nelze požadovat. Avšak využití této pro zadavatele potenciálně omezující možnosti je vázáno na splnění některé ze tří následujících podmínek:
- 1) **Bude se jednat o software výrobců, který je na území České republiky nabízený alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat. V době uzavření smlouvy musí být tento software užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů (viz čl. 9.7.1 návrhu smlouvy).**
 - 2) Bude se jednat o software, u kterého dodavatel poskytne s ohledem na vlastnosti software písemnou garanci, že je možné provádět další rozvoj PIS jinou osobou než dodavatelem bez dotčení autorských práv, neboť nebude nutné zasahovat do zdrojových kódů takového software, případně, že lze takový software bez větších komplikací nahradit (viz čl. 9.7.2 návrhu smlouvy).
 - 3) Dodavatel zadavateli poskytne nebo zprostředkuje poskytnutí úplných komentovaných zdrojových kódů k software a umožní mu jakýmkoliv způsobem dle uvážení zadavatele do software zasahovat a pracovat s ním, a to i prostřednictvím třetích osob (viz čl. 9.7.3 návrhu smlouvy).
61. Z výše uvedených smluvních podmínek tedy vyplývá, že zadavatel požaduje v rámci dodávky PIS získat ke všem součástem předmětu plnění, která jsou autorskými díly, licence opravňující je k neomezenému, resp. „na konkrétním dodavateli nezávislému“ užívání těchto autorských děl a dále kompletní zdrojové kódy těchto částí autorského díla, které jsou počítačovým programem, a to včetně všech jejich případných změn či úprav (změn či úprav zdrojového kódu). Zadavatel ve smluvních podmínkách dále připouští, že součástí plnění může být proprietární software, u kterého nelze z objektivních důvodů po dodavateli požadovat, aby zadavateli požadovaná oprávnění poskytl. Ve vztahu k proprietárnímu

software zadavatel stanovil tři podmínky, z nichž alespoň jedna z nich musí být splněna, pokud proprietární software bude součástí plnění. Právě jednu z podmínek související s dodávkou proprietárního software, tj. podmínku uvedenou v bodě 9.7.1 návrhu smlouvy, shledává navrhovatel jako diskriminační. Konkrétně navrhovatel nesouhlasí s požadavkem zadavatele, podle něhož musí dodaný proprietární software nabízet na relevantním trhu alespoň 3 na sobě nezávislé a vzájemně nepropojené subjekty oprávněné takovýto software upravovat. Navrhovatel svůj nesouhlas s uvedenou smluvní podmínkou zdůvodňuje tím, že svůj proprietární software nabízí na relevantním trhu samostatně bez využití dalších partnerů a je pro něj nepřípustné, aby kdokoli jiný disponoval kompletními zdrojovými kódy k jeho software. Současně se navrhovatel domnívá, že uvedenou podmínkou zadavatel nepřiměřeně rozšiřuje (deformuje) obecně platnou definici proprietárního software.

62. K výše uvedenému Úřad obecně sděluje, že veřejné zakázky z oblasti IT (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 specifík IT veřejných zakázek je poměrně častá potřeba tzv. „následné“ zakázky, prostřednictvím které se zasahuje (údržbou, dalším rozvojem apod.) do informačních systémů, 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. Právě situace, kdy se zadavatel ocitne v souvislosti s pořízeným informačním systémem v závislosti na jediném dodavateli, může vyústit k určitému stavu exkluzivity, což mnohdy do budoucna vede zadavatele k tomu, že navazující veřejné zakázky zadávají v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv tomuto stavu lze vhodně nastavenými podmínkami předejít. Jednací řízení bez uveřejnění je však nutno chápat jako výjimečný druh zadávacího řízení, který je možno využít pouze v případě, kdy jsou splněny striktní podmínky; v případě jednacího řízení bez uveřejnění se jedná o výjimku z „klasického“ postupu, která je vykládána velmi přísně, a skutečnost, že byly naplněny zákonem stanovené důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, musí vždy unést a prokázat sám zadavatel, který se pro tento postup rozhodl. 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 nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.«* Úřad poznamenává, že ačkoliv 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 jednacího řízení bez uveřejnění aplikovat rovněž i ve vztahu k zákonu. Zadavatel je tedy povinen při zadávání veřejné zakázky na informační systém zkoumat budoucí potřebu zasahovat do počítačového programu a je povinen přijmout taková opatření, která zajistí výběr dodavatele budoucích navazujících plnění v rámci široké hospodářské soutěže. V opačném případě by totiž zadavatel mohl zaviněně vytvořit podmínky nemožnosti následné soutěže o navazující plnění, což by mohlo typicky vyústit v budoucí užití jednacího řízení bez uveřejnění (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo nezákonné), což by vedlo v konečném důsledku k situaci, že by zadavatel nevybíral dodavatele dalších veřejných zakázek v široké hospodářské soutěži, nýbrž jen by „řetězil“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že neexistuje na trhu jiný subjekt, který by byl schopen předmět plnění dodat, ačkoliv takovou situaci vyvolal sám zadavatel.

63. Úřad opakuje, že v prověřovaném případě zadavatel požaduje ke všem částem plnění, které jsou autorským dílem, poskytnout nevýhradní a neomezené licence a předat zadavateli zdrojový kód každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, a která je zadavateli poskytována na základě smlouvy uzavřené v předmětné veřejné zakázce. Současně zadavatel nevylučuje možnost dodat v rámci předmětu plnění software s uzavřeným kódem (proprietární software, a to v případě, že dodavatel splní některou z podmínek uvedených v bodě 9.7 návrhu smlouvy). V případě proprietárního software tedy zadavatel ustupuje od požadavku na poskytnutí nevýhradní a neomezené licence, ale jeho dodání podmiňuje splněním alespoň jedné ze tří podmínek, a to buď zajištění partnerské sítě tří nezávislých vzájemně nepropojených dodavatelů, kteří mohou takový software upravovat (blíže viz bod 9.7.1 návrhu smlouvy) nebo k takovému software dodavatel poskytne zadavateli garanci, že další rozvoj celého systému (PIS) bude možné provádět i bez nutnosti zásahu do zdrojových kódů tohoto software (blíže viz bod 9.7.2 návrhu smlouvy) a nebo dodavatel zadavateli k danému software poskytne úplné zdrojové kódy a bezpodmínečné právo provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny software (blíže viz bod 9.7.3 návrhu smlouvy). Je zjevné, že pokud zadavatel možnost dodávky proprietárního software výše uvedeným postupem limituje, činí tak výlučně proto, aby nebyl vzhledem k takto zvolenému způsobu zpracování předmětu plnění vystaven závislosti na poskytování případného následného plnění od jediného konkrétního dodavatele. Pokud tedy dodavatel využije v rámci předmětu plnění možnosti dodat proprietární software, zadavatel tímto způsobem de facto stanoví podmínky pro „zajištění určité volnosti“ pro případ, že bude nezbytné v budoucnu se systémem „pracovat“ a dále jej rozšiřovat či jiným způsobem upravovat. S ohledem na obsah stanovených smluvních podmínek v návrhu smlouvy lze dovodit, že pro zadavatele je rozhodující, aby k PIS, který získá v rámci předmětné veřejné zakázky, získal rovněž dostatečnou záruku, že tento systém bude moci (zadavatel i další subjekty) v budoucnu upravovat nebo do něj v případě potřeby zasahovat (např. při navazujících či jinak souvisejících veřejných zakázkách), a že v tomto ohledu tedy zadavatel nebude žádným způsobem omezen a závislý na konkrétním dodavateli. Tuto skutečnost ostatně zadavatel potvrdil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, kde mj. k předmětné smluvní podmínce k dodávce proprietárního software uvedl, že *„uvedené požadavky mají zadavateli zajistit svobodu rozhodování a možnost v rámci případného následného zadávacího řízení zadávat provoz, podporu, údržbu a rozvoj dle zákona (...),“* což následně zadavatel zopakoval i v rozhodnutí o námitkách, kde dále doplnil, že k takto nastaveným smluvním podmínkám

přistoupil „z důvodu získání oprávnění k výkonu majetkových práv k autorskému dílu, aby mohl v budoucnu garantovat dostatečnou otevřenou soutěž hospodářských subjektů (...)“ a dále mj. doplnil: „K požadavku na předání zdrojových kódů, nebo na partnerskou síť tří na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů na území České republiky zadavatel uvádí, že tyto skutečnosti usnadní zadavateli realizovat požadované případné propojení personálního informačního systému na software spisové služby, ekonomický systém, docházkový systém, a všechny další systémy specifikované v Příloze č. 7 Smlouvy (...).“ Je tedy zřejmé, že zadavatel si byl již při tvorbě zadávací dokumentace na prověřovanou veřejnou zakázku vědom toho, že v budoucnu možná bude nutné realizovat navazující plnění k nyní požadovanému systému a smluvní podmínky stanovil s ohledem na tuto skutečnost, na což upozornil i ve vysvětlení zadávací dokumentace, kde odůvodnil stanovení podmínek souvisejících s dodávkou proprietárního software.

64. Vzhledem k tomu, že zadavatel identifikoval potřebu do nyní požadovaného systému v budoucnu zasahovat a činit v něm úpravy, lze, v návaznosti na výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu a ustálenou rozhodovací praxi Úřadu (např. obsaženou v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0282/2017/VZ-25888/2017/532/MOn ze dne 5. 9. 2017), konstatovat, že povinností zadavatele je nastavit takové zadávací podmínky veřejné zakázky, které umožní zadání následné veřejné zakázky v rámci otevřené soutěže. Pokud by totiž zadavatel uvedený postup nezvolil, tedy pokud by stanovením zadávacích podmínek nezajistil možnost další související plnění soutěžit mezi více dodavateli, vytvořil by tímto stav, kdy by nemohlo dojít k následné řádné soutěži mezi dodavateli o navazující plnění, resp. mohl by tímto postupem vytvořit zdánlivé podmínky pro budoucí užití jednacímho řízení bez uveřejnění, neboť by se v případě potřeby následných zásahů do systému a při jeho úpravách stal závislým na autorovi (původním dodavateli) programu a na uvedené navazující plnění by nebylo možné vybrat dodavatele ve „zdravé soutěži“. Úřad upozorňuje, že pro zdárnou realizaci otevřené soutěže na následné zakázky je nezbytné, aby zadavatel disponoval oprávněním k výkonu majetkových práv autorských k předmětnému programu. Pokud je tedy součástí předmětu plnění software, pro který nelze zajistit výkon majetkových práv autorských (proprietární software), musí zadavatel přijmout taková opatření, která mu zajistí oprávnění do takového software zasahovat, což zadavatel nepochybně učinil prostřednictvím podmínek uvedených v čl. 9.7 návrhu smlouvy, kdy mj. připustil, že k proprietárnímu software dodavatelé nejsou povinni poskytnout nevýhradní a neomezenou licenci, ale musí prokázat, že tento software nabízí ještě alespoň tři další nezávislé nepropojené subjekty, které jsou oprávněné tento software upravovat. Tímto požadavkem chce zadavatel bezesporu zajistit, aby následné (navazující) zakázky spočívající v rozvoji, úpravě či jakémkoliv zásahu do nyní požadovaného systému mohl zadat na základě soutěže mezi více dodavateli a aby nebyl závislý pouze na dodavateli PIS. Ačkoliv je zřejmé (např. z vyjádření navrhovatele), že na takto stanovené podmínky nebudou někteří dodavatelé schopni nebo ochotni přistoupit, a tedy že tyto podmínky do jisté míry omezují množinu možných dodavatelů, Úřad ve vztahu k podmínce specifikované v bodu 9.7.1 návrhu smlouvy, kterou navrhovatel označuje za diskriminační, konstatuje, že i v případě, kdy by zadavatel obdržel v návaznosti na takto vymezené zadání jedinou nabídku se zárukou, že proprietární software, který je součástí nabízeného plnění, nabízejí další tři nezávislé nepropojené subjekty, které mají oprávnění předmětný software upravovat, měl by takto zadavatel do budoucna zaručenu širší soutěž než v případě nabídky dodavatele, který by mu

neposkytl (nebo jiným způsobem nezajistil) oprávnění do dodaného systému bez omezení zasahovat (což se ostatně v prověřovaném případě stalo, neboť podle protokolu o otevírání nabídek ze dne 3. 9. 2019 zadavatel obdržel jednu nabídku nabízející mj. proprietární software v souladu s podmínkou 9.7.1 návrhu smlouvy). I v případě jediné nabídky splňující navrhovatelem napadenou smluvní podmínku totiž má zadavatel garantováno, že v budoucnu může zadat navazující veřejnou zakázku na základě soutěže 4 dodavatelů, což lze označit za soutěž více dodavatelů než v případě přímého zadání zakázky jednomu dodavateli (dodavateli systému PIS) v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. K uvedenému Úřad dodává, že názor navrhovatele, podle něhož existence nezávislých partnerů nezaručuje, že se tito budou v budoucnu do zadávacího řízení hlásit, považuje za spekulativní, neboť uvedené tvrzení navrhovatel nepodložil žádným důkazem, a lze ho tedy vnímat pouze jako obecnou úvahu, kterou nelze potvrdit ani vyvrátit, neboť jednání blíže neurčených dodavatelů v návaznosti na zadávací podmínky, které nejsou v současné době známy, nelze nijak odhadnout, natož blíže specifikovat. Z postupu zadavatele lze dovodit, že při stanovení předmětných smluvních podmínek byl mj. veden snahou budoucí soutěž úplně nevyloučit, a to při zohlednění všech možností, které byl při zvážení souvisejících rizik ochoten akceptovat. Úřad dodává, že právě z textu uvedeného v bodu 9.7 návrhu smlouvy je zřejmé, že zadavatel si je plně vědom toho, že proprietární software je softwarem uzavřeným, k němuž mu dodavatelé neomezenou licenci neposkytnou, avšak s ohledem na žádoucí postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek v oblasti IT (vyplývající z výše citované judikatury), který klade důraz na zabránění „stavu exkluzivity“ pro budoucí navazující plnění, zadavatel stanovil takové podmínky, které představují možnost zajistit soutěž na navazující plnění i bez toho, aby všechna oprávnění či zdrojové kódy byly nyní (při dodání PIS) zadavateli poskytnuty. S ohledem na uvedené skutečnosti, a především s přihlédnutím k závěrům výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu a relevantní rozhodovací praxe Úřadu neshledal Úřad předmětnou smluvní podmínku jako excesivní či omezující soutěž v takové míře, aby ji bylo možno označit za diskriminační, neboť se jedná o odůvodněný požadavek zadavatele, podložený legitimní úvahou.

65. Úřad konstatuje, že ačkoliv je možné, že zadavatelem stanovená smluvní podmínka má vliv na rozhodování dodavatelů v tom smyslu, zda se předmětného zadávacího řízení zúčastní, nejedná se o podmínku, která by jasně vymezovala množinu dodavatelů, kteří se zadávací řízení zúčastní, a kteří nikoliv, neboť toto bezesporu závisí na obchodním a podnikatelském postupu každého dodavatele. Lze uvést, že zadavatel předmětnou smluvní podmínku stanovil odůvodněně, bez záměru soutěž omezit, a že s ohledem na povahu této veřejné zakázky postupoval tak, aby neporušil zákon a nezpůsobil si tak eventuální nutnost nezákonného postupu do budoucna. Ačkoliv tedy navrhovatel shledal, že jej prověřovaná smluvní podmínka omezuje v účasti v zadávacím řízení, nelze toto omezení navrhovatele přičíst nezákonnému postupu zadavatele, neboť v daném případě je zřejmé, že zadavatel postupoval v souladu se soudní judikaturou a rozhodovací praxí Úřadu týkající se dané problematiky. Zadavatelem stanovené zadávací podmínky pouze (zcela v mezích zákona) způsobily, že se předmětného zadávacího řízení zúčastní jen takoví dodavatelé, kteří budou moci zadavatelem stanovené podmínky splnit. Pokud tedy navrhovatel argumentuje, že v návaznosti na jím rozporovanou smluvní podmínku zadavatel obdrží méně a navíc dražších nabídek, nelze než konstatovat, že tato situace je možná, ale lze současně rovněž konstatovat, že jejím důvodem nebude nezákonný postup zadavatele. Z jednání zadavatele

je zjevná snaha mít možnost nakládat s předmětem plnění do budoucna a za situace, kdy dodavatel učiní proprietární software součástí předmětu plnění, je rozporovaná smluvní podmínka jednou ze tří možných zadavatelem akceptovatelných řešení, jak zadavatel hodlá zajistit, aby s předmětem plnění mohl do budoucna nakládat podle svých potřeb nakládat a aby současně nebyla vyloučena soutěž dodavatelů.

66. Co se týče názoru navrhovatele, že zadavatel nepřiměřeně rozšiřuje obecně platnou definici proprietárního software, Úřad uvádí následující. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel požaduje, aby PIS, jenž bude na základě šetřené veřejné zakázky dodán a implementován v IT prostředí zadavatele, byl „otevřený“ všem změnám či úpravám, které bude do budoucna třeba na základě požadavků zadavatele provést, a to buď přímo zadavatelem či jiným subjektem (partnerem). Úřad má za to, že vzhledem k nastaveným smluvním podmínkám si zadavatel plně uvědomuje obsahový význam slova „proprietární systém“, tj. zejména skutečnost, že se jedná o systém uzavřený a zdrojové kódy takového software obecně nejsou dostupné. Jak již Úřad dovodil výše, při stanovení navrhovatelem rozporované smluvní podmínky ohledně použití proprietárního software, byl zadavatel veden snahou vyvarovat se do budoucna situace, která by ve svém důsledku mohla vést k použití jednacímho řízení bez uveřejnění, avšak v případě, kdy by se do této situace dostal sám zadavatel prostřednictvím svého jednání. Svoji obavu ze závislosti na jediném dodavateli a existující riziko vendor-lock-in efektu v souvislosti s použitím proprietárního software zmiňuje zadavatel např. v rozhodnutí o námitkách (když cituje definici „Proprietary software“ z anglické verze encyklopedie Wikipedia), přičemž právě stav, kdy „(...) *potenciální dodavatel Proprietárního software bude disponovat partnerskou sítí*“, považuje zadavatel za možné opatření pro snížení tohoto rizika. Úřad uvádí, že prověřovanou smluvní podmínku neshledal jako diskriminační ani jako rozšiřující definici proprietárního software, ale pouze jako možnou podmínku stanovenou za účelem zajištění zákonného postupu zadavatele v budoucnu. Rovněž v daném případě nelze přehlédnout, že všem dodavatelům se dostalo stejné a jasné informace, která zadavatel požaduje vyřešit to, pokud součástí plnění bude proprietární software.
67. Navrhovatel se domnívá, že možnost údržby a rozvoje proprietárního software zadavatelem nebo třetí stranou, které budou k dispozici zdrojové kódy, je pro případ uceleného aplikačního software pouze teoretická, neboť se domnívá, že není ve schopnostech třetí strany, aby uspokojivě a konzistentně v dílu pokračovala. Úřad k uvedenému uvádí, že tato úvaha navrhovatele je vyslovena pouze v obecné rovině, bez odkazu na konkrétní systém, či konkrétní problematiku, a proto k ní nelze zaujmout žádné specifické stanovisko. Úřad dále, rovněž v obecné rovině, dodává, že pokud by dodavatel vybraný na základě budoucí otevřené soutěže nebyl dle předpokladu navrhovatele schopen realizovat zadavatelem požadované plnění, což v současné době nelze nijak předvídat ani prokázat, nebylo by možné tuto skutečnost přičítat tomu, že zadavatel při zadání původní veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem a soudní judikaturou.
68. Úřad připouští, že předejití vendor-lock-in efektu lze řešit i jiným způsobem, než jaký zvolil zadavatel. Jak ostatně vyplývá z „námitkového řízení“, zadavatel o takovém způsobu řešení nepochybně věděl (konkrétně se jedná o nastavení povinností vybraného dodavatele při ukončení smlouvy či přechodu na nový systém, jako je provedení exportu dat, zajištění součinnosti při migraci dat do nového systému apod. – viz bod 20. odůvodnění tohoto

rozhodnutí), nicméně platí, že po zvážení všech rizik zadavatel nepovažuje takové řešení pro něj za akceptovatelné. V této souvislosti Úřad poznamenává, že zadavatel může stanovit zadávací podmínky jakkoliv dle svých představ, pokud jejich vymezením neporuší zákon. Pokud tedy v prověřovaném případě zadavatel přistoupil k určitému, podle jeho uvážení, nejvhodnějšímu řešení, které nelze považovat za nezákonné, nelze zadavateli předepsat či nařídit jiný postup.

69. K požadavku navrhovatele, aby Úřad posoudil nezákonnost namítané smluvní podmínky provedením „testu narušení hospodářské soutěže a omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli“ (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že ve správním řízení navržené důkazy neprováděl, poněvadž jejich provedení nepovažuje za nezbytné a vzhledem k výše uvedeným skutečnostem za přínosné. Jak již bylo uvedeno, zadavatel má v rámci šetřené veřejné zakázky zcela konkrétní představy o předmětu plnění (včetně záměru s předmětem plnění nakládat do budoucna) a je jedinou osobou, která je oprávněna stanovit zadávací podmínky (smluvní podmínky) tak, aby byl v plném rozsahu realizován jeho záměr, kterým je plnění předmětu veřejné zakázky dle jeho interních potřeb. Existují-li ze strany zadavatele důvodné skutečnosti, pro které by nemohl předmět plnění v budoucnu užívat jím zamýšleným způsobem, je zadavatel v takovém případě nepochybně oprávněn přijmout adekvátní opatření a nastavit takové zadávací podmínky, aby potenciální riziko spočívající v nemožnosti užívat předmět veřejné zakázky v plném rozsahu nebo dle svých oprávněných potřeb, eliminoval. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal rozporovanou smluvní podmínku, s ohledem na okolnosti šetřeného případu, jako nezákonnou, navrhovatelem požadovaný test neprováděl. Ačkoli Úřad chápe důvody, na základě nichž navrhovatel požaduje, aby Úřad v rámci provádění důkazů zjistil důvody neúčasti „běžných“ dodavatelů v zadávacím řízení, Úřad nepovažoval provedení předmětného důkazu za účelné. Je totiž zcela zřejmé, že někteří dodavatelé nebudou ochotni informace o jimi vytvářeném systému poskytnout dalším dodavatelům tak, aby byla naplněna zadavatelem stanovená zadávací podmínka. V této souvislosti Úřad poznamenává, že je na každém dodavateli, zda za daných smluvních podmínek je pro něj zajímavé účastnit se zadávacího řízení, byť by to pro něj znamenalo splnění dalších podmínek, které nemusí být v souladu s jeho podnikatelskými záměry, či nikoliv. Úřad připouští, že zadavatelem nastavené zadávací podmínky jsou v šetřeném případě do značné míry omezující, kdy tyto podmínky mohou cílit k určitému typu dodavatelů, pro něž v účasti v zadávacím řízení nebrání obava ze ztráty nebo zmaření svého know how, nicméně je nutno v této souvislosti mít na mysli skutečnost, že omezení zadávacími (respektive smluvními) podmínkami je v uvedeném ohledu zcela důvodné. V této souvislosti Úřad podotýká, že zadávací podmínky mají prvotně přinášet výhody a přidanou hodnotu pro zadavatele, a nikoliv sledovat toliko jen zájem podnikatelských subjektů, kteří se zadávacího řízení účastní. Úřad rovněž neprováděl důkaz „o možnostech běžných soutěžitelů“, zdali tito jsou běžně oprávněni upravovat proprietární systém či nikoliv. Jak již bylo výše uvedeno, pro posouzení případu není rozhodující dosavadní praxe dodavatelů při nakládání s proprietárním systémem, ale ta skutečnost, zda účast v zadávacím řízení je pro ně natolik zajímavá, že budou akceptovat zadávací podmínky a v této souvislosti třeba i změnit svoji „zažitou“ praxi při nakládání s proprietárním systémem, a umožní alespoň zadavatelem stanovenému minimálnímu počtu tří dalších nezávislých dodavatelů systém upravovat (pokud tomu už tak není), či zda účast v zadávacím řízení není pro dodavatele natolik zajímavá a zadávacího řízení se nezúčastní. Úřad rovněž neprováděl důkaz, zda je

míra omezení potenciálních dodavatelů „přiměřená“ užitné hodnotě, kterou zadavatel tímto postupem získá, či zdali „výhoda“ při uplatnění požadavku zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů není toliko jen hypotetická. V této souvislosti Úřad opakovaně uvádí, že v případě, kdy zadavatel hodlá v budoucnu se systémem dále nakládat, kdy jej hodlá např. rozšiřovat, upravovat, či jiným způsobem přizpůsobovat svým oprávněným potřebám, jsou namítané požadavky zadavatele v plném rozsahu odůvodněné, a tudíž i oprávněné, a proto v takovém případě není „míra“ omezení potenciálních dodavatelů rozhodující a sjednaná „výhoda“ čistě hypotetická, nýbrž čistě praktická, což se projeví v okamžiku, kdy zadavatel bude se systémem dále nakládat, jak předpokládá a jak uvádí ve svých vyjádřeních. Co se týče návrhu na provedení důkazu nabídkami, Úřad uvádí, že v šetřeném případě zadavatel obdržel nabídku jednoho dodavatele. Uvedená okolnost s ohledem na výše uvedené však nemá žádný vliv na závěry Úřadu, neboť počet obdržených nabídek jakkoliv nerozhoduje o zákonnosti či protiprávném postupu v zadávacím řízení, a tudíž „počet“ obdržených nabídek není v šetřeném případě relevantním údajem pro učinění závěru, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, či nikoliv.

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. 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 dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

Vypraveno dne

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