



UOHSX00F0X2Y

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0325/2020/VZ

Brno 26.07.2021

Číslo jednací: ÚOHS-25008/2021/500/Alv

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 12. 8. 2020 na návrh z téhož dne, jehož pokračování bylo oznámeno přípisem ze dne 17. 3. 2021, č. j. ÚOHS-09585/2021/542/VHu, a jehož účastníky jsou

- zadavatel – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 8. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – PREDNY SLM s.r.o., IČO 07972571, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 12. 8. 2020 Mgr. Martinem Meliškem, advokátem, ev. č. ČAK 16290, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Dodávka licencí Microsoft“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož výzva k podání nabídek byla uveřejněna na profilu zadavatele dostupném z <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003945/zakazka/351711> dne 2. 7. 2020 pod systémovým číslem P20V00177435,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1 – stanovil při zadávání veřejné zakázky „Dodávka licencí Microsoft“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož výzva k podání nabídek byla uveřejněna na profilu zadavatele dostupném z <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003945/zakazka/351711> dne 2. 7. 2020 pod systémovým číslem P20V00177435, zadávací podmínky v rozporu s 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 citovaného zákona a zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že **vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže**, když ve výše uvedeném zadávacím řízení stanovil v rámci podmínek účasti technické podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. b) citovaného zákona tak, že požaduje pořízení výhradně nových licencí v čl. 3 výzvy k podání nabídek definovaných softwarových produktů.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad** pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku** „Dodávka licencí Microsoft“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož výzva k podání nabídek byla uveřejněna na profilu zadavatele dostupném z <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003945/zakazka/351711> dne 2. 7. 2020 pod systémovým číslem P20V00177435.

III.

Zadavateli – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1 – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0325/2020/VZ ve věci návrhu navrhovatele – PREDNY SLM s.r.o., IČO 07972571, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno – ze dne 12. 8. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Dodávka licencí Microsoft“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož výzva k podání nabídek byla uveřejněna na profilu zadavatele dostupném z <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003945/zakazka/351711> dne 2. 7. 2020 pod systémovým číslem P20V00177435.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1 – **ukládá**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s., IČO 45279314, se sídlem Vodičkova 34/701, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 8. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 2. 7. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele dostupném z <https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003945/zakazka/351711> podle § 214 zákona zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávka licencí Microsoft“ vedené pod systémovým číslem P20V00177435 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V průběhu zadávacího řízení zadavatel vydal celkem 6 přípisů týkajících se vysvětlení zadávací dokumentace, přičemž v reakci na ně vyhotovil též nová znění výzvy k podání nabídek, jejíž poslední aktuální verze je datována ke dni 15. 7. 2020.
3. V čl. 3 odst. 3.1 výzvy k podání nabídek ze dne 15. 7. 2020 (dále jen „výzva k podání nabídek“) zadavatel mj. stanovil, že předmětem plnění veřejné zakázky je „*pořízení nových licencí níže uvedených produktů Microsoft - Windows Server Datacenter, Windows Server Standard, Office Pro Plus, Exchange Server, Exchange Server CAL, Windows Server CAL, RDS CAL včetně příslušné podpory předepsané výrobcem pro tento typ produktu:*
Win Svr DataCenter Core 2019 16Lic OLP NL CoreLic Qlfd; počet: 10
Win Svr Standard Core 2019 16Lic OLP NL CoreLic; počet: 2
Office Pro Plus 2019 OLP NL; počet: 145
Exchange Svr Std 2019 OLP NL; počet: 1
Exchange Std CAL 2019 OLP NL User CAL; počet: 145
Exchange Ent CAL 2019 OLP NL User CAL woSrvcs; počet: 145
Win Svr CAL 2019 OLP NL User CAL; počet: 145
WinRmtDsktpSrvcsCAL 2019 OLP NL User CAL; počet: 145
Nabídka se musí vztahovat na všechny výše uvedené položky ve výše uvedených počtech; nabídka jen některé či některých položek a / nebo jiného počtu je nepřipustná“.
4. V čl. 3 odst. 3.1 výzvy k podání nabídek zadavatel dále mj. stanovil, že „*[v]ýše uvedená novost licencí znamená, že musí jít o licence až do okamžiku jejich dodání zadavateli dosud nevyužité/nevyužívané (neaktivované). Nabídka musí mít povahu multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence (open licence), která zadavateli umožní jednorázové převzetí plnění v jednom okamžiku prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem výše uvedených produktů, jeho nerušené užívání a následnou správu poskytnutých uživatelských práv prostřednictvím uvedeného licenčního serveru“.*

5. Zadavatel v čl. 3 odst. 3.1 výzvy k podání nabídek rovněž určil, že předmětem plnění veřejné zakázky je pořízení licencí předmětných produktů Microsoft právě ve verzi 2019 a že předmětem plnění není tzv. Software Assurance, tzn. nárok zadavatele na dodání novější verze příslušné položky, která by začala být nabízena v určité době po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, kdy cena takového následného dodání by již byla zahrnuta v nabídkové ceně.
6. Již v úvodu výzvy k podání nabídek zadavatel uvedl, že se v předmětném případě jedná o podlimitní veřejnou zakázku na dodávky, pro jejíž zadání bylo zvoleno zjednodušené podlimitní řízení. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle čl. 3 odst. 3.1 výzvy k podání nabídek 5 485 000 Kč bez DPH.
7. Lhůta pro podání nabídek byla dle čl. 9 výzvy k podání nabídek stanovena do 31. 7. 2020 do 10:00 hodin. Z výpisů zadavatele k předmětné veřejné zakázce vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 2 nabídky. Dne 14. 9. 2020 zadavatel vydal rozhodnutí o výběru dodavatele, jímž určil, že vybraným dodavatelem je v předmětném zadávacím řízení společnost DNS a.s., IČO 25146441, se sídlem Na strži 1702/65, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný dodavatel“).
8. Dne 22. 7. 2020 obdržel zadavatel od navrhovatele – PREDNY SLM s.r.o., IČO 07972571, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 12. 8. 2020 Mgr. Martinem Meliškem, advokátem, ev. č. ČAK 16290, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“) – námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne. Zadavatel rozhodnutím ze dne 3. 8. 2020 předmětné námitky navrhovatele odmítl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v rozhodnutí zadavatele o námitkách, podal dne 12. 8. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH ROZHODNUTÍ ZADAVATELE O NÁMITKÁCH ZE DNE 3. 8. 2020

10. V první části předmětného rozhodnutí o námitkách zadavatel zopakoval obsah námitek navrhovatele ze dne 22. 7. 2020. Zadavatel je přesvědčen, že předmět veřejné zakázky vymezil v souladu se zákonem, když stanovil, že poptává licence nové, tedy licence, jež byly až do okamžiku dodání zadavateli nevyužité/nevyužívané (neaktivované).
11. Zadavatel uvedl, že daným požadavkem nevyločil určité skupiny dodavatelů, neboť poptávaný předmět plnění může dodat i dodavatel, jenž distribuuje též licence již dříve aktivované, tedy licence použité. Zadavatel v této souvislosti sdělil, že sám navrhovatel se na svých webových stránkách prezentuje jako „Microsoft registered partner“, pročež na něj jím tvrzená diskriminace nedopadá, když se může o plnění veřejné zakázky ucházet.
12. Zadavatel dále sdělil, že rozdíl mezi „novou“ a „použitou“ licencí nespočívá pouze v okruhu jejich distributorů. V této souvislosti zadavatel nerozporuje možnost legálního převodu „použitých“ licencí za podmínek stanovených Soudním dvorem EU v rozsudku ve věci C-128/11 a připouští, že se i v jejich případě jedná o technicky shodný produkt, a to o licenci k softwarové rozmnoženině. Právě s ohledem na podmínky stanovené v citovaném rozsudku se však rozhodl vymezit předmět plnění jako licence „nové“.

13. Zadavatel konkrétně jmenoval podmínku týkající se splnění a ověření splnění požadavku vyčerpání práva autora na rozšiřování díla, k níž sdělil, že v případě nabytí „použitých“ licencí je břemeno tvrzení a břemeno důkazní ohledně vyčerpání práva na rozšiřování díla na subjektu, jenž se jej dovolává. Zadavatel je tak přesvědčen, že v rámci nabytí těchto licencí by musel v případě jakýchkoli nejasností či softwarového auditu doložit výrobci software (společnosti Microsoft), že splňuje všechny podmínky stanovené v dotčeném rozsudku Soudního dvora EU, což by však bylo s ohledem na právní vlastnosti „použitých“ licencí podstatně složitější.
14. Bylo-li by dle zadavatele při auditu zjištěno, že se jedná o licence neexistující, resp. o licence, jež jsou zatíženy právními vadami, byl by sankcionován. Zadavatel se v tomto kontextu odkázal zejména na ustanovení § 40 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.
15. Zadavatel je přesvědčen, že i v případě, kdy by v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na prohlášení dodavatele, že jsou splněny navrhovatelem prezentované podmínky, resp. na prohlášení prvního nabyvatele (případně i následných nabyvatelů) licence, zejména, že první nabyvatel zakoupil licence v EU (resp. v EHS) se souhlasem nositele autorských práv, že ve vztahu k rozmnoženině díla v okamžiku dalšího prodeje jsou licence odinstalovány, nejsou používány a je znemožněno jejich použití v budoucnu, že nositel autorského práva udělil uživateli právo bez časového omezení, a že na licencích neváznou práva třetích stran, bylo by pro zadavatele nemožné ověřit pravdivost předmětných prohlášení. Tato skutečnost by pro zadavatele představovala závažné operační riziko, jemuž předchází právě vymezením předmětu veřejné zakázky jakožto licence doposud nepoužité.
16. Zadavatel k výše uvedenému dodal, že operační riziko by se dále zvyšovalo za situace, kdy by řetězec předchozích uživatelů byl delší než pouze první nabyvatel a distributor (dodavatel). Zadavatel jakožto pojišťovna je navíc regulovaným subjektem podléhajícím dohledu České národní banky, pročež jeho postupy a procesy musí být průkazné a nesmí vzbuzovat jakékoli pochybnosti.
17. Z vnímaných rizik ve vztahu k „použitým“ licencím zadavatel konkrétně jmenoval riziko výrazně delší časové prodlevy, respektive zdržení, spojené kupř. s delší dobou potřebnou pro aktivaci licence. Zadavatel zdůraznil, že v této souvislosti je nutné vzít v úvahu též skutečnost, že se jedná o licence softwarového vybavení nezbytně potřebného pro jeho řádný chod. Případné technické problémy, byť i jen u části „použitých“ licencí, by pro zadavatele představovaly nepřijatelné finanční, operační a rovněž reputační riziko, spjaté kupř. i jen s částečným omezením funkčnosti software z důvodu nutnosti prokázání oprávněného užívání licencí.
18. Kromě problematické právní a faktické spolehlivosti a důvěryhodnosti dokladů prokazujících legalitu nakládání s „použitými“ licencemi poukázal zadavatel též na potenciální složitost a časovou náročnost jejich přezkoumávání, k čemuž by musel přistoupit v případě, že by připustil plnění i prostřednictvím „použitých“ licencí.
19. Dle zadavatele dosud nebyla ani judikaturou vyřešena otázka, která ustanovení původní licenční smlouvy se společností Microsoft i nadále platí a která již nikoli. Předmětné se týká rovněž tzv. práva na downgrade sjednaného v rámci původní licenční smlouvy.

20. S ohledem na výše uvedené považuje zadavatel svůj požadavek na „nové“ licence za zcela legitimní a za stanovený v souladu se zákonem. Zadavatel zdůraznil, že výše jmenovaná potenciální rizika by nemohl ani v součinnosti s dodavateli „použitých“ licencí vyloučit.
21. Závěrem se zadavatel vyjádřil k rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-128/11, k němuž mj. sdělil, že nijak neřeší problematiku veřejných zakázek a případnou diskriminaci spjatou s vyloučením „použitých“ licencí. Předmětný rozsudek dle zadavatele identifikuje „použité“ licence jako obchodovatelnou komoditu, avšak nestaví je na roveň licencí „nových“, jež jsou poskytovány oficiální cestou přímo od výrobce či certifikovaných (autorizovaných) distributorů.
22. Zadavatel zastává názor, že svou povahou se u daných licencí jedná o trhy odlišné, kde je vyšší míra rizika jednoho produktu spojena s nižší pořizovací cenou, protože by spojením obou těchto kategorií v rámci poptávky dle něj došlo naopak k diskriminaci poskytovatelů licencí „nových“. Po zvážení možných rizik se zadavatel rozhodl pro trh s licencemi „novými“, jež mu zajistí nerušený výkon práv bez dalších nákladů. Právě z hlediska rizik a skrytých nákladů dle zadavatele licence „nové“ a „použité“ nepředstavují totožný produkt, ačkoli technicky nabízí stejné plnění.

III. OBSAH NÁVRHU

23. Navrhovatel svým návrhem ze dne 12. 8. 2020 brojí proti částem zadávacích podmínek zadávacího řízení na veřejnou zakázku, o nichž je přesvědčen, že porušují ustanovení § 6 odst. 2 zákona, tedy zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Konkrétně se jedná o podmínku dodání nových licencí a poskytnutí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru, licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů.
24. Navrhovatel je přesvědčen, že rozlišování licencí na licence „nové“ a „použité“ nepředstavuje specifikaci požadovaného plnění, neboť se s nimi pojí totožná práva nabyvatele licence.
25. Dle navrhovatele těmito zadávacími podmínkami dochází k omezení přístupu určité skupiny dodavatelů k zadávacímu řízení na veřejnou zakázku, resp. k bezdůvodnému zvýhodnění jisté skupiny dodavatelů. Předmětné zadávací podmínky pro softwarové licence nemají dle něj odůvodnění z hlediska funkčních a ekonomických kritérií, protože v důsledku slouží právě pouze k vyloučení určité skupiny dodavatelů ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
26. Zadavatel si dle navrhovatele vybírá konkrétní způsob dodání licencí, ačkoli sám uznává, že existují i jiné distribuční kanály, prostřednictvím nichž je možné totožný předmět plnění pořídit za cenu nižší.
27. Rozsah a obsah licence k softwarové rozmnoženině je dle navrhovatele totožný, bez ohledu na to, z jaké formy distribuce je licence nabyta. Totožné licence je dle navrhovatele možné zakoupit i na volném trhu, který není regulován výrobcem, neboť u těchto licencí došlo k vyčerpání práva distribuce, a je tedy otevřen všem subjektům.
28. Navrhovatel nesouhlasí s tím, že obchodování s licencemi „použitými“ probíhá na samostatném trhu odlišném od trhu s licencemi „novými“, ani že by bylo spojeno se zvýšenou mírou rizika a se skrytými náklady pro nabyvatele licencí. Navrhovatel je přesvědčen, že z hlediska definice relevantního trhu je nutné dojít k závěru, že existuje jednotný trh s licencemi bez ohledu na to, zda se jedná o licence „nové“ či „použité“. Licence k softwarové

rozmnoženině mají dle navrhovatele stejný obsah a rozsah, používáním neklesají na hodnotě, neboť nedochází k jejich opotřebení či spotřebování. K legálnímu nabytí licencí je dále třeba splnit zákonem stanovené požadavky, jejichž naplnění je nutné prokázat. Dle navrhovatele je tedy naprosto nesprávný závěr, že trh s použitými licencemi je trh odlišný, kde je při pořízení „použitě“ licence nabyvatel vystaven vyššímu riziku, jež je kompenzováno nižší cenou.

29. Při obdržení kompletní dokumentace vztahující se k licenci disponuje dle navrhovatele nabyvatel licence důkazy, jež bez důvodných pochybností prokazují splnění všech požadavků pro legální nabytí licence. Stejnou povinnost má přitom též nabyvatel při nabytí licencí „nových“, kdy společně s licencemi obdrží relevantní dokumentaci, bez níž by v případě softwarového auditu stěží prokázal legální nabytí a užívání licencí k softwarové rozmnoženině. Cena není dle navrhovatele nižší z důvodu vyššího rizika, nýbrž vzhledem ke skutečnosti, že licence již byla jednou výrobcí zcela zaplacená a držitel licence ji tak následně může prodat za cenu libovolnou, při jejímž stanovení není vázán cenovou politikou výrobce.
30. Navrhovatel uvedl, že vzhledem ke skutečnosti, že licence z volného trhu nejsou neomezeně dostupné, kombinuje běžně v rámci dodávek tyto licence s licencemi z přímé distribuce výrobců software tak, aby za pořízení licencí nabídl svým zákazníkům co nejlepší cenu, což oceňují jak zákazníci ze soukromého, tak i veřejného sektoru, neboť je jim dána možnost chovat se v souladu se zásadami 3E.
31. Navrhovatel setrvává na stanovisku, že se v případě licencí jedná o totožné produkty, jež nemohou ze své podstaty tvořit rozdílné trhy. Jediný rozdíl navrhovatel shledává v okruhu jejich distributorů. Licence k softwarové rozmnoženině představuje právo nabyvatele licence užívat softwarovou rozmnoženinu v souladu s licenčními podmínkami výrobce softwaru, přičemž toto právo se používáním nijak nespoteřovává ani neopotřebovává, jeho rozsah a obsah zůstává stejný, a to bez ohledu na délku užívání či na počet převodů licence.
32. Navrhovatel dále nepovažuje za pravdivé tvrzení o delší době aktivace, neboť aktivace softwarové rozmnoženiny u softwarů, které aktivaci vyžadují, probíhá automaticky po zadání aktivačního klíče. Dle navrhovatele tedy není rozdíl v tom, jestli se jedná o aktivaci licence k softwarové rozmnoženině, která ještě aktivována nebyla či licence, která již aktivována byla. Navrhovatel dodal, že není výjimkou, že k aktivaci u licence k softwarové rozmnoženině u držitele licence dochází často opakovaně, např. v rámci výměny hardware či nutnosti reinstalace softwaru, a to bez vlivu na rychlost aktivace.
33. Povinnost prokázat legalitu nabytí a užívání licencí k softwarové rozmnoženině v případě softwarového auditu je dále stejná pro všechny držitele licencí, a to bez ohledu na to, v jakém distribučním programu či kanálu licenci nabyli.
34. Předpoklad, že doklady předkládané navrhovatelem či jiným distributorem licencí z volného trhu jsou nedůvěryhodné a fakticky i právně nespolehlivé, je dle navrhovatele tvrzením hraničícím s pomluvou. Navrhovatel ke každému převodu dokládá plnou identifikaci licence, kontraktu, ve kterém byla od výrobce pořízena, prohlášení prvního nabyvatele o splnění všech nutných podmínek k legálnímu převodu licencí, identifikaci úplného řetězce mezitímních držitelů licence a prohlášení od každého subjektu v tomto řetězci o tom, že jsou splněny podmínky pro převod, zejména, že jsou tyto licence odinstalovány a je zabráněno jejich používání.

35. Za projev skryté diskriminace považuje navrhovatel požadavek na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů, dále v textu navrhovatelem uváděn jako „VLSC portál“.
36. Dle navrhovatele představuje VLSC portál online evidenční nástroj, jenž umožňuje nabyvatelům licencí v multilicenčních programech evidenci jednotlivých licencí a přidružených informací o nich (aktivační klíče, instalační soubory a jiné) v rámci tohoto účtu. Zápis licencí do něj však není důkazem o oprávněné držbě licence, ani podmínkou převodu licence, a nemá žádný vliv na její funkci, obsah a rozsah. Dle navrhovatele je zápis licence do VLSC portálu možný pouze v případě nových licencí, a mohou o něj požádat pouze subjekty v distribuční síti společnosti Microsoft, čímž opět dochází k vyloučení soutěžitelů, kteří chtějí dodat poptávané licence mimo tuto distribuční síť a kteří by bez tohoto omezení mohli soutěžit.
37. Navrhovatel uvedl, že nerozporuje, že správa licencí v portálu určeném pro jejich evidenci nabízí určitou přidanou hodnotu, avšak VLSC portál nepředstavuje jedinou možnost, jak licence a související informace a dokumentaci evidovat. Kromě VLSC portálu existují i portály další, které dle něj slouží ke stejnému účelu a obsahují nejméně tolik informací a podkladů jako VLSC portál. Navrhovatel sdělil, že využívá platformu swtp.eu, jež nabízí stejnou funkcionalitu jako VLSC portál, v jejímž rámci běžně dodává licence veřejným i soukromým subjektům.
38. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s názorem, že v případě nabytí licence z volného trhu není zřejmý rozsah licenční smlouvy, neboť judikatura vztahující se k převodům licence se zabývala „pouze“ neplatností ustanovení licenčních smluv, které zajišťovaly výrobcí softwaru právo kontrolovat a omezovat další převody licencí k softwarovým rozmnoženinám, ačkoli v souladu s evropskou právní úpravou toto jejich právo zaniklo prvním prodejem. Nebylo tak sporu o rozsahu převáděného práva. Dle navrhovatele je licence převáděna v rozsahu, v jakém byla udělena prvnímu nabyvateli. Každý nabyvatel licence také musí při instalaci softwaru potvrdit souhlas s licenčními podmínkami výrobce, jež jsou pro každého nabyvatele licence totožné.
39. Závěrem navrhovatel uvedl, že zadavatel jako jediné kritérium pro hodnocení nabídek zvolil kritérium ekonomické, přičemž nerozporuje legalitu postupu převodu licencí z volného trhu a zároveň si je vědom, že licence z volného trhu jsou zpravidla nabízeny za cenu levnější. Zadavatel by se tak měl dle navrhovatele zabývat zejména nastavením podmínek ověření legality nabízeného řešení již v rámci zadání, a to např. stanovením požadavku na dodržení podmínek legality převodu licencí či požadavku na doložení dokumentace ve fázi vyhodnocování nabídek, nikoli odmítat dané řešení jako takové, neboť tím jde zcela proti jedinému hodnotícímu kritériu, ekonomické výhodnosti nabídek.
40. Na základě výše uvedeného se navrhovatel domáhá, aby Úřad napadené skutečnosti přezkoumal a v případě, že shledá, že se zadavatel dopustil nezákonného postupu, rozhodl tak, že předmětné zadávací řízení na veřejnou zakázku zruší.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

41. Úřad obdržel návrh navrhovatele ze dne 12. 8. 2020 téhož dne a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů

zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 12. 8. 2020. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.

42. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-25267/2020/542/VHu ze dne 14. 8. 2020.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-25276/2020/542/VHu ze dne 14. 8. 2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a k zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 21. 8. 2020

44. Úřad obdržel dne 21. 8. 2020 vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne. Úvodem svého vyjádření se zadavatel ve vztahu k vypořádání se s námitkami navrhovatele v plném rozsahu odkázal na obsah rozhodnutí o námitkách.
45. Zadavatel dále uvedl, že nesouhlasí s názorem, že by rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-128/11 obsahoval závěry o tom, že vyloučení „použitých“ licencí, ať již stanovením podmínky novosti licence či stanovením podmínek, jež mohou splňovat pouze licence z přímé distribuce výrobce software, je v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, přiměřenosti a rovného zacházení. Dle zadavatele předmětný rozsudek směřuje k závěru, že „použité“ licence jsou obchodovatelnou komoditou, přičemž jejich autor není oprávněn tomuto obchodování bránit.
46. Zadavatel si je vědom cenových rozdílů mezi licencemi „novými“ a „použitými“, přičemž právě tato skutečnost by dle něj znamenala, že v případě přípuštění nabídek s „použitými“ licencemi by docházelo k diskriminaci subjektů, jež se zabývají výhradně prodejem licencí nových. Všichni prodejci „nových“ licencí navíc mohou dle zadavatele podat svoji nabídku, kdežto licence „použité“ by daný prodejce musel mít k dispozici již v době podání své nabídky.
47. Zadavatel nerozporuje obchodovatelnost „použitých“ licencí, avšak domnívá se, že obsahují skrytá rizika, což mají dokazovat mj. i specifická ujednání v případech, kdy tyto „použité“ licence obchodovány byly. Zadavatel konkrétně poukazuje na upřednostnění dodání nových, dosud nepoužitých, licencí za účelem zajištění požadavku na právní jistotu v otázce neporušování licenčních podmínek výrobce či požadavku na smluvní závazek vstoupit do jednání pro urovnání případných sporů, pro poskytnutí součinnosti při jejich řešení a uhrazení vzniklé újmy.
48. Dle zadavatele jsou tak licence „nové“ a „použité“ nesrovnatelné mj. z hlediska právní jistoty a rizik týkajících se porušování autorských práv výrobce software. Zadavatel sdělil, že by byl v případě „použitých“ licencí odkázán na pravdivost prohlášení a chování subjektů, s nimiž by nebyl v právním (smluvním) vztahu, a to zejména z hlediska zdržení se opětovné aktivace a užívání licence či následného převodu licence na jiný subjekt.
49. Zadavatel uvedl, že je-li jiný subjekt v postavení zadavatele ochoten podstoupit výše zmíněnou nejistotu, je jeho legitimním rozhodnutím v rámci konkrétního zadávacího řízení přesně definovat své požadavky a zahrnout mezi ně i licence „použité“. Zadavatel si však v rámci interní analýzy vyhodnotil, že je pro něj z hlediska minimalizace rizik výhodnější požadovat licence „nové“, u nichž zmíněné potenciální problémy neexistují.

50. Ačkoli tak dle zadavatele „nové“ a „použité“ licence ve svém důsledku poskytují obdobné plnění spočívající v oprávnění užívat daný software, rozdíl zadavatel spatřuje v kvalitě poskytnutého plnění, resp. v garanci nerušeného užívání produktu. „Nové“ licence dle zadavatele poskytují garanci autora a poskytovatele licence, tzn. jistotu pro zadavatele jakožto prvního nabyvatele licence, že on je jediným subjektem oprávněným zakoupenou licenci používat. Oproti tomu „použité“ licence s sebou nesou pouhé ujištění dodavatele a čestná prohlášení o právní bezvadnosti plnění, jež však nejsou pro podepisující předchozí majitele závazná, bez dalšího vymahatelná či přímo vykonatelná. Zadavatel dodal, že při existenci více subjektů není ani v jeho silách dohledat konečnou linku řetězce k prvnímu nabyvateli licence.
51. Zadavatel se stanovením zadávacích podmínek vyhýbá náročnému a složitému procesu spojenému se zajištěním nabytí licencí „použitých“. Dle zadavatele jediné, co může dodavatel „použitých“ licencí garantovat, je skutečnost, že se snažil dostát podmínkám stanoveným evropskou judikaturou a že za situace, kdy se něco pokazí, vyvine maximální úsilí k minimalizaci případných škod.
52. Zadavatel zdůraznil, že pro něj je však rozhodná neexistence výše popsaného rizika, a proto poptává produkty, jež uváděné skutečnosti garantují. Je to totiž zadavatel, jenž rozhoduje o předmětu poptávaného plnění a o jeho vymezení, pročez nikdo jiný mu dle jeho názoru nemůže nutit produkty, o které nestojí, v šetřeném případě „použité“ licence, jež jsou z hlediska rizik s licencemi „novými“ nesrovnatelné.
53. V neposlední řadě zadavatel dodal, že jakožto subjekt finančního trhu regulovaný Českou národní bankou je povinen minimalizovat operační rizika v oblasti informačních systémů, což v šetřeném případě činí právě prostřednictvím požadavku na pořízení „nových“ licencí. Zadavatel tak eliminuje jakoukoli potřebu nadstandardní odpovědnosti dodavatele ve smyslu jeho další existence, součinnosti, apod. Stejně tak minimalizuje riziko týkající se nesoučinnosti předchozích nabyvatelů licencí, kteří sice svým prohlášením o nepoužívání dotčených licencí nabytí těchto licencí legalizují, avšak nelze se domáhat odpovědnosti za jejich další existenci ani součinnosti pro případné budoucí řešení technických a právních problémů spojených s aktivací či reaktivací licencí.
54. Zadavatel uvedl, že investice do licencí jsou u něj dlouhodobou záležitostí, přičemž dle jemu známých informací nelze uvedená rizika nijak vhodně ošetřit prostřednictvím jejich transferu, pojištěním či zajištěním rizik výpadků provozu a/nebo vzniku škod, či jinak vhodně eliminovat rizika plynoucí z nesoučinnosti, resp. z neexistence dodavatele nebo předchozího nabyvatele licence.
55. Zadavatel se dále domnívá, že námitky navrhovatele směřovaly výhradně proti požadavku na „novost“ licencí, pročez dle něj části návrhu týkající se požadavku na převzetí plnění formou odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů nepředcházely řádně a včas podané námitky.
56. Zadavatel závěrem uvedl, že s návrhem navrhovatele nesouhlasí a navrhuje, aby jej Úřad dle § 265 písm. a) zákona zamítl.

Další průběh správního řízení

57. Úřad za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky prostřednictvím přípisu č. j. ÚOHS-28979/2020/542/VHu ze dne 16. 9. 2020 požádal o poskytnutí stanoviska společnost Microsoft s.r.o.
58. Dne 25. 9. 2020 obdržel Úřad v reakci na přípis č. j. ÚOHS-28979/2020/542/VHu ze dne 16. 9. 2020 odpověď společnosti Microsoft s.r.o. ze dne 23. 9. 2020, jejíž součástí bylo i stanovisko společnosti Microsoft týkající se užití druhotných licencí obsažené v přípise vyhotoveném dne 26. 4. 2017. S ohledem na skutečnost, že Úřad se závěry uvedenými v zasláném přípise společnosti Microsoft s.r.o. seznámil již prostřednictvím návrhu navrhovatele ze dne 12. 8. 2020, přičemž tyto závěry neodpovídaly na dotazy položené Úřadem společnosti Microsoft s.r.o. dne 16. 9. 2020, přistoupil Úřad opětovně k zaslání žádosti společnosti Microsoft s.r.o. o stanovisko, a to prostřednictvím přípisu č. j. ÚOHS-30376/2020/542/VHu ze dne 30. 9. 2020.
59. Dne 2. 10. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-30729/2020/542/VHu z téhož dne, jímž zadavateli nařídil z moci úřední předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
60. Dne 16. 10. 2020 obdržel Úřad v reakci na přípis č. j. ÚOHS-30376/2020/542/VHu ze dne 30. 9. 2020 odpověď společnosti Microsoft s.r.o. ze dne 12. 10. 2020. Společnost Microsoft s.r.o. ve své odpovědi především uvedla, že režim druhotných licencí je upraven závaznými právními předpisy, v souvislosti s nimiž jmenovala zejména článek 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES. Společnost Microsoft s.r.o. dále sdělila, že pokud by v konkrétním případě a v závislosti na aplikovatelném právním a smluvním rámci prováděla audit, posuzovala by situaci dle platných právních předpisů a v kontextu konkrétních uzavřených smluv. Závěrem svého přípisu uvedla odkaz na informace, jež se mají týkat jejich multilicenčních programů.
61. Úřad dále dne 16. 10. 2020 za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky požádal o poskytnutí stanoviska subjekty působící v oboru IT, jež byly dle obdržené dokumentace osloveny zadavatelem za účelem podání nabídky do zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Úřad pro úplnost uvádí, že předmětnou žádost o poskytnutí stanoviska zaslal pouze subjektům, které se předmětného zadávacího řízení neúčastnily, neboť do něj nepodaly svou nabídku. Ve vztahu k předmětným subjektům bylo možné předpokládat, že se jedná o dodavatele znalé problematiky softwarových licencí. Dne 16. 10. 2020 tak Úřad oslovil s žádostí o stanovisko společnost AUTOCONT a.s., Solitea, a.s., D A Q U A S spol. s r.o., DELL Computer, spol. s r.o., Fujitsu Technology Solutions s.r.o., HEWLETT-PACKARD s.r.o., ORBIT s.r.o. a T-Mobile Czech Republic a.s.
62. Úřad obdržel dne 19. 10. 2020 odpověď od společnosti Solitea, a.s., dne 21. 10. 2020 od společnosti AUTOCONT a.s., dne 22. 10. 2020 od společnosti Fujitsu Technology Solutions s.r.o., dne 23. 10. 2020 od společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., dne 25. 10. 2020 od společnosti D A Q U A S spol. s r.o., dne 26. 10. 2020 od společnosti ORBIT s.r.o. a dne 27. 10. 2020 od společnosti HEWLETT-PACKARD s.r.o.

Další průběh správního řízení

63. Usnesením č. j. ÚOHS-35717/2020/542/VHu ze dne 9. 11. 2020 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 11. 2020

64. Dne 16. 11. 2020 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-35717/2020/542/VHu ze dne 9. 11. 2020 vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
65. Zadavatel se úvodem předmětného přípisu odkázal na obsah svého vyjádření k návrhu ze dne 21. 8. 2020, k čemuž dodal, že dále se vyjadřuje především ke stanoviskům dodavatelů, které Úřad v předmětném správním řízení oslovil.
66. Dle názoru zadavatele je zásadní především zjištění, že až na společnost HEWLETT-PACKARD s.r.o., která se danou problematikou dle jeho názoru příliš nezabývala, se ostatní dodavatelé shodli na tom, že se mezi novou a druhotnou licencí vyskytují podstatné rozdíly.
67. Zadavatel v rámci svého vyjádření dále citoval vybrané části stanovisek oslovených společností, k nimž uvedl dílčí závěr, že společnost T-Mobile Czech Republic a.s. se dle něj prakticky shodla s názorem společnosti ORBIT s.r.o., a to v tom, že podpora poskytovaná výrobcem je jiná pro uživatele licencí nových a druhotných.
68. Zadavatel je na základě vybraných částí stanovisek oslovených společností přesvědčen, že lze přisvědčit jeho názoru, že druhotné licence jsou v porovnání s licencemi novými z hlediska právní jistoty a rizik porušování autorských práv výrobce software nesrovnatelné. Zadavatel uvedl, že by jako uživatel druhotných licencí byl odkázán na pravdivost prohlášení subjektů, s nimiž by nebyl v právním (smluvním) vztahu, stejně jako na jejich chování ve smyslu zdržení se opětovné aktivace a užívání licence či opětovného (následného) převodu licence na jiný subjekt.
69. Zadavatel sdělil, že jak uvedla společnost T-Mobile Czech Republic a.s., která by si dle svého vyjádření druhotné licence nepořídila s ohledem na možná rizika, je na zodpovědnosti každé organizace, aby si formu pořízení licencí v plném rozsahu vyhodnotila, a to včetně všech rizik z toho plynoucích. Zadavatel uvedl, že postupoval stejně, když si v rámci interní analýzy vyhodnotil, že je pro něj z hlediska minimalizace rizik výhodnější požadovat licence nové, u nichž dané potenciální, a s ohledem na předmět podnikání zadavatele zásadní, problémy neexistují.
70. Dle zadavatele produkty nových a druhotných licencí v konečném důsledku ve většině případů (s výjimkou např. RDS CALů) poskytují obdobné plnění spočívající v oprávnění užívat daný software, avšak zásadní rozdíl je dle jeho názoru v kvalitě poskytnutého plnění, respektive v garanci nerušeného užívání produktu. Zadavatel uvedl, že na jedné straně stojí garance autora a poskytovatele licence a jistota zadavatele jakožto prvního nabyvatele licence, že je jediným subjektem oprávněným používat zakoupenou licenci. Na straně druhé je dle něj v souvislosti s druhotnou licencí pouhé ujištění dodavatele společně s čestnými prohlášeními o právní bezvadnosti, jež však nejsou pro podepisující předchozí majitele závazná a bez dalšího vymahatelná či přímo vykonatelná. Dle zadavatele je nutné vzít v úvahu též skutečnost, že předchozí uživatelé již často v okamžiku zjištění problémů neexistují a že není v silách zadavatele dohledat konečnou linku až k prvnímu nabyvateli. Zde uvedené dle zadavatele potvrdila i stanoviska společností T-Mobile Czech Republic a.s. a ORBIT s.r.o.
71. K výše uvedenému zadavatel dodal, že jedině, co může dodavatel druhotných licencí garantovat, je, že se snažil dostát podmínkám stanoveným ve zmíněné evropské judikatuře

a že v momentě, kdy se vyskytnou obtíže, vyvine maximální úsilí k minimalizaci případných škod.

72. Zadavatel zopakoval, že pro něj je však rozhodná neexistence rizika a tedy pořízení plnění, jež tuto podmínku splňuje. V konečném důsledku je to zadavatel, jenž rozhoduje o předmětu plnění a o jeho vymezení, kdy dle jeho názoru mu nikdo jiný nemůže nutit produkty, o které nestojí, v tomto případě druhotné licence, jež jsou z hlediska rizik nesrovnatelné s licencemi novými.
73. Zadavatel závěrem uvedl, že jako pojišťovna, a tím i subjekt finančního trhu regulovaný Českou národní bankou, je povinen minimalizovat operační rizika v oblasti informačních systémů. Zadavatel tak v šetřeném případě činí prostřednictvím požadavku na pořízení nových licencí, čímž plně eliminuje potřebu nadstandardní odpovědnosti dodavatele ve smyslu jeho další existence, součinnosti, platební schopnosti apod., zejména pak riziko nesoučinnosti předchozího nabyvatele popř. i více nabyvatelů licencí. Tyto subjekty dle zadavatele svým prohlášením o nepoužívání licencí sice jejich nabytí do určité míry legalizují, avšak nelze se dle něj domáhat odpovědnosti za jejich další existenci a součinnosti pro případné budoucí řešení technických a právních problémů spojených s aktivací či reaktivací licencí.
74. Zadavatel zopakoval, že investice do licencí jsou u něj dlouhodobou záležitostí a podle jemu známých informací nelze uvedená rizika nijak vhodně ošetřit transferem rizik, pojištěním či zajištěním rizik (výpadku provozu, vzniku škod) nebo jinak vhodně a přiměřeně rizika plynoucí z nesoučinnosti, popř. z neexistence dodavatele či předchozího nabyvatele druhotných licencí, eliminovat.
75. Zadavatel též nesouhlasí s tím, že by požadavek na převzetí plnění formou odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem daných produktů byl v rozporu se zákonem, přičemž se domnívá, že námítky navrhovatele směřovaly pouze proti požadavku na novost licencí, tedy že předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.
76. Zadavatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť se nedopustil pochybení ve vztahu k zákonu.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 11. 2020

77. Dne 16. 11. 2020 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-35717/2020/542/VHu ze dne 9. 11. 2020 vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
78. Navrhovatel úvodem svého vyjádření uvedl, že ze shromážděných podkladů jasně vyplývá, že legální převod „použitých“ licencí není sporován zadavatelem ani většinou oslovených subjektů, jež vystupují v pozici prodejců nových licencí. V opačném případě by byla dle něj dotčená stanoviska v rozporu s právní úpravou principu vyčerpání práva autora na šíření softwarové rozmnoženiny.
79. Navrhovatel uvedl, že platná a účinná právní úprava stanovuje pro nakládání s licencemi právní rámec, který musí být dodržen každým subjektem vystupujícím v daných právních vztazích, a to jak subjektem distribuujícím licence na základě smlouvy s výrobcem (distributorem „nových“ licencí), tak distributorem licencí z volného trhu, ale i uživatelem těchto licencí. Každý z těchto subjektů tedy musí prokázat splnění podmínek stanovených příslušnou právní úpravou a příslušným smluvním ujednáním.

80. Ujednání omezující další převod softwarové rozmnoženiny je dle navrhovatele poté, co došlo k vyčerpání práva autora na šíření softwarové rozmnoženiny, považováno za neplatné, a to na základě závěrů relevantní judikatury, zejména rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-128/11. Jednání v rozporu se stanoveným právním rámcem je dle navrhovatele sankcionováno normami práva civilního i práva trestního. Presumovat u určitého okruhu subjektů vystupujících v právních vztazích nepoctivost, porušování autorských práv či naplňování skutkové podstaty trestného činu, a na základě toho a priori dané osoby vyloučit z možnosti hospodářsky soutěžit, nemůže dle navrhovatele představovat jednání, jemuž je poskytována právní ochrana.
81. Navrhovatel sdělil, že pocit zadavatele a některých oslovených subjektů, že existují zvýšená rizika spojená s nabýváním „použitých“ licencí, je zcela nesprávný. Dle navrhovatele je riziko pořízení neexistující licence, případně licence, jež je v rozporu s autorským právem, totožné v rámci nabývání licencí z distribuce výrobce i z distribuce z volného trhu. V obou případech je nutné prokázat, že jsou splněny podmínky pro převod licence, což se činí prostřednictvím řádné dokumentace, jež se k nabývané licenci váže. Není-li daná dokumentace distributorem (z distribuční sítě výrobce či z volného trhu) předložena, nebude nabyvatel licence schopen prokázat splnění požadavků na její legální užívání. Navrhovatel tak zastává názor, že je na zadavateli, aby byla dokumentace k licenci řádně prověřena a na základě ní mohlo být vyhodnoceno, zda účastník prokázal oprávněnost disponování s nabízeným předmětem převodu. Dle jeho názoru tedy nelze předem určitý okruh soutěžitelů vyloučit z důvodu, že zadavatel předpokládá, že jím vymezená skupina dodavatelů může jednat v rozporu se zákonem a případně se i dopouštět trestné činnosti.
82. Navrhovatel uvedl, že do smluvních vztahů vstupuje s plnou transparentností a svým zákazníkům předkládá úplnou relevantní dokumentaci k licencím, a to včetně identifikace všech předchozích držitelů převáděné licence, identifikace smlouvy, na základě které byla licence pořízena prvním nabyvatelem, všech relevantních informací z dané smlouvy umožňujících novému nabyvateli provést kontrolu přímo u výrobce software, dokladů prokazujících převod dané licence, dokladů o znemožnění jejího dalšího užívání každým jejím majitelem, snímků obrazovky zachycujícího evidenci licence ve VLSC účtu původního nabyvatele, apod. Navrhovatel k právě uvedenému dodal, že za účelem prokázání daných skutečností přikládá relevantní dokumentaci k licenci, jež by byla předmětem převodu za situace, kdy by mu zadavatel umožnil účast v předmětném zadávacím řízení.
83. Navrhovatel akcentoval, že Úřadem oslovené subjekty představují obchodníky s „novými“ licencemi, a proto je nutné dle jeho názoru zhodnotit, nakolik může být jejich pozice k přeprodeji licencí ovlivněna jejich postavením a obchodním modelem závislým na kooperaci s výrobcem licencí. Navrhovatel je přesvědčen, že větší část oslovených subjektů pouze tlumočí vyjádření společnosti Microsoft (např. společnost D A Q U A S spol. s r.o., ORBIT s.r.o. a T-Mobile Czech Republic a.s.), pročež dle navrhovatele není nutné ve vztahu k nim vést obsáhlou polemiku o jejich střetu zájmu ve vztahu k redistribuci licencí k softwarové rozmnoženině. Navrhovatel však sám dodává, že společnost Microsoft danou možnost redistribuce licencí akceptuje.
84. Závěrem této části svého vyjádření navrhovatel sdělil, že nelze opomenout ani skutečnost, že stanoviska oslovených subjektů jsou často kontradiktorní (např. stanovisko společnosti HEWLETT-PACKARD s.r.o. a D A Q U A S spol. s r.o.), obsahují nepodložené domněnky

(např. některé skutečnosti uvedené ve stanovisku společnosti ORBIT s.r.o.) či zauímají pozici, která neodpovídá platné a účinné právní úpravě a soudní rozhodovací praxi (např. stanovisko společnosti D A Q U A S spol. s r.o.).

85. Navrhovatel se dále již jednotlivě vyjádřil ke stanoviskům oslovených společností a k vyjádření zadavatele a rozhodl se sám též zodpovědět dotazy položené Úřadem dotčeným subjektům.

Vyjádření navrhovatele k závěrům zadavatele ze dne 21. 8. 2020

86. Navrhovatel považuje vyjádření zadavatele ze dne 21. 8. 2020 za zavádějící. Jako úsměvnou vnímá úvahu, že připuštěním distributorů „použitého“ software by zadavatel diskriminoval distributory „nových“ licencí, jelikož nabídková cena by byla u „použitých“ licencí nižší, a to zejména s ohledem na skutečnost, že zadavatel jako jediné hodnotící kritérium stanovil ekonomickou výhodnost nabídkové ceny.
87. Navrhovatel považuje za zcestnou úvahu o tom, že obsahuje-li smlouva sankční ujednání, znamená to automaticky, že právní jednání skýtá pro některou ze stran skrytá rizika. Ke zmíněným smlouvám uvedl, že se jednalo o smlouvy adhezního typu, v nichž nemohl činit žádné úpravy, přičemž daní zadavatelé využívají obdobných ustanovení u většiny svých poptávaných zakázek. Navrhovatel sdělil, že akceptuje odpovědnost, již je jako dodavatel vázán, tedy ani případná absence sankčních ujednání ve smlouvě nevylučuje jeho odpovědnost za škodu založenou relevantními právními předpisy.
88. Navrhovatel shledává nepravděpodobné, že by smlouva ve vztahu k pořízení „nové“ licence neobsahovala prohlášení převodce o absenci právních vad licence, avšak i kdyby tomu tak bylo, absence daného prohlášení dle navrhovatele nezbavuje převodce odpovědnosti za právní vady, jež je založena příslušnou právní úpravou.
89. Navrhovatel je přesvědčen, že nepoctivý prodejce licence by byl nucen nést odpovědnost, tedy nesouhlasí s tím, že by právní jednání předchozích majitelů licencí bylo nezávazné, neboť tato skutečnost by též popírala zásadu pacta sunt servanda. Analogicky navrhovatel jako příklad uvedl situaci, kdy převodce automobilu, jenž není vázán svým projevem vůle k prodeji, poté, co automobil prodá a inkasuje kupní cenu, použije kopii klíče a prodaný automobil nadále používá či jej dále prodá, přičemž by za takové jednání nenesl žádnou zodpovědnost. Dle navrhovatele je taková úvaha zcela nesmyslná.
90. Navrhovatel dále uvedl, že díky dokumentaci, kterou zákazník při nákupu licence od něj obdrží, není tento zákazník při řešení technických problémů odkázán na součinnost jakékoli třetí osoby, neboť disponuje veškerými relevantními informacemi pro aktivaci či reaktivaci licencí přímo prostřednictvím výrobce software.
91. Navrhovatel sdělil, že v šetřeném případě není ve stanovení předmětu veřejné zakázky žádným způsobem odůvodněno použití odkazu na určitého dodavatele či produkt, protože je veřejná zakázka otevřena dodavatelům všech rovnocenných řešení požadovaného produktu.
92. Navrhovatel mj. z rozhodovací praxe Úřadu a soudů činí závěr, že zásady 3E, zejména zásada hospodárnosti, není stanovena zákonem, nýbrž je dovozována judikaturou, a to zejména s ohledem na evropské zadávací směrnice, z nichž zákon vychází.
93. Tvzení zadavatele o možném riziku převyšujícím potenciální úsporu považuje navrhovatel za smyšlené a nepodložené žádnými konkrétními výpočty. Navrhovatel v tomto kontextu

vedl, že nemohl podat do zadávacího řízení svou nabídku, kterou by zadavatel mohl hodnotit, a zmínil, že v jiných případech byl schopen dosáhnout úspory i více než 80 %.

94. Navrhovatel dále uvedl, že převod licencí z jeho strany nejenže bezvýhradně splňuje všechny podmínky k převodu práv stanovené legislativou i judikaturou, ale dokládá i zcela přesnou identifikaci licencí včetně čísel kontraktu, z kterého vychází, identifikaci původního nabyvatele licencí i celého řetězce mezitímních vlastníků či print screen z VLSC účtu prokazující existenci licencí. Čísla licencí i smluv jsou dle navrhovatele jednoduše ověřitelná přímo u výrobce softwaru. Ze strany zadavatele však namísto zanesení těchto pravidel do zadání veřejné zakázky či namísto vyžádání si dotčené dokumentace došlo k odmítnutí této legitimní formy dodání licencí jako celku.
95. Navrhovatel dodal, že multilicenční kontrakty jsou určeny pro právnické osoby a skutečnost, že zadavatel zmiňuje v rámci argumentace osoby fyzické, je z jeho pohledu opět jen ukázkou neznalosti problematiky licencování společnosti Microsoft.
96. K tvrzení zadavatele, že mu nikdo nemůže nutit produkty, o které nestojí, navrhovatel sdělil, že produkt je v šetřeném případě licence, tzn. právo k užití softwarové rozmnoženiny, nikoli forma či distribuční kanál dodání. Pokud zadavatelé chtějí zadat veřejnou zakázku na předmět plnění, který definují nikoli obecně, ale za pomoci odkazu, jsou povinni, pokud neodůvodní použitý odkaz, u každého uvést možnost nabídnout rovnocenné řešení. Dle navrhovatele je software z volného trhu nejen technicky rovnocenným řešením, ale i řešením totožným.
97. K argumentaci zadavatele, že existuje možné riziko z důvodu nesoučinnosti předchozích nabyvatelů licencí, navrhovatel uvedl, že neví, za jakých okolností a proč by měl předchozí nabyvatel licence jakkoli kooperovat s nabyvatelem aktuálním. Navrhovatel v této souvislosti pokládá otázku, proč by se měl jakýkoli subjekt vyjadřovat k něčemu, co již dávno prodal a současně již předal veškeré informace, identifikační údaje produktu i veškerá svá práva někomu dalšímu.
98. Závěrem navrhovatel uvedl, že vzhledem k tomu, že do VLSC účtu lze přiřadit výhradně licence nové a nikoli licence z volného trhu, byla by možnost dodání licencí z volného trhu do VLSC účtu sama o sobě zcela nesmyslná, respektive by se jednalo o podmínku nesplnitelnou. Dle navrhovatele se tedy nejedná o jiný požadavek, nýbrž o věc související.

Vyjádření navrhovatele ke stanovisku společnosti Microsoft

99. Navrhovatel je přesvědčen, že „Dopis zákazníkům a partnerům Microsoft“ ze dne 26. 4. 2017 je stěžejním dokumentem, v němž společnost Microsoft mj. poukazuje na podmínky formulované Soudním dvorem EU pro legální převod softwarových licencí, čímž se podřizuje evropské legislativě ve vztahu k převodu licencí.
100. Navrhovatel uvedl, že stejně jako jeho mateřská společnost PREO Software a.g. se těmito podmínkami bezvýhradně řídí a zcela transparentně dokládá veškerou potřebnou dokumentaci, která prokazuje existenci převáděných licencí i splnění všech souvisejících podmínek pro legální převod licencí.

Vyjádření navrhovatele ke stanovisku společnosti HEWLETT-PACKARD s.r.o.

101. Navrhovatel uvedl, že na rozdíl od ostatních dotazovaných subjektů, které si chrání svoji pozici na domácím trhu s distribucí licencí, lze vidět, že se jedná o zkušenosti a informace kolegů

z jiných entit dané společnosti, jak uvádí i sám dodavatel, přičemž lze očekávat, že se jedná o entity zahraniční, kde je obchod s licencemi z volného trhu zcela běžnou záležitostí.

Vyjádření navrhovatele ke stanovisku společnosti ORBIT s.r.o.

102. Navrhovatel souhlasí s názorem dané společnosti, že vždy záleží na konkrétní dodávce. Pokud je zákazníkovi dodána kompletní identifikace licencí a kompletní dokumentace prokazující existenci licencí a splnění podmínek pro jejich převod, stejně jako licence k požadovanému produktu v požadované verzi či edici, není dle něj důvod, proč by mělo být užití a převod licencí z volného trhu jakkoli problematické.
103. Jmenovaná citace výrobce dle navrhovatele prokazuje, že licence jsou udělovány pomocí smlouvy a nikoli jejich zápisem do VLSC portálu, kde jsou pouze evidovány. Jedná se tak dle něj čistě o deklaratorní záležitost.

Vyjádření navrhovatele ke stanovisku společnosti T-Mobile Czech Republic a.s.

104. Navrhovatel úvodem uvedl, že si dovoluje zpochybnit volbu společnosti T-Mobile Czech Republic a.s. z hlediska relevantního subjektu pro zodpovězení otázek Úřadu, neboť se jedná o jeho přímého konkurenta, s nímž se nejednou potkal ve výběrových řízeních. Ačkoli se dle navrhovatele daná společnost nedopouští takových přímých soudů jako např. společnost D A Q U A S spol. s r.o., je přesvědčen, že je jejím cílem nejméně vyvolat právní nejistotu v posuzované věci a chránit tak zájmy dodavatelů nových licencí.
105. Dle navrhovatele jsou na západním trhu licence z volného trhu považovány za zcela běžný, legální a transparentní způsob pořízení softwarových rozmnoženin, k čemuž dodal, že mezi jeho zákazníky patří subjekty jako ERSTE, SWEDEX, VOLKSBANK, DIE ZEIT, LUKOIL nebo BAYER.
106. Navrhovatel souhlasí se závěrem, že RDS CAL licence lze aktivovat prostřednictvím aktivní multilicenční smlouvy, a proto také navrhovatel identifikuje smlouvy, ze kterých licence pochází. Zákazník je tak dle něj schopen vždy aktivovat jím dodané licence z volného trhu jako by se jednalo o licence nové.
107. Navrhovatel naopak zastává názor, že to, že je licence dostupná na volném trhu, neznamená, že nepochází z aktivní smlouvy, respektive, že nepůjde aktivovat. Zákazník má dle něj vždy potřebné identifikační údaje vztahující se ke konkrétní smlouvě.
108. K argumentaci, že nový nabyvatel ztrácí výhody podpory přenesené na LSP partnery (např. hotline), navrhovatel uvádí, že požadované licence nemusí být dodány LSP partnerem, kdy licence v požadovaném programu OLP NL mohou dodat partneři Microsoftu i z hladiny Registered Partner, kde žádné obdobné výhody podpory neexistují. Navíc licenční podporu i hotline navrhovatel nabízí svým zákazníkům standardně.
109. Dle navrhovatele lze však souhlasit s tím, že software nelze prodávat se Software Assurance, avšak nikoli z důvodu, že by byla daná služba fixována na prvního příjemce, nýbrž proto, že se nejedná o licenci, ale službu, která nemůže být předmětem transferu již ze své povahy. Navíc v šetřeném případě nebyla služba Software Assurance vůbec poptávána. Pokud by zadavatel požadoval i tuto službu, bylo by dle navrhovatele třeba daný požadavek s ohledem na jeho diskriminující charakter odůvodnit.
110. Společnost T-Mobile se ve svém stanovisku dle navrhovatele dopouští zjevných technických nepřesností, pročež jej považuje za zavádějící, neodborné a nepravdivé. Při použití nástroje

Microsoft Volume Activation Management Tool (VAMT 3.1) se dle navrhovatele vždy ukazuje aktuální počet možných aktivací produktu, nikoli počet instalací. U multilicencí přitom ani společnost Microsoft nesleduje počty instalací, nýbrž odečítá počty aktivací. Navrhovatel sdělil, že je obecně známo, že počet aktivací daného software převyšuje množství zakoupených licencí, a to zejména z důvodů software mobility uvnitř organizací zákazníků, kdy není možné, aby každá reinstalace programu odebrala jednu licenci k užití.

111. Závěrem navrhovatel uvedl, že pokud jsou dokumenty k převodu úplné a pravdivé, nemůže dojít k odejmutí licencí. Obecná formulace, že licence z volného trhu je považována a priori za nelegální, může být dle navrhovatele omluvena neznalostí fungování práva, nikoli však vůlí uškodit inovativní konkurenci.

Vyjádření navrhovatele ke stanovisku společnosti D A Q U A S spol. s r.o.

112. Navrhovatel odmítá, že by ve vztahu k šetřenému případu byly dokumenty jako rozsudek ve věci C-128/11 či vyjádření společnosti Microsoft ze dne 26. 4. 2017 irelevantní, neboť oba se přímo vztahují k problematice rozšiřování softwarových licencí a mj. stanoví rozsah pravidel a parametrů, které musí být splněny a prokázány, aby další nabyvatel byl legitimním vlastníkem rozmnoženiny, přičemž nerozlišují formu distribuce. V Německu bylo již dle navrhovatele též rozhodnuto, že se rozsudek Evropského soudního dvora vztahuje i na hromadné licenční smlouvy a jejich rozdělení.
113. Navrhovatel dále uvedl, že forma Open License je smlouvou mezi dvěma konkrétními stranami, přičemž nehodlal žádným způsobem převádět celé smlouvy, ale pouze licence z těchto smluv, u nichž došlo k vyčerpání práva na další kontrolu rozmnoženin.
114. Dle navrhovatele citované výjimky v licenčních podmínkách společnosti Microsoft existují a umožňují transfer licencí na afilace, přičemž díky těmto výjimkám je teoreticky možné dosáhnout změn v zápisu ve VLSC účtech. Zápis do VLSC účtu však nekonstituuje vznik práva k užití softwarové rozmnoženiny a nepodmiňuje ani aktivaci daného práva. Navrhovatel je tak přesvědčen, že se jedná pouze o administrativní a formální záležitost. V tomto kontextu se odkázal též na jeden ze závěrů rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-128/11, dle kterého nehledě na existenci smluvních ujednání zakazujících následný převod, nemůže nositel dotčeného práva bránit dalšímu prodeji rozmnoženiny.
115. Oprávnění k licencím tak dle navrhovatele nespočívá v online záznamu na stránkách VLSC, nýbrž se prokazuje seznamem dokumentů, které tvoří nabývací titul, tedy smlouvou o převodu licencí, fakturou, v případě druhotných licencí podkladovou dokumentací, která prokazuje podmínky stanovené nejen společností Microsoft, ale i Soudním dvorem Evropské unie (že první nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv, a to ve státu Evropské unie, respektive Evropského hospodářského prostoru, že první nabyvatel prohlásí, že licence jsou odinstalovány, nejsou používány a znemožní jejich použití v budoucnu, že licence byly jak původním, tak novým nabyvatelem úplně zakoupeny a nikoli pronajímány, a to ani částečně, a v neposlední řadě, že na licencích nevážnou žádná práva třetích stran). Navrhovatel dále jakožto odpověď na otázky společnosti D A Q U A S spol. s r.o. uvedl následující.
116. Dle navrhovatele získá zákazník přístup k instalačním sadám originálního a legálního software na základě rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie, konkrétně rozsudku ve věci C-166/15,

v němž bylo stanoveno, že původní nabyvatel kopie počítačového programu doprovázený neomezenou uživatelskou licencí je oprávněn tuto kopii a svou licenci dále prodat novému nabyvateli. Stejným způsobem a na základě výše uvedených rozsudků dle navrhovatele nabyvatel licence z volného trhu obdrží originální produktový klíč pocházející z VLSC účtu původního nabyvatele licence spolu s originálními a legálními instalačními soubory.

117. Problém zneužití licenčních klíčů je dle navrhovatele naprosto totožný u licencí nových i z volného trhu. Softwarové audity probíhají zcela standardně, přičemž jako důkazy slouží podkladová a převodní dokumentace, jež obsahuje nejméně stejné informace jako dokumentace u licencí nových.

Poskytnutí vlastního stanoviska navrhovatele k dotazům Úřadu

118. Úvodem svého stanoviska navrhovatel sdělil, že si dovoluje jako zúčastněný subjekt zodpovědět dotazy položené dodavatelům, kdy žádný z oslovených subjektů nepůsobí v oblasti prodeje softwarových licencí z volného trhu.
119. Pokud se jedná o licence ke stejnému programu, ve stejné verzi i edici, není dle navrhovatele mezi licencemi novými a druhotnými (k dotčeným produktům) žádný rozdíl z hlediska rozsahu či obsahu. Licence nové a druhotné se tak dle navrhovatele pro uživatele z hlediska své funkčnosti neliší. Nový nabyvatel má dle navrhovatele práva v rozsahu nabyvatele původního.
120. Uživatel druhotné licence předmětných produktů dle navrhovatele neztrácí prvky podpory poskytované výrobcem. Podpora definovaná společností Microsoft k daným on-premise řešením se nemění. Navrhovatel uvedl, že Software Assurance je samostatná služba, která není převoditelná a především nebyla ani zadavatelem poptávána. Pokud by poptávána byla, vyloučilo by to dodávku licencí z volného trhu.
121. Dle navrhovatele nabízí pro nové licence společnost Microsoft mj. portál VLSC, v jehož rámci má zákazník možnost evidovat své nové licence. Zápis do VLSC účtu však není nárokový a nesouvisí s licencí či nabytím práva na užití softwarové rozmnoženiny. Pokud zadavatel vyžaduje elektronický nástroj na správu licencí, navrhovatel mu dává přístup k portálu SWTP.eu, jež obsahuje nejméně stejné funkce jako VLSC účet.
122. Ve vztahu k druhotným licencím se dle navrhovatele není třeba obávat žádných komplikací spojených s užitím licence, a to v případě dodržení všech pravidel pro legální převod softwaru, v rámci něhož je novému nabyvateli zprostředkována kompletní dokumentace k licenci, včetně identifikace smlouvy, ze které licence pochází, původního nabyvatele licence a existence evidence licence formou screenshotu z původního VLSC účtu.
123. Navrhovatel je přesvědčen, že nenastanou situace, že by uživateli druhotné licence byla tato licence odejmuta, respektive byla zrušena. Dle navrhovatele by musela být porušena pravidla pro legální převod licencí.
124. V případě zahájení kontroly ze strany výrobce u současného držitele druhotných licencí není dle navrhovatele uživatel těchto druhotných licencí v době konání předmětné kontroly nijak omezen v používání daných licencí a nehrozí mu ani postih či omezení v jejich užívání při zjištění nesrovnalostí ve vztahu k předchozímu držiteli licence, a to za situace, pokud byla při převodu dodržena všechna pravidla. Navrhovatel dodal, že v rámci EU již licence dodávané z jeho strany (či jeho mateřskou společností) prošly bez problémů mnoha softwarovými audity výrobce softwaru.

125. Zápis do VLSC portálu není dle navrhovatele nárokový a nemá žádnou souvislost s nabytím práva k užití softwarové rozmnoženiny. Nové licence se dle něj nabývají zásadně uzavřením smlouvy a VLSC portál plní funkci jakési doručovací databáze pro evidenci. U dalších typů, zejména retailových, existují dle navrhovatele i krabicové nebo další formy distribuce.
126. Dle navrhovatele existuje více způsobů nabytí licence, kdy např. výrobce pověřuje některé partnery k tisku licenčních štítků na OEM licence, které dodávají ke svému hardware. Další variantou jsou i autorizovaní refurbisheři, kteří rovněž tisknou své štítky (MAR OEM). Multilicence však pochází přímo od společnosti Microsoft.
127. Portál VLSC se dle názoru navrhovatele pro aktivaci produktů nemusí vůbec využívat a ve většině případů jej nelze ani jakkoli využít. Většina programů se dle něj aktivuje pomocí produktového klíče, a to přímo po nainstalování daného programu nebo v průběhu instalace. Další část produktů aktivaci vůbec nevyžaduje (většina CAL licencí nebo SQL server). Pro aktivaci RDS licencí se dle navrhovatele využívá odkaz na stránkách výrobce (<https://activate.microsoft.com/>).
128. Pro správu licencí se dle navrhovatele používají různé druhy serverů (portálů), např. VLSC, MPSA Business, CSP, aj., kdy každý je určen pro jiný typ kontraktu. Všechny však mají společné to, že existence zápisu o licenci v rámci účtu nekonstituuje právo k užití licence, nýbrž je pouze deklarativním zápisem pro usnadnění správy licencí. Je-li však míněno licenčním serverem aktivační server, jenž validuje aktivaci produktů, je jím skutečně jen ten podporovaný výrobcem, avšak nemá žádnou návaznost na portály pro evidenci licencí.
129. V případě nových licencí jsou dle navrhovatele ze strany výrobce stanoveny určité požadavky na prodej a distribuci, aby poskytování a správa licencí mohla probíhat prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů. V rámci následného prodeje licencí tomu tak však již není, neboť by se jednalo o požadavky stanovené v přímém rozporu s judikaturou Evropského soudního dvora.
130. Navrhovatel na základě všeho výše uvedeného zastává názor, že zadavatel ve vztahu k šetřené veřejné zakázce pochybil, pročez navrhuje, aby Úřad dotčené zadávací řízení zrušil.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 12. 2020

131. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-40365/2020/500/ISO ze dne 15. 12. 2020 (dále jen „napadené rozhodnutí“) konstatoval, že podle § 265 písm. a) zákona návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.

Rozklad navrhovatele ze dne 30. 12. 2020

132. Dne 30. 12. 2020 obdržel Úřad přípis navrhovatele z téhož dne, jímž navrhovatel podal rozklad proti napadenému rozhodnutí. Navrhovatel v předmětném rozkladu navrhoval, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Další průběh správního řízení

133. Dne 4. 1. 2021 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-00088/2021/542/VHu z téhož dne, jímž určil navrhovateli lhůtu k doplnění podaného rozkladu ze dne 30. 12. 2020 o náležitosti podání v souladu s § 82 odst. 2 správního řádu, zejména o uvedení, v čem je navrhovatelem spatřován rozpor napadeného rozhodnutí s právními předpisy či nesprávnost napadeného rozhodnutí nebo správního řízení, které mu předcházelo.

134. Dne 17. 1. 2021 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-00088/2021/542/VHu ze dne 4. 1. 2021 přípis navrhovatele z téhož dne, jímž navrhovatel doplnil svůj rozklad ze dne 30. 12. 2020 o náležitosti podání v souladu s § 82 odst. 2 správního řádu.

Doplnění rozkladu navrhovatele ze dne 17. 1. 2021

135. Navrhovatel úvodem sdělil, že rozklad podává z důvodu následujících vad, které shledává ve vztahu k napadenému rozhodnutí.

136. Dle navrhovatele Úřad v napadeném rozhodnutí aprobuje diskriminační postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Zadavatel dle něj nastavil zadávací podmínky způsobem, jenž uměle omezuje hospodářskou soutěž.

137. Navrhovatel je přesvědčen, že neexistují rozdíly, které by zapříčiňovaly větší riziko u druhotných licencí, respektive, že dané riziko lze nastavením zadávacích podmínek eliminovat. Dle navrhovatele tak neexistují na straně zadavatele objektivní důvody pro vyloučení druhotných licencí.

138. Navrhovatel uvedl, že k právnímu posouzení ve smyslu absence rizika dospěly i soutěžní orgány v Německu. Zadavatel tedy tím, že vyloučil druhotné licence, respektive požadoval pouze licence nové, porušil zákon.

139. Závěr Úřadu považuje navrhovatel za nesprávný, postavený na chybných skutkových zjištěních a nesprávném právním posouzení. Uvedený postup Úřadu dle navrhovatele poškodil nejen jej, ale de facto omezil fungování celého trhu. Žádný ze zadavatelem tvrzených argumentů, jež jako objektivní shledal i Úřad v napadeném rozhodnutí, nelze dle navrhovatele považovat za objektivní důvod pro omezení soutěže, jak bylo již rozhodnuto německými orgány, mj. v rozhodnutí, které připojil ke svému návrhu a jímž se dle něj Úřad nezabýval.

140. Dle navrhovatele se tak s fakticky totožnou argumentací zadavatelů v rámci omezování soutěže na „nové“ licence německá judikatura meritorně vypořádala a dospěla ke zcela opačnému názoru než Úřad v napadeném rozhodnutí. Za situace, kdy by se Úřad rozhodl od posouzení německými orgány odklonit, měl by dle navrhovatele tento krok pečlivě

odůvodnit, obzvláště když německé soutěžní právo vychází z totožných směrnic jako zákon. Navrhovatel v této souvislosti poukázal rovněž na dotčené znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU.

141. Navrhovatel uvedl, že předně není pochyb o tom, že druhotné licence jsou technicky shodným produktem jako licence nové distribuované přímo od vydavatele, což nerozporuje ani zadavatel ani Úřad v napadeném rozhodnutí. Zadavatel a Úřad dle navrhovatele pouze dospěli k nesprávnému závěru, že druhotné licence z důvodu zvýšeného rizika mohou být odlišným požadovaným předmětem plnění.
142. Navrhovatel považuje skutkové závěry Úřadu za nesprávné, kdy Úřad dle něj zcela opomíjí skutečnost, že multilicence jsou obchodované jak v režimu licencí nových, tak i použitých. Závěry z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt ze dne 8. 2. 2019 nejsou dle navrhovatele na předmětnou věc vůbec aplikovatelné, neboť není pochyb, že se licence k softwaru nespoteblovává, neopoteblovává a zůstává kvalitativně stejná.
143. Dále navrhovatel nesouhlasí s posouzením, že s nákupem druhotného software jsou spojena dodatečná rizika. Poukázal na německou rozhodovací praxi, zejména na rozhodnutí Vergabekammer Münster z 1. 3. 2016 ve věci VK 1 – 2/16, jehož ověřený překlad učinil součástí předmětného přípisu, kdy z jeho právní věty dle něj plyne, že zadavatel nesmí při nákupu softwarových multilicencí vyžadovat výslovně nové licence a tím zároveň vyloučit dodávku použitých licencí, aby tak bylo možné eliminovat riziko, že při použití softwaru s použitými licencemi bude od výrobce vznesen nárok na upuštění od tohoto jednání nebo nárok na náhradu škody. Čelit tomuto riziku může dle navrhovatele tím, že si od uchazečů nechá předložit příslušné důkazy o vyčerpání práva na distribuci.
144. Zadavatel dle navrhovatele porušuje též zásadu rovnosti (rovného zacházení), když od počátku omezil skupinu možných poskytovatelů plnění na autorizované společnosti Microsoft, v důsledku čehož existuje dle něj bez objektivních důvodů pouze omezená hospodářská soutěž.
145. Navrhovatel je přesvědčen, že technické specifikace by měly být nastaveny tak, aby stanovovaly požadavky na výkon a funkci, což umožňuje, aby bylo cíle veřejné zakázky dosaženo nejlépe. Naopak požadavek na přesný produkt bez uvedení možnosti dodání produktu technicky shodného je dle něj s těmito cíli a požadavky v rozporu. Navrhovatel v této části podání poukázal na důležitost zásady „produktově neutrálního zadávacího řízení“, přičemž v této souvislosti odkázal na vybrané pasáže rozhodnutí Vergabekammer Münster z 1. 3. 2016 ve věci VK 1 – 2/16.
146. Navrhovatel se dále vyjádřil k postupu Úřadu ve vztahu k oslovení subjektů působících v oblasti IT. Úřad dle navrhovatele oslovil pouze subjekty, jež obchodují zejména s primárním softwarem přímo od výrobce, tedy subjekty, kteří mají dle navrhovatele zájem potlačit část trhu s druhotnými licencemi. Mnozí dotčení dodavatelé se dle navrhovatele nerozpakovali uvádět naprosto zavádějící a objektivně nepravdivé informace, jiní však i tak byli schopni zodpovědět na položené dotazy pravdivě. Ačkoli přitom navrhovatel některá tvrzení oslovených subjektů vyvracel, Úřad dle něj jejich věrohodnost nepřezkoumával a konstatoval, že mají v zásadě rovnocennou důkazní hodnotu. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s Úřadem v názoru, že nemůže určovat, které stanovisko je správné či nikoli, neboť tak dle něj nesplnil svou zákonnou přezkoumávací povinnost.

147. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že zadavatel zadávacími podmínkami zapříčinil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a svým postupem diskriminoval celou jednu část trhu s licencemi. Ačkoli navrhovatel souhlasí s tím, že je nutné zohlednit, zda nemůže být určitá omezující zadávací podmínka legitimně odůvodněna specifickou povahou předmětu veřejné zakázky, má v předmětném případě za to, že zde specifická povaha předmětu veřejné zakázky, která by postup zadavatele odůvodňovala, neexistuje.
148. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Další průběh správního řízení

149. Dne 18. 1. 2021 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-01915/2021/542/VHu z téhož dne, jímž stanovil zadavateli lhůtu k vyjádření se k rozkladu navrhovatele.

Vyjádření zadavatele k rozkladu ze dne 22. 1. 2021

150. Dne 22. 1. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele proti napadenému rozhodnutí. Zadavatel úvodem svého vyjádření sdělil, že považuje jednání navrhovatele v předmětném správním řízení za obstrukční, kdy zadavatel je navíc blokován předběžným opatřením, které mu znemožňuje uzavřít s vybraným dodavatelem smlouvu.
151. Zadavatel se předně v rámci vyjádření k rozkladu odkázal na svá předchozí vyjádření učiněná v průběhu předmětného správního řízení, zejména na vyjádření k podkladům rozhodnutí. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by napadené rozhodnutí aprobovalo postup směřující k omezení trhu v oblasti softwarových licencí, neboť stanovením zadávacích podmínek dochází dle něj přirozeně k omezení okruhu potenciálních uchazečů. Zadavatel přitom v rámci zadávacího řízení za účelem uspokojení svých potřeb k řádnému stanovení zadávacích podmínek přistoupil, když požadoval mj. dodání „nových“ licencí. Zadavatel se tak plně ztotožňuje se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí.
152. Dotazované subjekty dle zadavatele z většiny objektivně popsaly reálně existující, zejména provozní, rozdíly mezi licencí „novou“ a „použitou“. Přestože konečný produkt poskytuje technicky stejný výsledek, existuje dle něj u „použitých“ licencí nezanedbatelná míra rizik, která by v průběhu plnění mohla ohrozit nerušený výkon jeho práv. Zadavatel je přesvědčen, že dotčená rizika u nových licencí neexistují, protože je dle něj ospravedlnitelné, když se po pečlivém zvážení rizik s ohledem na oblast podnikatelských činností, v níž působí, a na dohled České národní banky, pod který spadá, rozhodl pro variantu řešení tak, jak je uvedena v rámci zadávacího řízení.
153. Zadavatel nesouhlasí se závěry navrhovatele v rámci odkazování se na německou rozhodovací praxi, ani s tím, že měl Úřad odůvodnit svůj odklon od názorů uvedených v poukázaném rozhodnutí (Vergabekammer Münster ze dne 1. 3. 2016, ve věci VK 1-2/16). Dle zadavatele se jedná o rozhodnutí mimo rámec českého právního řádu, přičemž Úřad dle něj v rámci správního řízení provedl dostatečným způsobem zjištění skutkového stavu a jeho právní subsumpci v rámci tuzemské právní úpravy. Mimo to meritum věci a tvrzené skutečnosti v dotčeném zahraničním řízení dle něj neodpovídají zde vedenému správnímu řízení.
154. Ve vztahu k otázce technicky shodného produktu zadavatel nerozporuje, že v konečném výsledku oba druhy licencí, jsou-li poskytovány řádně, nabízejí možnost užívat daný software. Současně však zadavatel poukazuje na rozdíly z hlediska nabytí a držení uživatelských práv, kdy do

nerušeného užívání vstupují subjekty mimo primární smluvní vztah s dodavatelem. Zadavatel je tak přesvědčen, že by de facto byl bez možnosti reálně účinné ochrany svých práv vlastním jednáním. Zadavateli případně nezbyvá, než se dožadovat nápravy po dodavateli či u něj uplatnit sankci. Zájmem zadavatele je však nerušené a nepřetržité užívání programu za účelem provozování vlastní podnikatelské činnosti, protože případné příjmy ze smluvních pokut jsou za situace, kdy je nerušené užívání licencí omezeno, dle něj již bez užitku.

155. Zadavatel uvedl, že pokud unesl důkazní břemeno a dostatečně popsal kvalitativní rozdíly daných řešení, byl oprávněn v mezích zákona k volbě zadávacích podmínek tak, jak to učinil v rámci předmětného zadávacího řízení.
156. Ve vztahu ke znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU zadavatel sdělil, že oprávněný a řádně zdůvodněný požadavek na nové licence je možné interpretovat jako provozní či výkonnostní požadavek, kdy v předmětném správním řízení dostatečně popsal rozdíl ve vztahu k použitým licencím, a to s ohledem na rizika daných variant.
157. K rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-128/11 zadavatel sdělil, že nadále trvá na tom, že stanoví, že použité licence jsou při dodržení přísně definovaných požadavků volně obchodovatelnou komoditou a problematiku zadávacího řízení zcela opomíjí.
158. Zadavatel shledává mj. právě požadavky na kontrolovatelnost a vymahatelnost v souvislosti s rozsudkem C-128/11 za podstatu zmiňovaného kvalitativního rozdílu daných druhů licencí, tj. za důvod, proč by v určitých případech mělo být zadavateli umožněno si svobodně stanovit poptávaný předmět plnění tak, aby mohl daná rizika minimalizovat či je zcela vyloučit.
159. Vzhledem k tomu, že zadavatel pro svou činnost potřebuje konkrétní licence, což odůvodnil nejen v rámci vedeného zadávacího řízení, ale i v průběhu předmětného správního řízení, není dle něj jejich vymezení porušením principu produktové neutrality.
160. Zadavatel vnímá postup Úřadu ve smyslu dotázání se externích subjektů na řešenou problematiku v odborně technické rovině za postup standardní, nevybočující z dobré praxe a napomáhající zjistit komplexní skutkový stav řešené věci.
161. Odkaz na zásadu přiměřenosti v rozkladu navrhovatele zadavatel chápe jako rekapitulaci domnělé újmy navrhovatele, s jehož závěry se však neztotožňuje. Zadavatel uvedl, že v rámci zadávacího řízení dbal na celkový soulad svého postupu se zákonem, mj. i na dodržení zásady přiměřenosti, a po důkladném zvážení se rozhodl stanovit zadávací podmínky tak, jak jsou obsaženy v zadávací dokumentaci, přičemž je neshledává jako nedůvodně omezující hospodářskou soutěž či jakkoli diskriminační.
162. S ohledem na výše uvedené se zadavatel ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, je přesvědčen, že podaný rozklad navrhovatele by měl být zamítnut a napadené rozhodnutí by mělo být potvrzeno.

Další průběh správního řízení

163. Dne 26. 1. 2021 obdržel Úřad od zadavatele přípis z téhož dne, jehož obsahem byl návrh na zrušení předběžného opatření vydaného Úřadem v předmětném správním řízení, které spočívá v uložení zakazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
164. Dne 10. 2. 2021 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-05128/2021/161/EDo z téhož dne, jímž zamítl návrh zadavatele na zrušení předběžného opatření nařízeného rozhodnutím č. j. ÚOHS-30729/2020/542/VHu ze dne 2. 10. 2020, jež spočívá v zakazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 3. 2021

165. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-08483/2021/161/JSu ze dne 8. 3. 2021 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“) ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
166. Předseda Úřadu uvedl, že není sporu o tom, že softwarovou licenci lze za splnění dílčích podmínek legálně převést z prvotního uživatele na uživatele další a že je nesporným faktem, že pořizovaný software je jak při pořízení licence nové, tak i druhotně funkčně stejný. Rozhodnou je verze (druh) daného software.
167. Při hodnocení potenciální tvrzené skryté diskriminace jsou dle předsedy Úřadu podstatnými odpovědi na otázky, zda druhotná licence skýtá rizika (právní), jež nejsou vlastní novým licencím, a v případě, že ano, jaká jsou to rizika a jakého jsou rozsahu; zda jim lze předcházet či je lze minimalizovat a v jakém poměru jsou náklady na předcházení rizik spolu se zbytkovými riziky oproti požadavku na co nejširší hospodářskou soutěž.
168. Podstatné tedy je, zda požadavky zadavatele vychází z jeho oprávněné potřeby (pořízení plnění a minimalizace rizik), jsou přeneseny do předmětu veřejné zakázky (nové licence) a nejsou zjevně nepřiměřené (rizika a jejich předcházení vs. hospodářská soutěž).
169. K provedení dokazování realizovanému v průběhu vedeného správního řízení předseda Úřadu poukázal na skutečnost, že Úřad shromáždil věcná vyjádření subjektů působících na trhu IT. Dle předsedy Úřadu bylo předmětem mnohých dotazů Úřadu obsah licenčních ujednání týkajících se buď softwaru samotného či jeho správy. Předseda Úřadu upozornil, že obsah licenčních ujednání (smlouvy) lze přitom zjišťovat pouze výkladem předmětného právního jednání samotného (typicky studiem smlouvy či obecně užívaných obchodních podmínek). Vyjádření třetích osob ve vztahu k obsahu závazků mezi dvěma subjekty jsou dle něj zpravidla zcela irelevantní. Úřad měl tedy primárně porovnat znění licenčních podmínek sám, jsou-li mu známy, a teprve poté případně řešit rizika, která dle zadavatele u druhotných licencí vznikají.
170. Rovněž výklad práva a z něj plynoucích sankcí je dle předsedy Úřadu povinností Úřadu, protože podaná stanoviska oslovených subjektů ve vztahu k sankcím plynoucím z porušení autorského práva mají opět zcela minimální relevanci.
171. Dle předsedy Úřadu tak bylo provedené dokazování Úřadu vedeno nesprávně, kdy předmětné důkazy mohly maximálně poskytnout indikaci, jakým směrem se má dále šetření vést. Nelze však připustit, aby Úřad přenesl právní hodnocení dotčených otázek na cizí subjekty.

172. Ve vztahu k rozhodnutí Vergabekammer Münster ze dne 1. 3. 2016, ve věci VK 1-2/16 (dále jen „rozhodnutí VKM“) předseda Úřadu uvedl, že nebylo povinností Úřadu vyjádřit se k případnému odchýlení se od výkladu dle rozhodnutí VKM (zahraniční rozhodovací praxe), kdy i zadávací směrnice a její zásady a principy jsou pouze výkladovým vodítkem při aplikaci národní právní úpravy. Vzhledem ke skutečnosti, že rozhodnutí VKM se však stalo součástí argumentace navrhovatele, je nutné se se závěry tohoto rozhodnutí aplikovatelnými na předmětné správní řízení vypořádat.
173. K provedenému dokazování předseda Úřadu doplnil, že Úřad je příslušný autoritativně zhodnotit, které jemu předložené stanovisko je či není správné. Jsou-li v řízení provedeny protichůdné důkazy (a tvrzení), je třeba, aby Úřad vysvětlil, kterým z nich přisvědčil a proč. Nelze se tedy pouze obecně odkázat na větší „úplnost“ či „přesvědčivost“ důkazu (poskytnutého vyjádření).
174. Předseda Úřadu se dále vyjádřil k problematice stanovení zadávacích podmínek a skryté diskriminace, k čemuž se odkázal mj. na soudní rozhodovací praxi. V této souvislosti rovněž upozornil na to, že v případech omezení hospodářské soutěže skrytou diskriminací dodavatelů se může prolínat zásada zákazu diskriminace se zásadou přiměřenosti. Zjevně nepřiměřený je přitom i takový požadavek, jenž sice potřebu zadavatele zabezpečuje, kdy však existují i jiné způsoby (méně omezující hospodářskou soutěž), jak tyto požadavky zadavatele zajistit.
175. V souvislosti s právě uvedeným předseda Úřadu rovněž připomněl, že přiměřenost je však „oboustranná“, tedy poměřují-li se způsoby, jakými mohl zadavatel zajistit své potřeby, musí se hodnotit jak možné benefity, tak i negativa odlišného postupu. Nelze přitom po zadavateli vyžadovat takový postup, kdy samo zajištění „dokonale přiměřeného“ postupu by bylo nákladnější než plnění veřejné zakázky. Při hodnocení otázky přiměřenosti tak může být dle předsedy Úřadu vhodné zjistit náklady, jež reálně vznikly zadavatelům poptávajícím software i s možností dodání druhotných licencí a které by jinak nevznikly, umožnili-li by předmětní zadavatelé dodání pouze licencí nových.
176. Předseda Úřadu tak ve vztahu k napadenému rozhodnutí vytýkal nedostatek úvahy Úřadu o možnostech zadavatele nastavit vhodná licenční ujednání a přenášet rizika spojená s plněním veřejné zakázky na dodavatele.
177. Dále předseda Úřadu přisvědčil navrhovateli, že nelze vycházet z presumpce nepoctivého jednání navrhovatele (dodavatelů druhotných licencí obecně) či dřívějších (původních) uživatelů licence anebo z jejich „liknavosti“.
178. Předseda Úřadu poukázal na skutečnost, že Úřad v rámci napadeného rozhodnutí nezpochybil možnost legálního užívání a převodu druhotných licencí, nýbrž pouze konstatoval, že byť se jedná o zcela legální a funkčně stejné plnění jako u licencí nových, rizika plynou z neunesení důkazního břemene v případě softwarového auditu provedeného výrobcem software. Dle předsedy Úřadu přitom může dojít k vadnému plnění smlouvy z různých důvodů, a to u dodání jakéhokoli zboží kterýmkoli dodavatelem.
179. Samotná obava z vadného plnění tak nemůže dle předsedy Úřadu ospravedlnit omezení hospodářské soutěže, není-li u konkrétního plnění závažný důvod předpokládat jeho vady. Pokud by se u konkrétního plnění prokázalo zvýšené riziko vadného plnění, je dle něj nutno zohlednit v rámci zachování co nejširší hospodářské soutěže, zda má zadavatel nástroje, jak

dané riziko odstranit či jej minimalizovat. S ohledem na zásadu přiměřenosti je pak nutné se zabývat otázkou, zda náklady na přenos a minimalizaci rizik jsou tak vysoké, že namísto takového postupu zadavatel smí přímo žádat určité plnění, zde plnění „nové“.

180. Předseda Úřadu akcentoval, že nelze konstatovat, že samotná existence určitého rizika, nadto velmi obecná a všeobjímající, sama o sobě odůvodňuje omezení hospodářské soutěže, a to zvláště v případě, kdy riziko neplyne z plnění samého (software), nýbrž z jednání jeho dodavatele či dalších osob.
181. Požadavkem na „novost“ licencí je dle předsedy Úřadu sice zajištěna požadovaná verze softwaru a „bezproblémovost“ při užívání, avšak nemusí jít o jediný způsob, jak těchto kvalit plnění dosáhnout. Z napadeného rozhodnutí nelze tedy dle předsedy Úřadu činit závěr, že by zadavatelem tvrzené důvody skutečně odůvodnily požadavek na nové licence.
182. Úřad by dle závěrů předsedy Úřadu měl zkoumat, zda skutečně u druhotných licencí existují jim unikátní rizika a rovněž to, zda lze tato rizika eliminovat či je minimalizovat a za jakou cenu.
183. Předseda Úřadu závěrem dodal, že zákonnost zadávacího řízení je rovněž třeba posuzovat ve vztahu k celému plnění a všem jeho složkám. I pokud by Úřad shledal, že pro serverové operační systémy je požadavek na novost licencí zákonný, neznamená to, že to samé platí i pro další software pořizovaný v rámci téže veřejné zakázky.
184. S ohledem na dílčí vady v dokazování a na nesprávné úvahy Úřadu je dle předsedy Úřadu patrné, že napadené rozhodnutí je stíženo vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.
185. Předseda Úřadu stanovil, že Úřad v dalším řízení předně posoudí, zda existují v rámci pořízení druhotných licencí i další rizika, která neplynou z hypotetického vadného plnění dodavatelem (nesplnění kritérií softwarového auditu), a zda tedy existuje možnost, že se jedná o kvalitativně srovnatelné plnění s licencemi novými.
186. Dále zavázal Úřad k posouzení, zda je zadavatelem zvolený postup (požadavek na nové licence) přiměřený, tedy zda nedochází k tomu, že i dodavatelé, kteří jsou schopni dodat plnění v požadované kvalitě, jsou ze zadávacího řízení touto podmínkou zadavatele vyloučeni. Předseda Úřadu dodal, že k takovému vyloučení bude docházet za situace, kdy nové a druhotné licence představují (s výjimkou případných obtíží se softwarovým auditem) kvalitativně srovnatelné plnění a zároveň existuje způsob, jak si případné obtíže se softwarovým auditem ošetřit i jinak.
187. Předseda Úřadu rovněž doplnil, že pokud Úřad dospěje k tomu, že nové a druhotné licence představují kvalitativně srovnatelné plnění a že existuje i jiný způsob, jak si ošetřit případné obtíže při softwarovém auditu, je třeba si položit otázku, jestli lze po zadavateli takový postup požadovat (rovněž s ohledem na zásadu přiměřenosti). Pokud by tvorba konkrétní zadávací podmínky, nebo tvorba smluvní dokumentace byla excesivně náročná, nelze zadavateli vytýkat to, že takto nepostupoval.
188. Za účelem výše uvedeného předseda Úřadu stanovil, že Úřad opětovně řádně zhodnotí provedené dokazování a případně jej vhodně doplní, přičemž zohlední též argumentaci navrhovatele, kterou učinil odkazem na rozhodnutí VKM, a řádně se s ní vypořádá.

Další průběh správního řízení

189. Přípisem č. j. ÚOHS-09585/2021/542/VHu ze dne 17. 3. 2021 oznámil Úřad účastníkům předmětného správního řízení, že se v tomto řízení pokračuje.
190. Úřad dne 31. 3. 2021 za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky požádal o poskytnutí stanoviska subjekty vystupující v pozici zadavatele, mající zkušenosti s poptáním softwarových licencí.
191. Ve vztahu k předmětným subjektům bylo tedy možné dle Úřadu předpokládat, že jsou již znalé problematiky pořízení softwarových licencí, neboť dle veřejně dostupných informací poptávaly plnění spočívající v dodávkách softwarových licencí, prostřednictvím nichž pořizovaly potřebný software. Dne 31. 3. 2021 tak Úřad oslovil s žádostí o stanovisko Nemocnici České Budějovice, a.s.; Centrum kardiovaskulární a transplantační chirurgie Brno; město Kostelec nad Orlicí; Teplárny Brno, a.s.; město Znojmo; město Bohumín; Hasičský záchranný sbor Královéhradeckého kraje; Nemocnici Prachatice, a.s.; Hasičský záchranný sbor Libereckého kraje; VOP CZ, s.p.; město Šternberk; Povodí Vltavy, státní podnik; Státní zdravotní ústav a Zdravotnickou záchrannou službu Kraje Vysočina, příspěvkovou organizaci.

Stanovisko Zdravotnické záchranné služby Kraje Vysočina, příspěvkové organizace

192. Dne 6. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Zdravotnické záchranné služby Kraje Vysočina, příspěvkové organizace (dále jen „ZZS KV“) z téhož dne.
193. ZZS KV úvodem sdělila, že druhotné licence dosud nepoužívala, protože by se jejich užití ráda vyhnula i do budoucna (v případě, že to pravidla hospodářské soutěže dovolí).
194. V rámci veřejných zakázek ZZS KV dle svého vyjádření požaduje licence nové, případně připouští poskytnutí licence použité, avšak s doložením písemného potvrzení výrobce, že licence je platně převedena. Dané potvrzení je však v praxi nemožné získat a není dle ní možné dosáhnout ani zápisu takových licencí do účtu na licenčním serveru výrobce, což by pro ZZS KV byla uspokojivá garance, že druhotnou licenci nenabyla od prodejce i řada dalších zákazníků.
195. ZZS KV sdělila, že v roce 2019 zaznamenala snahu uchazeče dodat druhotné licence jako tzv. technicky srovnatelné, ale ekonomicky výhodnější řešení pro zdravotnické operační středisko (tedy pro prvek kritické infrastruktury ve smyslu krizového zákona). Ačkoli uchazeč dokládal evropskou judikaturu podporující prodej druhotných licencí a nabízel vlastní záruky pro případ pozastavení licence ze strany výrobce, ZZS KV ho vyloučila pro nesoulad nabídky se zadávacími podmínkami, kdy nabízené řešení nepovažovala za srovnatelné. Ve zde uvedeném případě se dle ZZS KV jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu.
196. ZZS KV považuje pořízení a užívání druhotných licencí ve své organizaci za rizikové, neboť sdělila, že provozuje nepřetržitou službu, jež má pro bezpečí obyvatelstva mimořádný význam. Snaží se proto vyhnout riziku, že by při vyjasňování majetkoprávních otázek byl některý z jejích systémů byť i jen dočasně nefunkční kvůli pozastavení softwarové licence. Taková odstávka, byť i jen krátkodobá, by dle ní mohla vést až ke zhoršení dostupnosti záchranné služby a k ohrožení konkrétních lidí. Pokud by k tomu došlo, jsou dle ní případné následné finanční kompenzace ze strany prodejce softwaru v porovnání se škodami na životech a zdraví bezpředemné.
197. ZZS KV uvedla, že druhotné licence by snad byla ochotna připustit pouze pro méně významnou agendu v oblasti administrativy. Výše popsaná rizika by dle svého vyjádření nebyla schopna

předem eliminovat, musela by je přijmout a počítat s nimi. Dle jejího názoru nižší pořizovací cena druhotných licencí riziko odstávek, kontrol, sporů a obtížného prokazování příčinné souvislosti se škodami nevyváží.

198. Závěrem ZZS KV zopakovala, že požadovanou garanci výrobce, že akceptuje její organizaci jako řádného nabyvatele druhotné licence, není možné v praxi získat, neboť dle ní výrobci prodej druhotných licencí nepodporují. Jiný způsob eliminace rizik druhotného software ZZS KV nepovažuje pro své potřeby za dostatečný. Druhotné licence nevyužívá i s cílem vyhnout se časově a personálně náročným kontrolám a auditům.

Stanovisko města Bohumín

199. Dne 8. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď města Bohumín ze dne 7. 4. 2021. Město Bohumín úvodem svého stanoviska sdělilo, že software na základě druhotných licencí v minulosti nepoužívalo. Ve jmenované veřejné zakázce malého rozsahu výslovně neuvedlo, že plnění bude realizováno na základě tzv. druhotných licencí, protože ve vztahu k novým a druhotným licencím přistupovalo jako k plnění srovnatelnému. Obecně lze dle něj říci, že druhotné licence jsou cenově výrazně výhodnější a jedná se tak o výraznou úsporu financí v rozpočtu města.
200. Město dále uvedlo, že při realizaci zmiňované veřejné zakázky nenarazilo na žádná konkrétní rizika, kdy dodaný licenční kód fungoval. Před uskutečněním zakázky si ověřovalo dodavatelem uvedené reference.
201. Město Bohumín dle svého vyjádření nestanovovalo žádné specifické podmínky ve vztahu k možnosti dodání tzv. druhotných licencí. Nemuselo se vypořádávat s žádnými specifiky samotného užívání druhotných licencí a nebylo v souvislosti s nimi vystaveno kontrole legálnosti jejich užívání.

Stanovisko Státního zdravotního ústavu

202. Dne 8. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Státního zdravotního ústavu (dále jen „SZÚ“) z téhož dne. SZÚ sdělil, že neužívá ani v minulosti neužíval software na základě druhotných licencí. Nikdy je nepoptával, a to zejména z důvodu ne zcela jasné legislativy v této oblasti, kdy rizika dle něj převažují teoreticky možnou nižší pořizovací cenu. Dodatečné náklady a rizika jsou dle něj vyšší než teoreticky ušetřené prostředky za prvotní nákup. Mimo to SZÚ považoval za důležité, aby dodávka byla realizována prostřednictvím oficiálních distribučních kanálů výrobce software, a to zejména z důvodů minimalizace rizika dodání neautorizovaného software nebo nepůvodní (pirátské) kopie.
203. SZÚ je přesvědčen, že proces pořízení a samotné užívání software na základě druhotných licencí je spojeno s riziky či dodatečnými náklady. Za klíčové považuje nejistý původ a otázku legálnosti software. SZÚ v této souvislosti poukázal na nemožnost získání podpory (aktualizací) výrobce pro druhotné licence a na z jeho pohledu výrazně vyšší riziko při používání, a to zejména v oblasti kybernetické bezpečnosti. SZÚ sdělil, že jako státní organizace si nemůže dovolit používat zastaralý software s potenciálním rizikem napadení.
204. V případě auditu výrobce a nedostatečného doložení legálního nebytí licence dle něj hrozí dokoupení licencí za plnou cenu bez slev a pokuta, což se ve výsledku dle jeho vyjádření může vyšplhat až na 2,5 násobek ceny řádně nakoupených licencí. Případné rozporování výsledků auditu je dle něj rovněž skoro nemožné, pokud auditor neuzná nabývací doklady k druhotnému software jako dostatečné.

205. SZÚ sdělil, že druhotné licence jsou evidovány v interních systémech (portálech) výrobců software stále na původního (prvního) kupujícího. I v případě doložení všech potřebných dokladů pro pře prodej software na volném trhu nelze dle něj prakticky ověřit, zda konkrétní software, jenž byl u prvního kupujícího řádně odinstalován a přestal jím být používán, nebyl v rámci pře prodeje (ať již záměrně či omylem) prodán vícekrát různým zákazníkům. SZÚ dále spatřuje ve vztahu k druhotným licencím riziko trestněprávní pro statutární orgán organizace, a to pokud by druhotný software byl shledán nelegálním, což dle něj u druhotného software nelze nikdy zcela vyloučit.
206. Případnou eliminaci/minimalizaci výše uvedených rizik SZÚ řešil tím, že nepřistoupil k pořízení druhotného software. Uvedl, že rizika s ním spojená nelze zcela eliminovat a případná částečná eliminace by byla nákladnější než pořízení software nového originálního.
207. Při pořízení druhotného software dle SZÚ vznikají daleko vyšší náklady na aktivní řízení softwarových aktiv (tzv. Software Asset Management) a je pro něj nereálné mít personálně zajištěny interní zdroje s dostatečnou znalostí této problematiky, pročež by situaci musel řešit nákupem ze zdrojů externích.
208. Téměř nemožné je dle něj často i odhalení případných padělků od legálně pře prodávaného druhotného software, popř. je možné pouze za cenu extrémních nákladů, kdy původní vlastník software je mimo Českou republiku a často i mimo EU.
209. SZÚ tak dle svého vyjádření druhotný software nenakupuje vzhledem k rizikům (finančním i právním) převyšujícím potenciálně výhodnější pořizovací cenu druhotného software. S následky používání druhotných licencí se dle SZÚ nelze zcela vypořádat, některé lze pouze za vynaložení dalších finančních a personálních nákladů částečně eliminovat. Vzhledem ke skutečnosti, že SZÚ druhotný software nepoužívá, nebyl v souvislosti s ním vystaven ani kontrole legálnosti jeho užití.

Stanovisko Hasičského záchranného sboru Libereckého kraje

210. Dne 8. 4. 2021 obdržel Úřad stanovisko Hasičského záchranného sboru Libereckého kraje (dále jen „HZS LK“) z téhož dne. HZS LK ve své odpovědi uvedl, že software na základě tzv. druhotných licencí užívá. K výslovnému poptání tzv. druhotných licencí přitom přistoupil z důvodu efektivnosti, hospodárnosti a účelnosti, přičemž explicitně deklarovaný typ licencí dá dle něj potenciálnímu dodavateli důležitou informaci, že požaduje právě tzv. druhotné licence, jejichž cena je na trhu znatelně nižší a z pohledu dodavatele tak dle něj nemá smysl nabízet dražší nové licence.
211. Rizikem ve vztahu k pořízení a užívání software na základě tzv. druhotných licencí je dle HZS LK nutnost prověření důvěryhodnosti dodavatele, neboť licenční údaje nejsou většinou evidovány přímo u výrobce software. Náklady na prověření jsou dle něj přitom zanedbatelné v porovnání s úsporou danou cenovým rozdílem mezi licencí novou a druhotnou.
212. HZS LK sdělil, že na náročnost výběrového řízení neměla možnost dodání tzv. druhotných licencí vliv. Základním vstupem pro zahájení výběrového řízení je na jeho straně získání resortního souhlasu s nestandardním nákupem (pořízením právě druhotných licencí) mimo rámcovou smlouvu.
213. Pro druhotné licence je dle HZS LK příznačná nutnost vést vlastní pečlivou evidenci, kdy druhotné licence nejsou přehledně evidovány na licenčním portálu výrobce software. HZS LK

vedl, že si však evidoval veškerý software v SAM softwaru již před pořízením tzv. druhotných licencí, protože mu nevznikly v tomto směru fakticky žádné další náklady či komplikace. Závěrem HZS LK dodal, že v souvislosti s druhotnými licencemi zatím nebyl kontrole vystaven.

Stanovisko Hasičského záchranného sboru Královéhradeckého kraje

214. Dne 8. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Hasičského záchranného sboru Královéhradeckého kraje (dále jen „HZS KK“) z téhož dne. HZS KK sdělil, že software na základě tzv. druhotných licencí užívá. O nákup druhotných licencí se jednalo v rámci realizované přímé objednávky. V případě licenční smlouvy či obecně v případě výběrových řízení nebylo dle něj v textu technické specifikace uvedeno, zda poptává licence nové či druhotné. HZS KK sdělil, že tedy přistupoval k oběma druhům licencí jako k plnění srovnatelnému, k čemuž dodal, že kdyby požadoval pouze licence nové, tak by tuto skutečnost stanovil. Tento přístup zvolil, neboť na základě průzkumu trhu získal informace, že varianta s „použitými“ licencemi může být cenově výrazně výhodnější.
215. V souvislosti s pořízením a užíváním software na základě druhotných licencí si není HZS KK vědom žádných významnějších rizik. Eliminaci rizik tedy neřešil a nevynaložil tak ani žádné dodatečné náklady v souvislosti s úkony eliminace (minimalizace) rizik.
216. Ve vztahu k možnosti dodání tzv. druhotných licencí HZS KK nestanovil žádné specifické podmínky, kdy technická specifikace nebyla upravována či přizpůsobována a ani si dle něj nevyžádala dodatečné náklady. V souvislosti s užíváním druhotných licencí si HZS KK není vědom žádných specifik a nebyl vystaven ani kontrole legálnosti jejich užívání. V kontextu legálnosti užívání druhotných licencí uvedl, že je možné se odkázat na čl. 4 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES a na rozsudek Soudního dvora EU (dále jen „SDEU“) věci C-128/11.

Stanovisko Povodí Vltavy, státní podnik

217. Dne 9. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Povodí Vltavy, státní podnik (dále jen „Povodí Vltavy“) z téhož dne. Povodí Vltavy uvedlo, že aktuálně nevyužívá a ani v minulosti nevyužívalo software na základě tzv. druhotných licencí, protože se nepovažuje za kompetentní vyjádřit se k problematice využití software na základě druhotných licencí, a to i s ohledem na skutečnost, že nedisponuje odborníky z oblasti IT, kteří by přínosy a rizika využívání druhotných licencí mohli definovat.
218. Povodí Vltavy dále uvedlo, že aktuálně využívané softwarové licence, zejména společnosti Microsoft, byly pořízeny v rámci centralizovaného zadávání na základě smlouvy o centralizovaném zadávání uzavřené mezi Povodím Vltavy a Ministerstvem vnitra jako centrálním zadavatelem. Předmětnou smlouvou o centralizovaném zadávání jsou definovány podmínky pro pořízení softwarových licencí tak, jak byly nastaveny Ministerstvem vnitra.

Stanovisko města Kostelec nad Orlicí

219. Dne 9. 4. 2021 obdržel Úřad stanovisko města Kostelec nad Orlicí z téhož dne. Město Kostelec nad Orlicí sdělilo, že software na základě druhotných licencí pořídilo realizací veřejné zakázky malého rozsahu. Dle vyjádření výslovně nepoptávalo dodání licencí druhotných, kdy předložené nabídky byly hodnoceny podle jediného kritéria, jímž je výše nabídkové ceny bez

DPH. Zadávací dokumentace dle něj neobsahovala žádná omezující kritéria pro formu dodání licencí.

220. Ve vztahu k identifikaci možných rizik druhotných licencí město uvedlo, že licence nejsou registrovány na tzv. multilicenčním portálu, který jeho organizace u firmy Microsoft používá, což dle něj ztěžuje jejich evidenci a případnou kontrolu.
221. Možnost eliminace/minimalizace tohoto rizika město řešilo příslušnou poznámkou v evidenci software. Při pořízení druhotných licencí bylo dle něj nutné smluvně ošetřit splnění podmínek ve smyslu rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-128/11.
222. K vynaloženým nákladům souvisejícím s úkony eliminace (minimalizace) rizik město sdělilo, že zjišťovalo zkušenosti u jiných zadavatelů, kteří software takto zakoupili, byla vyžádána konzultace s Account manager Microsoft Česká republika a došlo k úpravám kupní smlouvy.
223. V rámci zadávacího řízení město dle svého vyjádření nestanovilo žádné specifické podmínky. Ve vztahu k užívání druhotných licencí si vyžádalo od vítězného dodavatele instalační média software, neboť předmětný software dle něj nebyl registrován na tzv. multilicenčním portálu firmy Microsoft.
224. Město Kostelec nad Orlicí závěrem uvedlo, že v souvislosti s druhotnými licencemi kontrole legálnosti jejich užívání vystaveno nebylo.

Stanovisko města Šternberk

225. Dne 9. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď města Šternberk z téhož dne, v němž uvedlo, že v minulosti software na základě tzv. druhotných licencí nevyužívalo. Jmenované město sdělilo, že tak postupovalo na základě práva zadavatele požadovat originální verze software, protože poptávalo plnění realizované výhradně na základě nových licencí. Město Šternberk je přesvědčeno, že nové licence jsou jediné prosté rizik jakýchkoli právních vad a komplikací, přičemž vyloučení těchto rizik jinak neřešilo.
226. Vzhledem ke skutečnosti, že vyloučení rizik město Šternberk neřešilo, dále uvedlo, že nedokáže zodpovědět, jaké dodatečné náklady by v souvislosti s úkony eliminace (minimalizace) rizik musely být vynaloženy oproti situaci, kdy by poptávalo plnění pouze na základě licencí nových. Kontrole legálnosti užívání druhotných licencí rovněž vystaveno nebylo.
227. Závěrem město Šternberk uvedlo, že rizik souvisejících s pořizováním druhotných licencí jsou si dle něj vědomy i ústřední orgány státní správy, protože Ministerstvo vnitra nabídlo obcím a jiným veřejným institucím možnost přistoupit k rámcové dohodě na pořizování produktů Microsoft, kde je také uvedena povinnost poskytování nových licencí. Ačkoli město Šternberk dříve této možnosti nevyužilo, věří, že v budoucnu by se k obdobné smlouvě připojilo.

Stanovisko Centra kardiovaskulární a transplantační chirurgie Brno

228. Dne 14. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Centra kardiovaskulární a transplantační chirurgie Brno (dále jen „CKTCH“) ze dne 13. 4. 2021. Dle svého vyjádření užívá CKTCH druhotné licence na základě výsledku veřejné zakázky malého rozsahu, aniž by byly tyto primárně poptávány. Druhotná licence mu byla nabídnuta v rámci vedeného výběrového řízení, kdy dodavatel nabídl nejnižší nabídkovou cenu. Předmětné užívání plnění bylo smluvně ošetřeno, aby se CKTCH vyhnulo případným rizikům. V daném případě nešlo dle něj o nelegálně získanou licenci a nevznikly mu ani dodatečné náklady.
229. Ve vztahu k užívání druhotných licencí CKTCH žádná specifika neshledalo a nebylo vystaveno ani kontrole legálnosti jejich užití.

Stanovisko VOP CZ, s.p.

230. Dne 14. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď VOP CZ, s.p. (dále jen „VOP“) z téhož dne, v níž sdělil, že software na základě tzv. druhotných licencí užívá, kdy v minulosti realizoval veřejnou zakázku malého rozsahu. VOP uvedl, že cílem veřejné zakázky bylo zabezpečit uspokojení potřeby, přičemž přistoupil k druhotným licencím jako k obsahově srovnatelnému plnění a toto jako plnění požadoval. Požadavek byl tedy vymezen s ohledem na účel, ke kterému software měl být a je užíván.
231. Riziko užití softwaru na základě druhotných licencí není dle VOP obecně nijak zvláštní. V procesu pořízení je však nutné zabezpečit tzv. prohlášení o druhotném software. Související rizika VOP řešil požadavkem na prohlášení prodejce druhotného software a důkladnou kontrolou jeho obsahu. Dále sdělil, že v souvislosti s pořízením druhotných licencí nemusel vynaložit žádné zvláštní náklady, a to z důvodu vnitřních zaměstnaneckých kapacit.
232. VOP uvedl, že v jeho případě nebylo zapotřebí ve vztahu k možnosti dodání druhotných licencí stanovit specifické podmínky řízení či jinak přizpůsobit jeho přípravu a vlastní realizaci.
233. Ve vztahu k možným specifikům samotného užívání druhotných licencí VOP sdělil, že pokud by byl produkt pořizován v rámci nějakého programu, tak by měl pouze jediné sériové číslo. Takto má sériové číslo ke každému zvlášť. Při porovnání časového nákladu spojeného s případnou registrací licence (cca 5 minut na licenci) je však dle něj s ohledem na cenu pořízení druhotných licencí pro uživatele jeho typu toto plnění stále přínosné.
234. Závěrem VOP sdělil, že externí kontrole v souvislosti s druhotnými licencemi vystaven nebyl, byla však provedena kontrola interní. Při kontrole dle něj postačuje v tomto případě doklad o nabytí (faktura) a pokud se jedná o druhotný software, je nutno doložit k němu se vztahující prohlášení. Dále bylo nutné doložit, o jaký druh softwaru se jedná (např. MVL, OLP, OEM, FPP apod.), a to vždy s ohledem na příslušný software. V rámci interní kontroly bylo takové doložení shledáno jako dostatečné a tento způsob byl dle něj i několikrát potvrzen SDEU.

Stanovisko Nemocnice Prachatic, a.s.

235. Dne 20. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Nemocnice Prachatic, a.s. ze dne 7. 4. 2021, že zakázku obdobného charakteru nerealizovala, protože ve věci nemůže poskytnout bližší informace.

Stanovisko města Znojmo

236. Dne 23. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď města Znojma z téhož dne. Jmenované město uvedlo, že software na základě druhotných licencí užívá, přičemž sdělilo, že v rámci veřejné zakázky stanovilo specifikaci produktu vč. požadavku na splnění náležitostí, které musí druhotný software obsahovat.

237. Město Znojmo dodalo, že původní veřejná zakázka byla rozporována jedním z uchazečů z důvodu jeho vyloučení pro nesplnění požadavku licence ve stavu „nový, nepoužívaný produkt“. Město Znojmo ve výsledku přistoupilo ke zrušení původní veřejné zakázky a k vypsání zakázky nové, která již druhotné licence akceptovala s důrazem na splnění všech podmínek dle zadávací dokumentace. Poptávalo tak licence nové i druhotné, aby ani obráceně nevyklučovalo možnost dodávky licencí nových. Hlavním důvodem pořízení druhotné licence byla dle něj úspora finančních prostředků.

238. Město Znojmo dále uvedlo, že výrobcem, firmou Microsoft, nejsou přeprdeje druhotných licencí dobře přijímány, avšak v tomto směru se opírá o závěry SDEU a předmětné licence tedy nakupuje v dobré víře. Ve vztahu k řešení možnosti eliminace (minimalizace) tohoto rizika sdělilo, že žádnými nástroji nedisponuje. Na tzv. burzu s použitými/druhotnými licencemi se nedostane, přičemž vychází z intencí, které mu povoluje zákon. Požaduje dodání licence „s rodokmenem“, který prokáže její historii vč. původního nabyvatele a jeho prohlášení o znehodnocení instalací u něj.

239. Město Znojmo sdělilo, že přímé náklady s danou zakázkou nemělo, personální a časové však ano. Stálo jej úsilí, aby zjistilo, zda je oprávněno akceptovat druhotnou licenci či nikoli a za jakých podmínek a jaké dokumenty může a musí požadovat. Proběhla komunikace z jeho strany s Ministerstvem vnitra, s auditorskou společností s praxí ohledně auditu licencí Microsoft a realizován byl průzkum trhu v oblasti druhotných legálních licencí.

240. Ve vztahu k možnosti dodání druhotných licencí muselo změnit specifikaci (předmětu veřejné zakázky), jak uvedlo výše, kdy přidalo požadavky na minimální licence (v případě druhotné licence stanovilo, že je akceptována výhradně multilicence, jejíž nutnou součástí je tzv. „rodokmen“). Dodatečné náklady byly dle něj spojené pouze se zrušením původní veřejné zakázky, se zjištěním všech možných a potřebných náležitostí a dokumentů a s vypsáním zakázky nové.

241. Mezi užíváním druhotných a nových licencí si není vědomo žádného rozdílu, přičemž softwarový audit na používání druhotných licencí poptaných v rámci výše uvedeného řízení u něj doposud neproběhl.

Stanovisko Tepláren Brno, a.s.

242. Dne 28. 4. 2021 obdržel Úřad odpověď Tepláren Brno, a.s. (dále jen „Teplárny Brno“) ze dne 27. 4. 2021, které sdělily, že software poskytnutý na základě druhotné licence užívají. Část software získaly na základě zjednodušeného podlimitního řízení, kdy administraci zadávacího

řízení zajišťoval zastupující zadavatel. Další softwarové produkty byly pořízeny v rámci veřejné zakázky malého rozsahu postupem stanoveným interní směrnicí.

243. Teplárny Brno dále sdělily, že ani v jednom z uvedených řízení nepoptávaly konkrétně druhotné licence, kdy k novým a druhotným licencím přistupovaly jako k plnění srovnatelnému, a to v souladu se závěry judikatury SDEU, dle níž v případě splnění stanovených podmínek jsou dodavatelé oprávněni na trhu nabízet druhotné licence, jež jsou plně využitelné.
244. Ve vztahu k existenci možných rizik v souvislosti s druhotnými licencemi uvedly, že v rámci zadávacích podmínek v případě nabídky tzv. druhotných licencí požadovaly splnění následujících podmínek vycházejících z judikatury SDEU:
- a) software je uveden na trh prodejem v rámci EU/EHP se souhlasem vlastníka autorských práv,
 - b) licence na software byla poskytnuta oproti úhradě poplatku, který zajišťuje vlastníku práv získání odměny odpovídající ekonomické hodnotě kopie jeho díla,
 - c) vlastník autorského díla poskytnul původnímu nabyvateli licenci na časově neomezené užívání kopie počítačového programu,
 - d) původní nabyvatel musí v okamžiku prodeje učinit svou kopii „nepoužitelnou“.

Největší riziko dle nich přitom spočívá v tom, že dodavatel není povinen předložit kopie smluv, jež potvrzují výše uvedené podmínky, ale je povinen pouze umožnit nahlédnutí do těchto dokumentů, což ztěžuje kontrolu.

245. Minimalizace rizik byla dle nich zajištěna úpravou zadávací dokumentace, která vyžadovala splnění výše uvedených podmínek, a dále smluvním ujednáním, jímž se poskytovatel zavázal, že dodaný software předmětné podmínky splňuje. Teplárny Brno dodaly, že všechny potřebné dokumenty poskytovatel předložil k nahlédnutí.
246. Zvýšené náklady byly dle nich způsobeny potřebou konzultací s externí společností zabývající se licenční problematikou, a to jak z pohledu technického, tak i právního.
247. V rámci stanovení specifických podmínek řízení, respektive v rámci přizpůsobení přípravy a realizace dodání druhotných licencí Teplárny Brno požadovaly právě splnění výše uvedených podmínek stanovených na základě judikatury SDEU. V případě, že v rámci řízení byla vítěznou nabídkou druhotných licencí, byly tyto podmínky dle nich zaneseny i do textu smlouvy.
248. Ve vztahu k dodatečným nákladům spojeným s přípravou možnosti dodání i druhotných licencí Teplárny Brno dodaly, že počáteční náklady souvisely zejména s potřebou konzultací s odborníky na licenční podmínky, kdy náklady se pohybovaly ve výši cca 15 000 Kč.
249. Teplárny Brno sdělily, že výrazná specifika v rámci užívání druhotných licencí nezaznamenaly. V případě použití softwarů Microsoft se druhotné licence dle nich nezobrazují na portálu VLSC, avšak pro všechny nakupovaný software je vedena vlastní evidence, pročež se pro ně nejedná v tomto o překážku. Teplárny Brno nebyly dle svého vyjádření v souvislosti s užíváním druhotných licencí zatím vystaveny žádné kontrole.

Stanovisko Nemocnice České Budějovice, a.s.

250. Dne 25. 5. 2021 obdržel Úřad odpověď Nemocnice České Budějovice, a.s. (dále jen „nemocnice ČB“) ze dne 24. 5. 2021. Nemocnice ČB uvedla, že má zkušenosti s užíváním software na základě tzv. druhotných licencí. V rámci poptání přistupovala k novým a druhotným licencím jako k plnění srovnatelnému, a to z důvodu, že použití druhotných licencí na trhu EU je možné a nedochází k porušování licenčních práv výrobce software, kdy tato skutečnost vychází z judikatury Soudního dvora EU (např. rozsudek ve věci C-128/11).
251. Proces pořízení a užívání software na základě druhotných licencí dle ní není spojen s riziky za předpokladu, že budou splněny podmínky testu vyplývající z uvedené judikatury Soudního dvora EU. Možnost eliminace (minimalizace) rizik tak řešila ověřením naplnění podmínek předmětného testu. V souvislosti s úkony eliminace (minimalizace) rizik přitom musela vynaložit dodatečné náklady v podobě nákladů časových a personálních, které byly spojeny s ověřením naplnění dotčeného testu.
252. Stanovení specifických podmínek ve vztahu k možnosti dodání druhotných licencí spočívalo v požadavku na splnění podmínek dotčeného testu, jež nemocnice ČB učinila součástí zadávacích podmínek. Podmínky testu tak byly zapracovány při přípravě zadávacích podmínek, přičemž náklady s tímto úkonem spojené nelze dle ní samostatně vyčíslit.
253. Ve vztahu ke specifikům užívání druhotných licencí nemocnice ČB uvedla, že zaznamenala specifikum jediné, a to, že v případě druhotných licencí kancelářského software nelze řešit centrální správu licencí přímo prostřednictvím majitele autorských práv, nýbrž pouze s využitím specifické aplikace dodané dodavatelem, od něhož byly licence pořízeny.
254. Závěrem nemocnice ČB sdělila, že do současné doby nebyla v souvislosti s druhotnými licencemi vystavena kontrole legálnosti jejich užívání.

Další průběh správního řízení

255. Usnesením č. j. ÚOHS-17539/2021/542/VHu ze dne 26. 5. 2021 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání interní analýzy, na základě níž zadavatel vyhodnotil, že je pro něj z hlediska minimalizace rizik výhodnější požadovat licence nové, na niž se odkazuje ve svých vyjádřeních ze dne 21. 8. 2020 a ze dne 16. 11. 2020.

Doložení interní analýzy zadavatele

256. Dne 2. 6. 2021 obdržel Úřad přípis zadavatele z téhož dne, jehož úvodem zadavatel sdělil, že předmětná interní analýza není jediný dokument, nýbrž se jedná o jeho interní myšlenkové pochody, jež v konečném důsledku vedly k nastavení zadávacích podmínek tak, jak jsou uvedeny v zadávací dokumentaci veřejné zakázky.
257. Zadavatel dospěl k závěru, že existují podstatné rozdíly mezi „novými“ a „použitými“ licencemi Microsoft, které dle něj plynou z níže popsaných rizik spojených s použitím druhotných licencí, v důsledku čehož se rozhodl možnou nabídku druhotných licencí nezohledňovat.
258. Zadavatel uvedl, že nerozporuje možnost legálního převodu použitých licencí za podmínek stanovených SDEU v rozsudku ve věci C-128/11. Ačkoli se přitom jedná o technicky shodný produkt (licence k softwarové rozmnoženině), právě s ohledem na podmínky stanovené ve jmenovaném rozsudku SDEU se rozhodl vymezit předmět veřejné zakázky jako licence nové.

259. Zadavatel zopakoval již výše uvedené skutečnosti, tedy že podstatu shledává ve splnění a ověření splnění podmínky vyčerpání práva autora na rozšiřování díla, kdy v případě nabytí druhotných licencí je dle něj břemeno tvrzení a důkazní ohledně vyčerpání práva na rozšiřování díla na tom, kdo se ho dovolává. Zadavatel je přesvědčen, že při nabytí těchto licencí by tak musel v případě jakýchkoli nejasností nebo softwarového auditu doložit výrobci software (Microsoft), že splňuje všechny podmínky uvedené v daném rozsudku SDEU, což by bylo dle něj vzhledem k právním vlastnostem použitých licencí podstatně složitější.
260. Zadavatel uvedl, že pokud by bylo při softwarovém auditu zjištěno, že se jedná o licence neexistující, respektive, že jsou zatíženy jakýmkoli právními vadami, byl by podle § 40 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 „autorský zákon“), sankcionován. V této souvislosti se odkázal zejména na ustanovení § 40 odst. 4 autorského zákona.
261. Zadavatel je přesvědčen, že i kdyby v zadávacích podmínkách požadoval dotčená prohlášení dodavatele, že jsou podmínky pro řádný převod licencí splněny, respektive prohlášení¹ prvního nabyvatele (následných nabyvatelů) licencí, je pro něj nemožné ověřit pravdivost daných prohlášení, kdy dle něj neexistuje „rodokmen“ licence či veřejně přístupná databáze, která by toto ověření umožňovala.
262. Zadavatel uvedl, že nemůže ověřit, že již instalované (aktivované) licence byly odinstalovány a že je zabráněno jejich aktivaci (instalaci) a použití v budoucnu. Nemožnost takového ověření (prověření pravdivosti prohlášení) zadavatel vnímá jako závažné operační riziko, kterému předchází vymezením předmětu veřejné zakázky jako dodání licencí nových, doposud nepoužitých. Dle zadavatele by se operační riziko dále zvyšovalo v případě, že by řetězec předchozích uživatelů licencí byl delší než pouze první nabyvatel a dodavatel (distributor). K právě uvedenému zadavatel dodal, že jakožto pojišťovna, tedy regulovaný subjekt, podléhá dohledu České národní banky, pročež jeho postupy a procesy musí být průkazné a nesmí vzbuzovat jakékoli pochybnosti.
263. Zadavatel u druhotných licencí dále spatřuje riziko výrazně delší časové prodlevy (zdržení), a to např. z hlediska delší doby potřebné pro jejich aktivaci ve srovnání s licencemi novými. Dle zadavatele je nutné též vzít v úvahu, že se jedná mj. o licence operačního systému serverů, tedy softwarového vybavení nezbytně potřebného pro řádný chod zadavatele. Zadavatel v této souvislosti zopakoval, že je jakožto pojišťovna pod dohledem České národní banky, a že je po něm rovněž v oblasti informačních technologií vyžadována nejvyšší možná míra faktické i právní spolehlivosti technických řešení pro zachování svého chodu jakožto subjektu v pozici finanční instituce. Zadavatel je přesvědčen, že případné technické problémy, byť i jen u části druhotných licencí, by pro něj představovaly nepřijatelné finanční, operační a reputační riziko spočívající i jen v částečném omezení funkčnosti software z důvodu nutnosti prokázání oprávněného užívání.

¹ že první nabyvatel zakoupil licence v EU (EHS) se souhlasem nositele autorských práv; ve vztahu k rozmnoženině díla v okamžiku dalšího prodeje prohlásil, že licence jsou odinstalovány, nejsou používány a znemožnil jejich použití v budoucnu; že nositel autorského práva udělil k rozmnoženině svolení užívacího práva bez časového omezení a že na licencích nevážnou práva třetích stran.

264. Zadavatel rovněž shodně kromě problematické právní a faktické spolehlivosti a důvěryhodnosti dokladů prokazujících legalitu nakládání s již dříve použitými licencemi poukázal na potenciální složitost a časovou náročnost jejich přezkoumávání, o němž je přesvědčen, že by jej musel provést, pokud by dané licence jako předmět plnění připustil.
265. Doposud nebyla dle něj ani judikaturou vyřešena otázka, která ustanovení původní licenční smlouvy se společností Microsoft Corp. jsou nadále platná a která nikoli. Předmětné se dle něj týká rovněž práva na downgrade sjednaného v rámci původní licenční smlouvy.
266. K pořízení nových licencí zadavatel uvedl, že v daném případě navazuje přímý a doložitelný vztah se společností Microsoft, naopak při nákupu druhotných licencí má práva pouze vůči dodavateli druhotné licence, kdy pouze vůči němu by mohl následně uplatňovat regresní nároky, jež by však kupř. v rámci insolvence či likvidace tohoto subjektu dle něj již nemusely být vymahatelné.
267. S ohledem na výše uvedené považuje zadavatel požadavek na nové licence za legitimní, kdy výše uvedená potenciální rizika by nemohl ani v součinnosti s dodavateli druhotných licencí vyloučit. Nadto je zadavatel přesvědčen, že rizika zmiňuje i rozsudek SDEU ve věci C-128/11, kdy uvedené skutečnosti dle něj akcentují právě riziko související s nemožností faktické kontroly předchozích nabyvatelů licencí a s důkazní nouzí, v níž by se zadavatel mohl vyskytnout, pokud by předchozí majitel licence začal namítat neoprávněnost jejího užívání zadavatelem.
268. Zadavatel dodal, že druhotné licence v důsledku rizik mohou být nabídnuty za nižší ceny než licence nové, rizik prosté. Spojením těchto dvou kategorií v rámci poptávky by přitom dle něj naopak došlo k diskriminaci dodavatelů licencí nových.
269. Z výše uvedeného zadavatel dovozuje, že použité licence přinášejí ze své povahy rizika, která lze snížit/omezit výhradně prostřednictvím písemných garancí dodavatele, případně nastavením sankcí, kdy tyto garance však dle něj končí nejpozději s případným ukončením činnosti a zánikem dodavatele. Případná nefunkčnost licencí, neoprávněné užívání licence a reputační riziko s tím spojené nelze z pohledu zadavatele vyvážit potenciální ekonomicky výhodnější nabídkou. Zadavatel je přesvědčen, že v případě poptávky nových licencí jsou uvedená rizika zcela eliminována a že zadavatel má garance poskytnuté přímo od společnosti Microsoft Corp., kde je i postavení zadavatele při výskytu problémů silnější, zejména s ohledem na to, že se v daném případě jedná o prvotní smluvní vztah v souvislosti s danou licencí.
270. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem se zadavatel rozhodl vyhnout daným rizikům, což je dle něj i jedna ze základních strategií pro řízení rizik, popsaná např. v normě ISO 9001:2015, tak, že definoval předmět veřejné zakázky jako licence nové.
271. Zadavatel je přesvědčen, že s jím předkládanými argumenty v průběhu celého správního řízení ve věcné rovině souhlasí i názory většiny dotázaných subjektů, jež si jsou dle něj rovněž vědomy potenciálních rizik spojených s druhotnými licencemi. Použité licence zadavatelé dle jeho názoru volili z čistě ekonomických důvodů s tím, že případné provozní problémy nebudou v jejich případě představovat problémy závažné. Zadavatelé dle něj případně analýzu vůbec nerealizovali a bez dalšího rozmyslu a bez ohledu na vlastnosti poptávaných licencí se rozhodli soutěžit tzv. na cenu.

Další průběh správního řízení

272. Dne 10. 6. 2021 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-19406/2021/542/VHu z téhož dne, kterým stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 6. 2021

273. Dne 16. 6. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Zadavatel se úvodem svého přípisu odkázal na svá již dříve učiněná vyjádření ve věci, zejména pak na jím předloženou interní analýzu.

274. Zadavatel se dále vyjádřil ke stanoviskům oslovených zadavatelů, které Úřad obdržel v rámci předmětného správního řízení. Zadavatel sdělil, že předně, jak již uvedl dříve, nezpochybňuje legálnost nabytí druhotných softwarových licencí, pokud jsou splněny požadavky stanovené SDEU v rozsudku ve věci C-128/11.

275. Zadavatel však i nadále trvá na tom, že s nabytím druhotných licencí je spojeno riziko plynoucí z toho, že prohlášení dodavatele ohledně odinstalování software u předchozích uživatelů se může ukázat jako nepravdivé, protože se v této souvislosti odkázal na dotčené pasáže vyjádření SZÚ, k nimž uvedl, že s nimi zcela souhlasí. K problematice ověření prohlášení prodejce druhotných licencí se dle něj vyjádřila též ZZS KV, přičemž předmětné riziko nelze dle zadavatele zcela eliminovat jiným způsobem než pořízením nových licencí. Při pořízení druhotných licencí může být dle něj dané riziko pouze do určité míry sníženo. Zadavatel jakožto pojišťovna (a subjekt regulovaný Českou národní bankou) však preferuje úplnou eliminaci právě uvedeného druhu operačního rizika, přičemž dodal, že i v tomto směru souhlasí s vyjádřením SZÚ. V souvislosti s vyjádřením ZZS KV zadavatel dále dodal, že někteří zadavatelé volí pořízení nových licencí i přes jejich vyšší cenu, a to právě kvůli souvisejícím rizikům.

276. Obdobné platí dle zadavatele i o požadovaném způsobu dodání, tj. prostřednictvím portálu podporovaného výrobcem (např. Volume Licencing Service Center společnosti Microsoft). I v této souvislosti se zadavatel odkázal na vyjádření SZÚ.

277. Zadavatel sdělil, že z odpovědí některých dalších oslovených zadavatelů plyne, že se pro druhotné licence rozhodli z důvodu jejich nižší pořizovací ceny. Dle zadavatele však jejich nižší cena odráží mj. vyšší míru rizika a nižší komfort pro jejich nabyvatele. Zadavatel je přesvědčen, že je na zvážení každého zadavatele, zda je ochoten zejména s ohledem na předmět své činnosti a/nebo funkci poptávaného softwaru dané riziko podstoupit. Z výše uvedených důvodů však nelze dle něj klást nové a druhotné softwarové licence na rovno a považovat požadavek zadavatele na pořízení licencí výhradně nových za porušení základních zásad zadávacího řízení.

278. Zadavatel je přesvědčen, že v rámci zde vedeného správního řízení bylo dostatečně dokázáno, že ačkoli jsou nové a druhotné licence obchodovatelné komodity, jež nabízejí v konečném důsledku stejný předmět plnění, existují u jedné z těchto variant rizika a nutné dodatečné kroky směřující k zajištění funkčnosti plnění, které musí objednatel tohoto produktu učinit, aby daná rizika minimalizoval.

279. Dotázaní zadavatelé dle něj u druhotných licencí evidují stejná rizika jako on sám, případně otevřeně přiznávají, že soutěží tzv. na cenu, přičemž je přesvědčen, že neprovedli analýzy rizik v rámci přípravy zadávacích podmínek. U některých zadavatelů navíc dle něj nejsou rizika z operačních důvodů natolik významná, aby převážila potenciální úsporu. Potenciální

nefunkčnost části plnění dané zadavatelem dle něj tedy zásadním způsobem neohrožuje, neboť nejsou natolik exponovaným subjektem.

280. Zadavatel zastává názor, že v souvislosti s přípravou zadávacích podmínek a realizací zadávacího řízení je to právě zadavatel, kdo vytváří předmět plnění a definuje jej dle vlastních potřeb. Pokud se v rámci vymezení předmětu plnění drží v mezích zákona, nelze dle něj akceptovat situaci, kdy dodavatelé nabízející obdobné plnění, byť potenciálně levnější, ale s určitými objektivními riziky, by nutili zadavatele, aby se při stanovení předmětu plnění přizpůsobil právě těmto dodavatelům a pominul svá provozní specifika, interní analýzy a konkrétní potřeby.
281. Závěrem svého vyjádření se zadavatel v obecné rovině odkázal na rozhodovací praxi Úřadu vztahující se k závěrům ohledně dispozice zadavatele s předmětem plnění, které se dle něj dají aplikovat i ve zde šetřené věci.
282. Zadavatel uvedl, že stanovením zadávacích podmínek hospodářskou soutěž žádným v zákoně zapovězeným způsobem neomezil, naopak je přesvědčen, že jasně specifikoval předmět plnění a tím i okruh potenciálních dodavatelů, kteří mají v šetřeném zadávacím řízení nastavené rovné podmínky účasti. Právě uvedené by dle něj nebyla pravda, kdyby připustil v rámci předmětného zadávacího řízení možnost, aby mezi sebou soutěžily subjekty nabízející licence nové i druhotné.
283. Zadavatel věří, že diskriminován není v konečném důsledku ani navrhovatel, když je oficiálním partnerem společnosti Microsoft. Vzhledem ke stanoveným zadávacím podmínkám by tedy v případě zájmu o plnění veřejné zakázky musel nabízet nové licence, čímž by přišel o tvrzenou cenovou výhodnost nabídky druhotných licencí.
284. Dle zadavatele jsou v rámci správního řízení z odpovědí dotázaných subjektů mezi novými a druhotnými licencemi patrné provozní rozdíly a rozdíl v implementaci a zajištění nerušeného výkonu práv, kdy je přesvědčen, že jím stanovené podmínky jsou dostatečně odůvodněny snahou případná, objektivně reálná, rizika eliminovat, protože je nelze označit za zjevně excesivní, diskriminační či v rozporu se zákonem. Zadavatel s obsahem návrhu nesouhlasí a navrhuje, aby jej Úřad dle § 265 písm. a) zákona zamítl pro nezjištění pochybení na straně zadavatele.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 16. 6. 2021

285. Dne 16. 6. 2021 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Z podkladů, které Úřad shromáždil, navrhovatel poukázal zejména na vyjádření subjektů, které druhotné licence zakoupily a dlouhodobě je dle něj užívají. Z předmětných vyjádření je dle něj zřejmé, že s pořízením ani užíváním druhotných licencí neměly žádné zásadní vícenáklady. Žádný z oslovených subjektů nebyl vystaven zvýšenému množství kontrol dodržování autorského práva a ani nedošlo k omezení funkčnosti softwaru užívaného na základě těchto licencí. Navrhovatel dodal, že výrobce softwaru není ani oprávněn omezit funkčnost softwarové licence, pokud je legálně převedena, neboť takové právo mu zákon bez dalšího nepřiznává.
286. Z obdržení vyjádření vyznívajících v neprospěch užívání druhotných licencí dle něj plyne, že oslovené subjekty, stejně jako zadavatel, vylučují možnost dodání předmětného typu licencí z důvodu presumpce nepoctivého jednání dodavatelů. Vytváří tak dle něj konstrukce

předpokládající právní či jiné vady licencí, jež nemají žádná reálná opodstatnění. Kupříkladu ZZS KV si dle něj uvědomuje svůj diskriminační přístup, kdy její postup však není možné Úřadem zkoumat, neboť poptávala realizace prostřednictvím veřejných zakázek malého rozsahu.

287. Navrhovatel sdělil, že zadavatel ve svém přípisu ze dne 2. 6. 2021 fakticky opakuje svou argumentaci postavenou na domněnkách a předpokladu nepoctivého jednání dodavatelů a technických problémů, které však nemají žádný reálný základ. Zadavatel dle něj současně opomíjí, že v případě, kdy disponuje dokumentací prokazující splnění požadavků pro převod licence, má svou povinnost prokázání v rámci auditu výrobce za splněnou.
288. Poukazuje-li zadavatel rovněž na potenciální složitost a časovou náročnost přezkoumávání dokladů prokazujících legalitu nakládání s použitými licencemi, má navrhovatel toto tvrzení za vyvrácené zkušenostmi všech oslovených subjektů, které dané licence zakoupily.
289. Navrhovatel je přesvědčen, že možná rizika spojená s vadným plněním mohou být eliminována předložením listinných důkazů o splnění všech požadavků na převod licencí, a to v celém řetězci předchozích držitelů licencí. Požadavek na hromadnou správu licencí může zadavatel dle něj vyjádřit podmínkou dodání licencí prostřednictvím webové či jiné aplikace, která hromadnou správu licencí umožňuje. Naopak stanovení technických kvalifikačních předpokladů, např. certifikace vydané autorem softwaru, představují dle něj umělou a nedůvodnou překážku hospodářské soutěže. Výkup a následný prodej licencí není výrobce softwaru dle navrhovatele oprávněn omezovat, a proto je přesvědčen, že dané certifikace nejsou relevantní pro posouzení schopnosti dodat požadované plnění.
290. Navrhovatel tak setrvává na svém stanovisku, že omezování hospodářské soutěže vyloučením všech dodavatelů softwarových licencí z volného trhu představuje diskriminační a nepřiměřené jednání a navrhuje, aby Úřad jeho návrhu ze dne 12. 8. 2020 vyhověl.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

291. 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, vyjádření účastníků správního řízení, na základě obdržených stanovisek a vlastního zjištění a po zohlednění závěrů z rozhodnutí předsedy Úřadu rozhodl o tom, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

292. Úřad se již v rámci napadeného rozhodnutí zabýval právním postavením zadavatele podle § 4 zákona.
293. Podle § 4 odst. 4 zákona pokud zadavatel podle § 4 odst. 1 až 3 zákona zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon.
294. Podle § 4 odst. 5 zákona se za zadavatele považuje také jiná osoba, která zahájila zadávací řízení, ačkoli k tomu nebyla povinna, a to ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení a do jeho ukončení.

295. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel (Exportní garanční a pojišťovací společnost, a.s.) zahájil dne 2. 7. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky, nemůže být v daném případě sporu o jeho povinnosti dodržovat ve vztahu k předmětné veřejné zakázce zákon, a to již s ohledem na ustanovení § 4 odst. 4 a 5 zákona.

Relevantní ustanovení zákona vztahující se k novému posouzení

296. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

297. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

298. Podle § 28 odst. 1 písm. a) bodu 2 zákona se pro účely zákona zadávacími podmínkami rozumí i veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení.

299. 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.

300. Podle § 36 odst. 2 zákona uvede zadavatel zadávací podmínky v zadávací dokumentaci nebo je sdělí účastníkům zadávacího řízení při jednání.

301. 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.

302. 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.

303. Podle § 53 odst. 4 věty první zákona může zadavatel použít (v rámci zjednodušeného podlimitního řízení) jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim.

304. Podle § 89 odst. 1 zákona technické podmínky jsou požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, které zadavatel stanoví prostřednictvím

- a) parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny,
- b) odkazu na normy nebo technické dokumenty, nebo
- c) odkazu na štítky.

305. Podle § 89 odst. 5 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu na

- a) určité dodavatele nebo výrobky, nebo
- b) patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu.

306. Podle § 263 odst. 3 zákona, stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu se zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

K výroku I. rozhodnutí

307. Úřad předně připomíná, že řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele ve vztahu k zadávacímu řízení, jež má výrazný dopad na jeho další průběh, neboť prostřednictvím nich dochází k omezení okruhu potenciálních dodavatelů pro účely výběru vhodného dodavatele, s nímž bude následně uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Zadavatel jimi vymezuje mj. podmínky účasti v zadávacím řízení, mezi něž patří i tzv. podmínky technické, jejichž hlavním účelem je stanovení požadavků na předmět veřejné zakázky.
308. Jak již bylo uvedeno v rámci napadeného rozhodnutí, vzhledem ke skutečnosti, že technické podmínky definují předmět veřejné zakázky z věcného hlediska, je zadavatel oprávněn stanovit pouze takové technické podmínky, které přímo vymezují jím poptávané plnění, jež stanovuje za účelem naplnění svých potřeb. Technické podmínky tedy musí zároveň vycházet i z objektivně zdůvodnitelných požadavků a potřeb zadavatele. Ačkoli obecně stanovení požadavků na předmět poptávaného plnění závisí na rozhodnutí zadavatele, lze upozornit na skutečnost, že při svých úvahách ohledně konkrétního vymezení zadávacích podmínek je zadavatel vázán jednotlivými ustanoveními zákona a to včetně základních zásad zakotvených v § 6 zákona.
309. Jak již přitom poukázal předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021 odkazem na soudní rozhodovací praxi (rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 37/2020-720 ze dne 27. 1. 2021), je nutné rovněž rozlišovat, co je ve vztahu ke stanovení předmětu plnění oprávněnou a odůvodněnou potřebou zadavatele a co již autoritativním stanovením způsobu jejího řešení, kterého by se měl zadavatel vyvarovat (srov. § 89 odst. 5 zákona). Za situace, kdy lze účelu určitého požadavku dosáhnout různými srovnatelnými způsoby, tak nelze ze strany zadavatele stanovovat a volit pouze jedno z možných způsobů rovnocenných řešení.
310. I při existenci konkrétní potřeby, na základě které zadavatel specifikuje určitý technický parametr poptávaného plnění, jímž provádí kvalitativní vymezení předmětu veřejné zakázky, je tedy ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek povinen dodržet mj. základní zásady zadávacího řízení tak, aby nedocházelo k bezdůvodnému omezování hospodářské soutěže. Jinak řečeno, s ohledem na nezbytnost dodržení základních zásad dle § 6 zákona, tedy i zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, je ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek, a to včetně podmínek vymezujících předmět poptávaného plnění, nezbytné dbát na to, aby zadávací podmínky vůči potenciálním dodavatelům bezdůvodně nezaručovaly konkurenční výhodu či nevytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
311. Úřad rovněž opakuje, že co se týče porušení zásady zákazu diskriminace, nelze ji vztahovat pouze na diskriminaci zjevnou, kdy zadavatel otevřeně postupuje jinak vůči jednotlivým dodavatelům, ale je nutné vnímat též diskriminaci skrytou, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových zadávacích podmínek, jejichž požadovaná úroveň je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a náročnosti konkrétní veřejné zakázky. V takovém případě dochází k situaci, že veřejnou zakázku mohou splnit jen někteří z dodavatelů, ačkoli by jinak byli k plnění jejího předmětu objektivně způsobilí i dodavatelé jiní. Ve vztahu k zásadě zákazu diskriminace a její tzv. skryté formě se

přítom vyjádřil v kontextu výše uvedeného v rámci své rozhodovací praxe mj. i Nejvyšší správní soud, a to kupř. již ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008.

312. Lze podotknout, že z právě uvedeného rovněž mj. vyplývá, jak upozornil i předseda Úřadu v rámci rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021, že zásada zákazu diskriminace se může prolínat se zásadou přiměřenosti, kdy lze konstatovat, že zadavatel má stanovit podmínky účasti v zadávacím řízení, a tedy i podmínky technické, tak, aby bezdůvodně a zjevně nepřiměřeně neomezovaly hospodářskou soutěž, kdy v důsledku tohoto omezení by veřejnou zakázku nemohli plnit dodavatelé, kteří by předmět plnění jinak objektivně dodat mohli. Za zjevně nepřiměřený lze tedy označit i požadavek, jenž sice potřebu zadavatele zabezpečuje, avšak reálně mimo něj existují i jiné dostupné způsoby, jak tuto potřebu zajistit, a to způsoby podstatně méně omezující hospodářskou soutěž.
313. Ačkoli tedy v obecné rovině platí, že požadavky na předmět plnění stanoví zadavatel na základě svých potřeb, musí i při existenci konkrétní potřeby, v důsledku níž specifikuje určitý technický parametr výrobku, práce či poptávané služby, jímž provádí kvalitativní vymezení předmětu veřejné zakázky, dodržet v rámci stanovení zadávacích podmínek základní zásady zadávacího řízení a příslušná další ustanovení zákona. Zadavatel je tedy i při formulaci technických podmínek povinen dodržovat mj. zásadu zákazu diskriminace a zásadu přiměřenosti a nesmí v rámci jejich stanovení bezdůvodně zvýhodnit, či naopak znevýhodnit, určité možné dodavatele poptávaného plnění oproti dodavatelům jiným, stejně schopným realizovat ve výsledku naplnění potřeb zadavatele.
314. Právě uvedené přitom neznamená, že je zadavateli upírána možnost stanovit technické podmínky dle svých potřeb, avšak technická specifikace musí vycházet vždy z objektivně zdůvodnitelných požadavků zadavatele. I když vymezení předmětu veřejné zakázky závisí výhradně na uvážení zadavatele (v mezích zákona), jenž je jako jediný schopen definovat nejlépe své potřeby, je zadavatel rovněž subjektem, jenž nese plnou zodpovědnost za stanovení zadávacích podmínek, a to včetně toho, že nebudou (ať už přímo či skrytě) klást bezdůvodné překážky hospodářské soutěži.

K požadavku na pořízení nových licencí

315. Navrhovatel v nyní šetřeném návrhu, jímž brojí proti stanoveným zadávacím podmínkám, namítá předně nezákonnost podmínky dodání nových licencí poptávaných softwarových produktů a dále podmínky dodání licencí prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem těchto produktů. Vzhledem ke skutečnosti, že Úřad je pro účely dalšího postupu ve správním řízení, tedy v rámci nového projednání věci, vázán právním názorem předsedy Úřadu [viz § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu], přistoupil k novému posouzení věci, kdy se předně zabýval tím, jakým způsobem jsou požadavky zadavatele přeneseny do předmětu veřejné zakázky (nové licence), zda požadavky zadavatele v nyní šetřeném případě vychází z jeho oprávněné potřeby (ve smyslu pořízení plnění a minimalizace rizik) a zda nejsou ve výsledku zjevně nepřiměřené (v rámci možnosti eliminace rizik a jejich předcházení v kontextu existence hospodářské soutěže).
316. Úřad tak opětovně v rámci nového posouzení věci přistoupil k šetření, zda navrhovatelem rozporovaný požadavek na dodání výhradně licencí nových lze v šetřeném případě označit za požadavek stanovený v rozporu se zákonem, tedy zda zadavatel podmínkou spočívající v dodání nových licencí nezapříčinil nedůvodné omezení hospodářské soutěže.

317. Úřad pro úplnost předně připomíná způsob, jakým zadavatel v nyní šetřeném případě vymezil zadávací podmínky ve vztahu k poptávanému předmětu plnění, tj. podmínky technické. Zadavatel v rámci popisu předmětu veřejné zakázky stanovil, že „*[p]ředmětem plnění veřejné zakázky je pořízení nových licencí níže uvedených produktů Microsoft (...)*“, kdy v rámci specifikace jednotlivých produktů uvedl jejich názvy společně s počtem těchto poptávaných softwarových produktů (blíže viz bod 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
318. Zadavatel rovněž obecně stanovil, že poptává předmětné produkty včetně příslušné podpory předepsané výrobcem pro tento typ produktu, kdy nabídka musí mít povahu multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence (open licence). Zadavatel vyžadoval, aby předmětem plnění veřejné zakázky bylo pořízení licencí uvedených produktů Microsoft právě ve verzi 2019, přičemž nepožadoval, aby součástí byl i nárok na tzv. Software Assurance.
319. Za účelem bližšího vymezení požadavku na předmět plnění zadavatel dále specifikoval, že „*musí jít o licence až do okamžiku jejich dodání zadavateli dosud nevyužité/nevyužívané (neaktivované)*“ (blíže viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí), čímž stvrdil, že učinil součástí zadávacích podmínek nejen požadavek na pořízení licencí konkrétních produktů společnosti Microsoft, nýbrž i požadavek na dodání výhradně licencí nových.
320. Jak již Úřad uvedl v rámci napadeného rozhodnutí, v případě licencí nových i druhotných se v zásadě jedná o produkt technicky shodný, kdy tuto skutečnost nerozporují ani účastníci zde vedeného správního řízení, ani předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021, když v jeho bodě 25. uvedl, že je nesporným faktem, že pořizovaný software je jak při pořízení nové licence, tak při pořízení licence druhotné funkčně stejný a rozhodnou je verze, respektive druh daného software.
321. Úřad v kontextu právě uvedeného ve smyslu skutečností zjištěných již v rámci šetření věci před vydáním napadeného rozhodnutí opakovaně konstatuje, že softwarová licence je ve své podstatě nástroj, jímž je dotčenému subjektu primárně umožněno užívat daný software, přičemž v praxi existují jak licence nové, tak i druhotné (použité), jež již byly jednou na trh uvedeny, a je s nimi za dodržení stanovených podmínek dále obchodováno. V případě nových i druhotných licencí tak lze z hlediska formy užití hovořit jako o technicky shodném produktu, jenž spočívá v získání oprávnění užívat poptávaný software.
322. Jak již bylo uvedeno, o této skutečnosti není sporu ani mezi účastníky předmětného správního řízení. Zadavatel již ve svém vyjádření k návrhu ze dne 21. 8. 2020 uvedl, že „*[p]rodukty nových a „použitých“ licencí tak v konečném důsledku poskytují obdobné plnění (oprávnění užívat daný software)*“ a v rámci přípisu ze dne 2. 6. 2021 sám sdělil, že je „*pravdou, že se jedná o technicky shodný produkt (licence k softwarové rozmnoženině)*“, přičemž obdobně se vyjadřuje i navrhovatel ve svém návrhu ze dne 12. 8. 2020, v němž mj. sdělil, že „*[l]icence k softwarové rozmnoženině představuje právo nabyvatele této licence užívat softwarovou rozmnoženinu v souladu s licenčními podmínkami výrobce softwaru. Toto právo se používáním nijak nespotečbovává, ani neopotřebovává, jeho rozsah a obsah zůstává totožný, bez ohledu na délku používání, či počet převodů licence*“.
323. Předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021 rovněž nerozporuje, jak již bylo uvedeno i Úřadem v napadeném rozhodnutí, že licenci k počítačovému programu (software) lze za splnění dílčích podmínek legálně převést z prvotního uživatele na uživatele další, což vyplývá i z rozsudku SDEU ve věci C-128/11. Úřad v tomto smyslu opětovně dodává, že ani

mezi účastníky správního řízení není sporu o tom, že licence tzv. použité (druhotné) jsou, za splnění podmínek vyplývajících zejména z evropské judikatury, legálně obchodovatelné, kdy zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 21. 8. 2020 sdělil, že „nerozporuje obchodovatelnost komodity ‚použitých‘ licencí“, přičemž v rámci svého přípisu ze dne 2. 6. 2021 přímo uvedl, že nerozporuje možnost legálního převodu použitých licencí za podmínek stanovených SDEU v rozsudku ve věci C-128/11. Navrhovatel ve svém návrhu argumentuje v souvislosti s legálností převodu licence k softwarové rozmnoženině z původního nabyvatele na nabyvatele nového zejména konkrétními podmínkami, jež je nezbytné pro účely tohoto převodu dodržet, a to, že první nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv, ve státu Evropské unie, respektive Evropského hospodářského prostoru, že licence byly jak původním, tak novým nabyvatelem úplně zakoupeny, nikoli pronajímány, že na licencích nevážnou žádná práva třetích stran a v neposlední řadě, že první nabyvatel prohlásí, že licence jsou odinstalovány, nejsou používány a znemožní jejich použití v budoucnu.

324. Z výše uvedeného tak vyplývá, že licence „nové“ i „použité“ lze v praxi za splnění předem definovaných podmínek užít za stejným účelem, jímž je získání oprávnění k užívání daného software. Ačkoli jsou tak svou podstatou, ve smyslu naplnění účelu, za nímž jsou softwarové licence poptávány (nabytí a možnost užívání určitého software), oba jmenované druhy licencí shodné, Úřad akcentuje, že nelze v šetřeném případě bez dalšího pouze na základě této skutečnosti činit mechanicky závěr o nezákonnosti postupu zadavatele ve smyslu omezení hospodářské soutěže v důsledku diskriminačního stanovení zadávacích podmínek, kdy zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky jako výhradně licence nové.
325. Úřad v této souvislosti připomíná, že při dodržení zákonných podmínek ponechává zákon zadavateli určitou míru volnosti ke stanovení zadávacích podmínek, a to zejména podmínek vymezujících předmět poptávaného plnění, respektive vymezujících jeho požadované vlastnosti. Technické podmínky však musí být odůvodněny předmětem veřejné zakázky a stanoveny jednoznačně, objektivně a způsobem, jenž vyjadřuje účel užití, kdy jejich prostřednictvím nesmí docházet k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže autoritativním stanovením určitého způsobu řešení, za situace, kdy lze určitého požadavku dosáhnout různými srovnatelnými způsoby, tj. řešením rovnocenným.
326. Úřad se tedy dále v rámci nového posouzení věci zabýval blíže tvrzeními zadavatele ve vztahu k existenci i jiných skutečností odlišujících z jeho pohledu způsob pořízení softwarových produktů prostřednictvím licencí nových a druhotných. Zadavatel v průběhu zde vedeného správního řízení poukazoval zejména na existenci rizik spojených dle něj s nabytím a užíváním software na základě tzv. druhotných licencí. Pořízení nových licencí je dle zadavatele v jeho případě nezbytné z důvodu eliminace možných komplikací, právních vad a potenciálních právních, technických, operačních a reputačních rizik spojených s užíváním druhotných licencí.
327. Zadavatel již v rámci svého vyjádření k návrhu ze dne 21. 8. 2020 uvedl, že „ ‚použité‘ licence v sobě obsahují skrytá rizika“, jež vyjmenovává zejména v rozhodnutí o námitkách a dále též ve svém přípise ze dne 2. 6. 2021.
328. Zadavatel rozdílnost mezi plněním prostřednictvím nových a druhotných licencí vnímá předně v podmínce splnění a ověření splnění vyčerpání práva autora na rozšiřování díla, kdy je dle něj břemeno důkazní ohledně vyčerpání tohoto práva na tom, kdo se ho dovolává. Zadavatel

vedl, že v případě softwarového auditu by musel doložit výrobcí software (společnosti Microsoft), že ve vztahu k daným licencím splňuje všechny podmínky stanovené rozsudkem ve věci C-128/11, což by však bylo podstatně složitější. V případě, že by bylo při auditu zjištěno, že jsou dané licence zatíženy právními vadami, byl by dle svého vyjádření sankcionován.

329. Zadavatel je přesvědčen, že i kdyby jako zadávací podmínku stanovil požadavek na prohlášení dodavatele, že jsou dotčené podmínky pro převod licencí splněny, popř. na doložení prohlášení prvního i následných nabyvatelů licencí o jejich splnění, nebylo by možné ověřit jejich pravdivost, což by pro něj znamenalo závažné operační riziko, jemuž předchází vymezením předmětu veřejné zakázky jako licencí dosud nepoužitých (nových). Zadavatel dodal, že případné technické problémy, byť i jen u části použitých licencí, by pro něj představovaly nepřijatelné riziko (finanční, operační, reputační), kdy by mohlo dojít k omezení funkčnosti software, jež by využíval v postavení subjektu finančního trhu regulovaného Českou národní bankou, kdy je povinen minimalizovat operační rizika v oblasti informačních systémů.
330. Kromě výše uvedených rizik souvisejících zejména s obavou ohledně případného nesplnění kritérií ve vztahu k softwarovému auditu (splnění a prokázání splnění podmínek legálního převodu druhotných licencí vyplývajících zejména z rozsudku SDEU ve věci C-128/11) zadavatel dále v rámci vnímaných odlišností ve vztahu k druhotným licencím shledává podstatnou existenci delší časové prodlevy v souvislosti s dobou potřebnou pro aktivaci takovýchto (druhotných) licencí a skutečnost, že judikaturou dle něj nebyla dosud vyřešena otázka, která ustanovení původní licenční smlouvy se společností Microsoft Corp. nadále platí a která nikoli, což se dle něj týká mj. práva na downgrade sjednaného v rámci původní licenční smlouvy.
331. Úřad opakovaně dodává, že výše uvedená rizika (a případné související dodatečné náklady), o jejichž existenci je zadavatel přesvědčen ve vztahu k pořízení tzv. druhotných licencí poptávaného software, zadavatel označil též ve svém přípisu ze dne 2. 6. 2021 v rámci předkládané interní analýzy. V něm rovněž poukázal na skutečnost, že v případě nových licencí navazuje přímý a doložitelný vztah se společností Microsoft (tj. s výrobcem software), na rozdíl od nákupu licencí druhotných, kde má zadavatel dle něj práva pouze vůči dodavateli druhotné licence a pouze k němu by tak mohl uplatňovat nároky, jež by však v případě insolvence či likvidace tohoto subjektu nemusely být vymahatelné.
332. Vzhledem ke skutečnosti, že druhotné licence mohou být dle zadavatele, pravděpodobně pro uvedená rizika, nabízeny za cenu nižší než licence nové (vnímané zadavatelem jako rizikové), je přesvědčen, že umožněním dodání obou těchto způsobů plnění by naopak došlo k diskriminaci poskytovatelů licencí nových.
333. Z výše uvedených argumentů zadavatele tak vyplývá, že ve vztahu k druhotným licencím vnímá existenci jmenovaných rizik jako charakteristiku tohoto druhu plnění, jež zapříčiňuje reálnou odlišnost od plnění prostřednictvím licencí nových. V této souvislosti však Úřad s ohledem na závěry předsedy Úřadu uvedené v jeho rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021 konstatuje, že pro posouzení skutečnosti, zda se v šetřeném případě ve výsledku skutečně jedná o kvalitativně odlišné plnění (ve vztahu k novým a druhotným licencím poptávaného software), je ve smyslu uvedených rizik rozhodující nejen posouzení, zda jsou tato rizika v praxi reálně

schopná odlišit druhotné licence jako charakterem jiný druh plnění, ale s ohledem na zásadu přiměřenosti je nutné rovněž zkoumat, zda zadavatel objektivně může disponovat nástroji, jak si případné tvrzené obtíže v souvislosti s pořízením software na základě druhotných licencí ošetřit i jinak, a zda se současně jedná o způsoby, jež nejsou pro zadavatele neúměrně zatěžující (tedy nepřiměřené).

334. Úřad přitom dodává, že vzhledem k tomu, že zadavatel v rámci vnímaných rizik poukázal nejen na rizika spojená s hypotetickým vadným plněním dodavatelem (a v souvislosti s možným nesplněním kritérií softwarového auditu), ale i na jiné vnímané obtíže v souvislosti s pořízením druhotných licencí (ve smyslu existence časové náročnosti nabytí software, charakteru popotávaného předmětu plnění, reálného rozsahu nabývaného plnění či možnosti uplatňování sankcí v souvislosti se zjištěním vadného plnění), podrobil Úřad šetření i tyto další zadavatelem tvrzené skutečnosti.
335. Hlavní argumentace zadavatele ve vztahu k vnímaným rizikům v souvislosti s pořízením druhotných licencí spočívá v problematické právní a faktické spolehlivosti a důvěryhodnosti dokladů prokazujících legalitu nakládání s druhotnými licencemi. Obecně se tedy jedná o požadavky na splnění podmínek pro legální převod druhotných licencí na nového nabyvatele vyplývající zejména z rozsudku SDEU ve věci C-128/11. Zadavatel se obává, že i za situace, kdy by v rámci softwarového auditu doložil případné získané doklady ze strany dodavatele a předchozích nabyvatelů licencí o splnění podmínek ve smyslu závěrů zde citovaného rozsudku SDEU, nebyl by v praxi schopen ověřit pravdivost těchto prohlášení, popř. by toto ověřování bylo spojeno s výraznými náklady (a to i časovými), kdy výsledek tohoto ověřování by zjevně dle zadavatele ani nemusel vést ke zjištění reálného stavu věci.
336. Úřad v rámci nového posouzení věci v kontextu závěrů uvedených v rozhodnutí předsedy Úřadu uvádí, že není pochyb o tom, že předložení předmětných dokladů, jejichž obsah a rozsah je determinován současnou rozhodovací praxí ve vztahu k problematice druhotných licencí, především závěry rozsudku SDEU ve věci C-128/11, je obecně uznávanou podmínkou pro legální převod druhotných licencí. Co se týče požadavku na doložení dokladů, že původní nabyvatel licence učinil rozmnoženinu programu v okamžiku jejího dalšího prodeje nepoužitelnou, Úřad konstatuje, že z podstaty věci nelze po zadavateli jakožto novém nabyvateli softwarové licence požadovat z jeho strany úplnou garanci splnění tohoto předpokladu pro účely zajištění legálnosti jejího nabytí.
337. Jinými slovy řečeno, předložení dotčených dokladů prokazujících legálnost nabytí počítačové rozmnoženiny je obecně stanoveno jako předpoklad pro zajištění možnosti přeprdeje softwarových licencí, tj. tzv. licencí druhotných, přičemž nelze vyloučit, že v praxi často ani obzvláště vysoce vynaložené úsilí zadavatele ve snaze o reálné ověření pravdivosti daných prohlášení nemusí vést ke zjištění faktického stavu věci ve smyslu, zda byla skutečně předchozími nabyvateli licence rozmnoženina učiněna nepoužitelnou (tedy, jak uvádí návrhováte ve svém návrhu, že licence byly těmito subjekty odinstalovány, nejsou již jimi používány a znemožnili jejich užití i v budoucnu, respektive, že na licencích nevážnou žádná práva třetích stran). V tomto smyslu lze poukázat přímo na závěry uvedené ve jmenovaném rozsudku SDEU ve věci C-128/11, kde je rovněž odkázáno na skutečnost, že obecně ověření toho, že daná rozmnoženina byla učiněna nepoužitelnou, se může ukázat jako obtížně proveditelné.

338. Současně však nelze pouze na základě těchto obtíží zadavatele přistoupit k omezení hospodářské soutěže požadavkem na dodání výhradně licencí nových (neodůvodňuje-li to jinak předmět veřejné zakázky). Zjevně již z charakteru věci přirozená přítomná nejistota zadavatele spočívající z jeho strany v nemožnosti úplné garance splnění a ověření splnění tohoto požadavku (pro účely nabytí druhotné licence) by v případě druhotných licencí z hlediska optiky argumentů zadavatele znamenala, že zadavatel by evidentně nebyl pro účely jejich legálního nabytí (stejně jako software prostřednictvím nich získané) nikdy schopen zcela zaručit splnění všech nezbytných předpokladů, což by v praxi mohlo vést až k závěru, že by potenciál obchodovatelnosti druhotných licencí zůstal pouze v rovině teoretické. Existuje-li však na základě rozhodovací praxe obecně přijímaný postup, že na základě předložení relevantních dokladů, splněním důkazní povinnosti v souvislosti s vyčerpáním práva autora na rozšiřování díla, je zajištěna obchodovatelnost licencí a jejich legální nabytí, nelze výše uvedené argumenty zadavatele týkající se obavy z nesplnění kritérií softwarového auditu v důsledku vadného plnění dodavatelem či předchozích nabyvatelů licencí shledat jako důvody kvalitativního odlišení licencí nových a druhotných.
339. Jak již akcentoval předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021 v návaznosti na rizika vnímaná zadavatelem v souvislosti s požadavky na splnění podmínek případného softwarového auditu, zejména v reakci na obavu zadavatele, že nebude moci prokázat splnění podmínek pro legální převod licence, nelze v rámci posouzení zákonnosti požadavku zadavatele na dodání výhradně nových softwarových licencí jako důvodný argument pro omezení hospodářské soutěže akceptovat postup vycházející z presumpce nepoctivého jednání dodavatelů druhotných licencí (popř. jejich předchozích uživatelů) anebo z jejich „liknavosti“.
340. Nejsou-li tedy pochyby o tom, že druhotné licence zajišťují shodně možnost legálního užívání software, přičemž z hlediska funkčního se jedná v porovnání s licencemi novými o zcela srovnatelné plnění, a zadavatel vnímá jako podstatný rozdíl možnost existence (z různých důvodů) nepravdivých prohlášení původních držitelů licencí (uživatelů software) či dodavatelů druhotných licencí, lze přisvědčit Úřadem v napadeném rozhodnutí opomenuté skutečnosti, že vadné plnění může připadat v úvahu u dodání jakéhokoli zboží kterýmkoli dodavatelem, tedy že v praxi může i u jiných poptávaných plnění nastat situace, že se nějaké prohlášení dodavatele (či dřívějších uživatelů) časem ukáže být nepravdivým. Nelze přitom vyloučit, že zadavatel by se mohl v praxi s obdobnými obtížemi potýkat i při dodání plnění ze strany oficiálního distributora výrobce (autorizovaného prodejce) či přímo ze strany výrobce (v daném případě výrobce software), neboť i tyto subjekty mohou, jak poukázal předseda Úřadu, jednat v omylu či liknavě (popř. v krajních případech s nedobrým úmyslem), tj. vadně, a to jak v rovině faktické, tak i právní.
341. Jak již bylo uvedeno výše, obava z vadného plnění (či samotný potenciál existence určitého rizika) nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže, pokud není u konkrétního plnění závažný důvod předpokládat jeho vady. V nyní šetřeném případě přitom nebylo prokázáno, že by riziko plynulo z plnění samého (software), nýbrž z možného jednání dodavatelů či třetích osob (předchozích držitelů licencí a uživatelů software). V tomto kontextu se lze shodně odkázat na závěry uvedené v navrhovatelem zmiňovaném rozhodnutí VKM, kde bylo v obdobné věci konstatováno, že chybí důkazy o tom, že pokud bude zahájeno výběrové řízení na použité licence, lze očekávat porušení vlastnických práv ze strany uchazečů a tedy úspěšné

vznesení nároků ze strany společnosti Microsoft. V předmětném rozhodnutí bylo současně uvedeno, že argument, že daný subjekt je vystaven právnímu riziku při nákupu použitých licencí a že společnost Microsoft bude během auditu zpochybňovat legálnost použití licencí, není přesvědčivý.

342. Právě uvedené tak ve výsledku vyvrací závěry Úřadu z napadeného rozhodnutí, kde bylo dále rovněž poukázáno na to, že zadavatel by byl v případě nabytí druhotných licencí a vyvstalých obtíží v souvislosti s prokázáním legálnosti užívání software případně nucen vynaložit další dodatečné náklady (ať již finanční, časové či odborné) za účelem řešení nastalé situace, v rámci případné pokuty či vzniklé škody anebo nutnosti pořízení nového software. Úřad v této souvislosti opakuje, že samotná obava z vadného plnění, není-li u tohoto plnění podstatný důvod předpokládat jeho vady, nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže, kdy k dalším zadavatelem tvrzeným rozdílům mezi novými a druhotnými licencemi (tj. vnímaným rizikům ze strany zadavatele) se Úřad v podrobnostech vyjadřuje níže (viz bod 349. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí).
343. Vzhledem ke skutečnosti, že předseda Úřadu vytýkal Úřadu nesprávnost jeho postupu ve správním řízení, jenž předcházela vydání napadeného rozhodnutí, kdy Úřad se v rámci šetření obrátil na subjekty působící na trhu IT, u nichž předpokládal i znalost problematiky softwarových licencí (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž předseda Úřadu z Úřadem položených otázek nabytí přesvědčení, že předmětem se mnohé z nich dotýkaly obsahu licenčních ujednání a správy software a některé z dotazů směřovaly k důsledkům plynoucím z porušení práva či k sankčním ujednáním licenčních smluv, kdy vyjádření třetích osob stran obsahu závazků mezi dvěma subjekty jsou zpravidla zcela irelevantní a současně nelze připustit, aby Úřad přenesl právní hodnocení dotčených otázek na cizí osoby, Úřad v rámci nového posouzení za účelem zjištění skutkového stavu věci provedl šetření nové.
344. V této souvislosti Úřad dodává, že ačkoli s ohledem na výše uvedené nelze v rámci nového posouzení věci hodnotit dotčené odpovědi oslovených subjektů z oblasti IT jako relevantní pro učinění závěru o (ne)zákonosti postupu zadavatele v nyní šetřeném zadávacím řízení, nelze zcela odhlédnout od vyjádření společnosti Microsoft s.r.o. ze dne 12. 10. 2020 (což vyplývá i z rozhodnutí předsedy Úřadu), kde tato společnost sdělila, že *„[p]okud by společnost Microsoft v konkrétním případě a v závislosti na aplikovatelném právním a smluvním rámci prováděla audit, posuzovala by situaci dle platných právních předpisů (mj. dle výše citované Směrnice o právní ochraně počítačových programů) a v kontextu uzavřených smluv“*.
345. Předseda Úřadu tedy poukázal v souvislosti s provedeným prvotním (chybným) dokazováním věci na skutečnost, že Úřad měl naopak předně v rámci šetření sám porovnat znění licenčních podmínek, jsou-li známy, a případně následně objasňovat a posuzovat rizika, která dle zadavatele u druhotných licencí vznikají.
346. Úřad v tomto kontextu uvádí, že v rámci šetřeného zadávacího řízení neshledal s ohledem na způsob stanovení zadávacích podmínek možnost porovnání konkrétních licenčních či jiných smluvních ujednání v rámci smlouvy na veřejnou zakázku. Zadavatel v rámci zadávacích podmínek stanovil (viz čl. 6 výzvy k podání nabídek), že návrh smlouvy vypracuje a předloží sám dodavatel, přičemž zadavatel v této souvislosti stanovil pouze základní meze ve smyslu určení obchodních podmínek (zejména zákaz smluvních pokut v neprospěch zadavatele

nad rámec stanovený v obchodních podmínkách, že návrh smlouvy o dodávce a licenční smlouvy bude předložen v nabídce uchazeče, že návrh smlouvy nesmí obsahovat žádné smluvní podmínky v neprospěch zadavatele, které by šly nad rozsah obvyklých omezení uživatelů nových licencí Microsoft, či že licence budou zahrnovat opravy), kdy jejich nedílnou součástí stanovil rovněž způsob dodání licencí (v jednom okamžiku prostřednictvím odkazu na licenčním serveru Microsoft, kdy dodavatel byl povinen se zavázat k poskytnutí součinnosti ve smyslu, že bude zadavateli zajištěno nerušené užívání a následná správa poskytnutých užívacích práv prostřednictvím daného licenčního serveru).

347. Kromě výše uvedených požadavků zadavatel učinil součástí zadávacích podmínek rovněž čestné prohlášení o právní nezávadnosti nabízeného plnění, jehož obsahem bylo sdělení dodavatele, že jím nabízené plnění v rámci veřejné zakázky je prosté právních vad a že je oprávněn dodávky uvedené v jeho návrhu smlouvy ve prospěch zadavatele realizovat.
348. Vzhledem ke skutečnosti, že v šetřeném případě nebylo možné s ohledem na znění zadávacích podmínek přistoupit k vlastnímu porovnání licenčních či jiných smluvních ujednání, vedl Úřad nové posouzení věci předně právě ve vztahu k tvrzeným rizikům v souvislosti s nabytím a užíváním druhotných licencí, tedy šetření, zda se v případě nových a druhotných licencí jedná ve výsledku o kvalitativně srovnatelná plnění.
349. Za účelem posouzení zákonnosti postupu zadavatele při stanovení požadavku na dodání výhradně licencí nových tedy Úřad dále neopomněl ani na zbylá zadavatelem tvrzená rizika (obtíže) v souvislosti s pořízením druhotných licencí (vyjma již výše popsaných obtíží souvisejících se softwarovým auditem). Podstatným v předmětném případě (z hlediska zásady přiměřenosti) je přitom současně i zkoumání, zda reálně existuje způsob, jak si lze tyto eventuální obtíže ošetřit a zda je možné tento postup po zadavateli požadovat, tedy zda by případné zajištění těchto rizik nebylo pro zadavatele ve výsledku excesivně náročné a nákladné v porovnání se samotným plněním veřejné zakázky. Úřad v této souvislosti připomíná, že i předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021 akcentoval, že přiměřenost je vždy oboustranná, kdy v rámci poměření způsobů, jakými zadavatel mohl zajistit své potřeby, je nezbytné hodnotit nejen benefity, ale též možná negativa tohoto odlišného postupu.
350. Zadavatel v souvislosti s dodáním druhotných licencí argumentoval, že v případě, že by bylo v rámci softwarového auditu zjištěno, že se jedná o licence neexistující či zatížené právními vadami, byl by sankcionován. Přesvědčen je rovněž o tom, že druhotné licence jsou spojeny s rizikem výrazně delší časové prodlevy (zdržení) v případě delší doby potřebné pro jejich aktivaci. V rámci předložené interní analýzy ze dne 2. 6. 2021 zadavatel též uvedl, že případné technické problémy, byť u části druhotných licencí, by pro něj představovaly nepřijatelné finanční, operační a reputační riziko spočívající třeba i jen v dílčím omezení funkčnosti software z důvodu nutnosti prokázání jejich oprávněného užívání.
351. Úřad k posledně uvedenému opakuje, že obava z vadného plnění nemůže vést k ospravedlnění omezení hospodářské soutěže, není-li u daného plnění závažný důvod předpokládat jeho vady, kdy zadavatel v souvislosti s tvrzenými potenciálními technickými problémy jinou další argumentaci týkající se prokázání zjevné existence takovýchto vad nedoložil a Úřadu nejsou takovéto vady známy ani z nově provedeného šetření.

352. Obává-li se dále zadavatel možných sankcí v souvislosti s užíváním software získaného na základě druhotných licencí a vyplývajících z v budoucnu realizovaného softwarového auditu, Úřad podotýká, že zadavateli nic nebrání v rámci zadávacích podmínek stanovit i konkrétní podmínky smluvní, kdy jejich prostřednictvím může přenést případné sankce na dodavatele, jakožto subjekt zodpovědný za řádné dodání poptávaného plnění. Smluvní podmínky obecně upravují práva a povinnosti smluvních stran, přičemž zadavatel může smluvní či obchodní podmínky vyjádřit ve formě závazného návrhu smlouvy, který učiní součástí zadávacích podmínek, či může stanovit v rámci zadávací dokumentace i jen jednotlivé podmínky (obchodní/smluvní).
353. Z hlediska práva zadavatele stanovit konkrétní zadávací podmínky může zadavatel zohlednit rovněž případnou vyšší časovou náročnost aktivace druhotných licencí (v případě, že tato skutečně vyvstane a bude současně pro zadavatele z objektivních důvodů neakceptovatelná). Ve shodě se závěry předsedy Úřadu tak Úřad v souvislosti s případnými náklady nad rámec běžného plnění, ať již časovými, personálními či finančními, uvádí, že rovněž úkony spojené s aktivací, popř. i správou, licencí lze přenést v rámci zadávacích podmínek na dodavatele. Právě uvedené přitom potvrzují též závěry z rozhodnutí VKM, kde bylo obdobně poukázáno na skutečnost, že zadavatel se může komplexně pojistit v popisu služby a přenést určité „požadavky“ na dodavatele, kdy předmětné by nebylo spojeno s neobvyklými riziky a takováto ochrana se jeví jako oprávněná.
354. Uvádí-li dále zadavatel v rámci vnímaných rizik v souvislosti s pořízením druhotných licencí, že dosud nebylo judikaturou vyřešeno, která ustanovení původní licenční smlouvy nadále platí a která nikoli, a to i ve vztahu k tzv. právu na downgrade, lze i zde poukázat na možnost stanovení konkrétních zadávacích podmínek zadavatelem. Jak již bylo konstatováno v rozhodnutí VKM, je právem zadavatele stanovit podmínky plnění, na něž klade z určitých důvodů důraz, součástí zadání veřejné zakázky. V případě, že zadavatel považoval za účelem naplnění svých potřeb za nezbytné, aby součástí plnění bylo kupř. i právo na downgrade² či jiné/další podmínky plnění, mohl (a měl) je stanovit součástí zadávacích podmínek, stejně jako tak učinil ve vztahu k požadavku na dodání softwarových produktů právě ve verzi 2019 a k určení, že předmětem plnění není Software Assurance, kdy na základě takovýchto podmínek se následně potenciální dodavatelé rozhodují, zda se nachází v pozici, kdy mohou požadované funkce nabídnout a zadávacího řízení se účastnit.
355. Zdůrazňuje-li současně zadavatel, že při nákupu použitých licencí má práva pouze vůči jejich dodavateli a pouze vůči němu může uplatňovat regresní nároky, které by však v případě jeho insolvence či likvidace nemusely být vymahatelné, Úřad akcentuje, že zadavatelem popsaná situace se nijak neliší od jakéhokoli jiného plnění jakýmkoli jiným subjektem, kdy nelze odhlédnout od skutečnosti, že stejně tak může zaniknout i samotný výrobce dodávaného plnění. Vždy tedy může nastat situace, že konkrétní dodavatel po určité době ukončí svou činnost, pročež odkazem na tuto skutečnost nelze odmítat dodání konkrétního řešení schopného naplnit danou potřebu zadavatele.
356. Sám zadavatel přitom v rámci předkládané interní analýzy ze dne 2. 6. 2021 připouští, že jím uváděná rizika lze minimalizovat prostřednictvím písemných garancí dodavatele poptávaných

² Úřad nad rámec výše uvedeného dodává, že skutečnost, že v praxi za určitých podmínek i druhotné licence zajišťují v rámci nabývaného software právo na downgrade, potvrzuje kupř. právě rozhodnutí VKM.

licencí či nastavením sankcí, tedy jinými slovy řečeno řádným stanovením zadávacích podmínek, a to i ve smyslu podmínek obchodních či smluvních. Obává-li se zadavatel, že účinnost těchto „opatření“ končí s případným zánikem dodavatele, Úřad ve smyslu právě uvedeného zdůrazňuje, že postavení zadavatele se v této situaci nijak neliší od postavení jakéhokoli jiného zadavatele ve vztahu k jakémukoli dodavateli určitého poptávaného plnění. Zadavateli přitom nelze rovněž přisvědčit v tom, že rizika lze v případě poptání výhradně nových licencí zcela eliminovat, neboť, jak vyplývá i z rozhodnutí předsedy Úřadu, nelze vyloučit, že „vadně“ může ve výsledku plnit i výrobce software či oficiální distributor výrobce.

357. Z výše uvedeného vyplývá, že ačkoli tedy patrně nelze vznik vnímaných obtíží zcela eliminovat, kdy obecná potenciální rizika spojená s nabytím plnění a užíváním software nelze zcela vyloučit ani při dodání nových licencí ze strany oficiální distribuce výrobce (či výrobcem samým), existují pro zadavatele dostupné nástroje, jejichž prostřednictvím je schopen dotčená rizika v souvislosti s dodáním a užíváním software podstatně minimalizovat. Základním prostředkem je v tomto směru pro zadavatele možnost stanovení vhodných zadávacích podmínek (ve smyslu požadavků na předmět plnění, kupř. požadavky na aktivaci a správu licencí či na rozsah funkcionalit licencí nebo software na základě nich pořizovaného) a to i podmínek obchodních/smluvních (v souvislosti se stanovením způsobu řešení případných obtíží s nabytým plněním, ať již ve smyslu přenosu určitých případných sankcí na dodavatele či povinné součinnosti dodavatele s řešením eventuálních obtíží, kdy dodavatel může být smluvně vázán k řádnému splnění podmínek dodání poptávaného předmětu plnění), tj. využití běžných nástrojů předvídaných zákonem.
358. Pro úplnost již k výše uváděné nemožnosti ověření pravdivosti prohlášení, že jsou splněny podmínky pro převod licencí, vyplývající zejména z rozsudku SDEU ve věci C-128/11, Úřad i zde opětovně dodává, že primárním úkolem zadavatele v rámci zadávacího řízení je řádné stanovení zadávacích podmínek, na základě nichž dodavatelé předkládají plnění schopná uspokojit vzniklou potřebu zadavatele. Jsou-li tedy obecně z citovaného rozsudku vyplývající požadavky na předmět plnění v souvislosti s dodáním druhotných licencí (tj. technicky shodného produktu jako licencí nových) přijímány jako nezbytné předpoklady legálního nabytí a užívání poptávaného software, je více než vhodné, aby zadavatel stanovil povinnost doložení předmětných skutečností i součástí zadávací dokumentace v souvislosti s případným dodáním druhotných licencí.
359. Primárním úkolem zadavatele je tak jednotlivé (pro něj podstatné a objektivně odůvodnitelné) požadavky na předmět plnění učinit součástí zadávacích podmínek, u nichž je současně povinen dbát na to, aby nebyly stanoveny způsobem diskriminačním, jenž vede k nezákonnému (nedůvodnému) omezení hospodářské soutěže. Zadavatel by měl tedy řádně definovat vlastní potřebu a požadavky vedoucí k jejímu naplnění, nikoli stanovovat konkrétní způsob řešení, existují-li i způsoby jiné, rovnocenně schopné naplnit danou potřebu zadavatele.
360. Poukazuje-li dále zadavatel na to, že druhotné licence mohou být nabídnuty za cenu nižší než licence nové a že spojením obou těchto kategorií v rámci poptávky by naopak došlo k diskriminaci dodavatelů licencí nových, nelze odhlédnout od skutečnosti, že pokud lze druhotné licence ve vztahu k licencím novým označit za řešení srovnatelné, nejedná se o diskriminační postup zadavatele, pokud takové řešení připustí, jelikož zákon takový postup předjímá. Úřad dodává, že skutečnost, že takový postup zvyšuje konkurenční tlak a s ním

i spojený tlak na cenu nabízeného plnění, je přirozenou součástí hospodářské soutěže a naopak opačný přístup, který by připouštěl omezení hospodářské soutěže ve prospěch určité skupiny dodavatelů pouze s ohledem na rozdíl v nabídkových cenách nelze považovat za akceptovatelný. Zákon navíc v rámci hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek umožňuje, aby hodnocení nabídek probíhalo nikoli pouze na základě nejnižší nabídkové ceny, nýbrž umožňuje zadavateli (a to i v rámci vedení zjednodušeného podlimitního řízení) zohlednit i jiné související, na předmět veřejné zakázky navázané, kvalitativní aspekty, jsou-li pro zadavatele podstatné (viz kupř. § 116 odst. 2 písm. f) a g) zákona). Ani předmětná obava zadavatele tak nemůže být v šetřeném případě akceptována jako důvod pro omezení soutěže pouze na licence nové, za situace, kdy nové a druhotné licence představují technicky shodné plnění, jež je i z hlediska funkčního zjevně schopné (při náležitém stanovení zadávacích podmínek) naplnit zajištění potřeb zadavatele.

361. Vzhledem ke skutečnosti, že předseda Úřadu v rámci dalšího vedení řízení zavázal Úřad k posouzení, zda ve vztahu k druhotným licencím existují i další rizika, jež neplynou z hypotetického vadného plnění dodavatelem (z vnímané obavy ohledně nesplnění kritérií softwarového auditu), kdy je dle něj vhodné s ohledem na zásadu přiměřenosti zabývat se též otázkou, zda případné náklady na přenos a minimalizaci rizik mohou být tak vysoké, že namísto daného postupu smí zadavatel žádat konkrétní způsob plnění (zde licence nové), přistoupil Úřad před vydáním tohoto rozhodnutí za účelem zjištění stavu věci i k oslovení subjektů vystupujících v pozici zadavatele, které dle veřejně dostupných informací měly již praxi s poptáním předmětu plnění spočívajícího v dodání softwarových licencí.
362. K provedenému doptání Úřad pouze pro úplnost dodává, že oslovený vzorek zadavatelů jistě nepředstavuje komplexní analýzu trhu strany poptávky softwarových licencí, avšak nejedná se ani o vzorek zcela zanedbatelný, kdy z obdržených odpovědí vyplývá, že zastoupeny jsou v něm nejen názory zadavatelů umožňujících poptání i licencí druhotných, ale též subjektů, které z určitých důvodů poptávaly výhradně licence nové, což je podstatné právě zejména ve vztahu ke zkoumání existence případných dalších rizik v souvislosti s licencemi druhotnými.
363. Jelikož nelze opomenout, jak již připomněl předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021, že často se v praxi zásada zákazu diskriminace prolíná se zásadou přiměřenosti, kdy nelze zapomínat, že přiměřenost je „oboustranná“, tedy že je vhodné hodnotit způsoby, jakými mohl zadavatel zajistit své potřeby, nejen z hlediska možných benefitů, ale i negativ, a že je tudíž vhodné zjistit náklady, které reálně vznikly zadavatelům poptávajícím software i s možností dodání druhotných licencí, a které by jinak nevznikly, umožnili-li by předmětní zadavatelé dodání pouze licencí nových, zaměřil se Úřad v rámci doptání oslovených zadavatelů i na tuto skutečnost.
364. Z obdržených vyjádření oslovených zadavatelů (viz bod 191. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že případné obtíže (rizika) vnímané v souvislosti s pořízením druhotných licencí se svým charakterem nijak výrazně neliší od rizik uváděných zadavatelem šetřené veřejné zakázky.
365. Někteří z oslovených zadavatelů (umožňujících dodání i druhotných licencí) připouští, že zaznamenali jistá specifika plnění v souvislosti s pořízením druhotných licencí (kupříkladu, že druhotné licence nejsou evidovány na portálu výrobce či již výše uvedenou nutnost splnění podmínek vyplývajících z judikatury EU pro řádné nabytí a užívání licencí, zejména z rozsudku

SDEU ve věci C-128/11). Z popisovaných skutečností však nevyplývá, že by se jednalo o situace neřešitelné či o specifika vedoucí až k nucenému omezení plnění pouze na licence nové. Z obdržených stanovisek především vyplývá, že zadavatelé za účelem umožnění dodání i druhotných licencí upravovali zadávací podmínky, kdy pro prokázání splnění podmínek legálního nabytí a užívání druhotných licencí požadovali např. dodání licencí „s rodokmenem“ prokazujícím jejich historii a splnění podmínek ve smyslu závěrů rozsudku SDEU ve věci C-128/11, popřípadě za účelem minimalizace rizik stanovovali též příslušná smluvní ujednání o skutečném splnění stanovených zadávacích podmínek.

366. Ve vztahu k nákladům, které vznikly zadavatelům poptávajícím software i s možností dodání druhotných licencí, z obdržených stanovisek vyplývá, že případné dodatečné náklady spočívaly nejen v případných nákladech finančních, nýbrž zejména v nákladech časových a personálních spojených jednak s přípravou zadávacích podmínek, řízení předcházejícího výběru dodavatele a s úpravou textu smlouvy, jednak se zjištěním potřebných informací od třetích subjektů ohledně podmínek užívání druhotných licencí. Z dalších nákladů oslovení zadavatelé jmenovali též náklady spojené s ověřením důvěryhodnosti dodavatele či v porovnání s novými licencemi vyšší časové náklady spojené s registrací licence. Z předmětných vyjádření zadavatelů však současně nijak nevyplývá, že by se mělo jednat o náklady neúměrně tyto zadavatele zatěžující a ve výsledku odůvodňující omezení plnění pouze na licence nové. V této souvislosti Úřad dodává, že ani ze skutečností uváděných zadavatelem šetřené veřejné zakázky nevyplývá, že by zadavatel na rozdíl od těchto subjektů čelil situaci, kdy by v důsledku vzniklých nákladů byl nucen ve výsledku připustit plnění pouze prostřednictvím licencí nových.
367. Ani z vyjádření zadavatelů poptávajících výhradně licence nové nevyplývá existence charakterem jiných rizik odlišujících ve výsledku plnění prostřednictvím licencí nových a druhotných. Zadavateli uváděné skutečnosti opět poukazují zejména na rizika spojená s nejistotou prokázání řádného nabytí a užívání druhotných licencí a na obavu z nabytí nelegálního software, k čemuž však Úřad opakovaně připomíná, že popsána nejistota není rizikem, jež by vyplývalo z plnění samého, ale je případně spojeno s jednáním dodavatele či třetích osob, přičemž obava z vadného plnění (nejsou-li u konkrétního plnění vážné důvody předpokládat jeho vady) nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže.
368. Poukazují-li někteří zadavatelé v souvislosti s druhotnými licencemi na nemožnost získání určité podpory, pak i zde lze připomenout, že pokud předmětnou podporu (či jiný parametr plnění) shledávají pro účely naplnění svých potřeb nezbytnou (a předmětný požadavek objektivně odůvodnitelný), mohou ji učinit součástí zadávacích podmínek a nikoli namísto toho předem předvídat neschopnost splnění určité potřeby a přistoupit k omezení hospodářské soutěže požadavkem na konkrétní způsob plnění. Právě na základě stanovených zadávacích podmínek se následně potenciální dodavatelé rozhodují, zda jsou schopni dodat plnění v požadované kvalitě.
369. Jak již bylo uvedeno výše, rovněž obavu z případných sankcí či z dodatečných nákladů na správu aktiv lze řešit primárně jinak než přímým omezením plnění pouze na licence nové, a to opět zejména vhodným stanovením zadávacích podmínek (vč. podmínek smluvních), přičemž určitá rizika nelze zcela eliminovat ani v případě dodání licencí nových, kdy tedy ani v jejich případě nelze hovořit o komplexním zajištění garance zcela nerušeného užívání software.

370. Úřad pro úplnost dodává, že zákonnost postupu zadavatele je nutné vždy posuzovat s ohledem na specifika konkrétního šetřeného případu, tedy i s ohledem na charakter poptávaného software či na okolnosti související s jeho pořízením.
371. V souvislosti s ošetřením možných obtíží ve vztahu k softwarovému auditu Úřad uzavírá, že i z obdržených odpovědí oslovených zadavatelů umožňujících dodání i licencí druhotných vyplývá, že rozhodnou skutečností je obzvláště stanovení požadavků na doložení legálnosti nabytí a užívání dotčeného software (převážně ve smyslu splnění podmínek vycházejících z rozsudku SDEU ve věci C-128/11), kdy vhodné se jeví i jejich zanesení do textu smlouvy (konkrétních smluvních ujednání). Pro účely ověření si dotčených skutečností přitom někteří zadavatelé využili i možnosti předložení určitých dokladů prokazujících historii konkrétní licence.
372. Z výše uvedených skutečností, kdy Úřad se v rámci nového posouzení věci mj. blíže zabýval i tím, zda případná rizika a obtíže uváděné v souvislosti s pořízením druhotných licencí lze ošetřit i jinak než omezením hospodářské soutěže (požadavkem pouze na licence nové), dospěl k závěru, že není pochyb o tom, že zadavatel těmito možnostmi disponuje, kdy z obdržených podkladů rovněž shledal, že nic nenasvědčuje ani tomu, že by případné náklady v souvislosti se zajištěním možnosti plnění i prostřednictvím licencí druhotných neúměrně zatížily zadavatele tak, že by ve výsledku byl oprávněn přímo zúžit plnění výhradně na licence nové. V šetřeném případě lze tedy činit závěr, že nové a druhotné licence představují kvalitativně srovnatelná plnění.
373. Výše uvedené závěry vyplývající z nového posouzení věci jsou rovněž v souladu s rozhodovací praxí týkající se problematiky druhotných licencí, na niž se odkazoval navrhovatel zejména v rámci doplnění rozkladu ze dne 17. 1. 2021, kde za relevantní považoval zejména závěry vyplývající z rozhodnutí VKM. Předmětné rozhodnutí poukazuje na nutnost dodržení zásady produktově neutrálního řízení i ve vztahu k dodání softwarových licencí, kdy přesvědčivým dle něj není argument, že příjemce plnění je vystaven právnímu riziku při nákupu použitých licencí a že výrobce (společnost Microsoft) bude během auditu zpochybňovat legálnost použití licencí, přičemž (jak již bylo uvedeno výše) chybí dle něj tedy důkaz o tom, že pokud bude zahájeno poptávkové řízení na druhotné licence, lze očekávat porušení vlastnických práv ze strany dodavatelů těchto druhotných licencí a úspěšné vznesení nároků ze strany společnosti Microsoft. Úřad připomíná, že obdobně je v rámci rozhodnutí VKM poukázáno též na skutečnost, že zadavatel se může komplexně pojistit v popisu plnění a případně přenést určité „požadavky“ na dodavatele, kdy předmětná ochrana není dle jmenovaného rozhodnutí spojena s žádnými neobvyklými riziky a není ani neoprávněná.
374. Poukazuje-li tak navrhovatel na adekvátnost závěrů vyplývajících z rozhodnutí VKM, dle nichž není zadavatel oprávněn bezdůvodně omezit soutěž při nákupu softwarových multilicencí tím, že výslovně vyžaduje licence nové, lze v rámci nyní šetřeného případu na základě závěrů učiněných v souvislosti s novým posouzením věci přisvědčit, že uváděné závěry z rozhodnutí VKM jsou přiměřeně aplikovatelné i v předmětné věci a nejsou v rozporu se skutkovými zjištěními uvedenými výše.
375. Závěrem nového posouzení věci Úřad opětovně dodává, že zákonnost postupu zadavatele je nutné šetřit vždy s ohledem na specifika daného případu, a to i s ohledem na charakter poptávaného předmětu plnění jako celku. Uvádí-li tedy zadavatel, že se v rámci pořizovaného

software jedná o licence operačních systémů serverů, z popisu předmětu veřejné zakázky vyplývá, že zastupují pouze jednu z částí pořizovaného plnění, kdy další z nich je mj. i „běžný kancelářský software“ (Office Pro Plus 2019 OLP NL), jak upozornil i předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí ze dne 8. 3. 2021.

376. Z obsahu zadávacích podmínek ani z předložených vyjádření zadavatele v průběhu zde vedeného správního řízení přitom nevyplývá, že by jednotlivé softwarové produkty byly z hlediska pořízení plnění neoddělitelně svázány jinak než tím, že je zadavatel učinil shodně součástí předmětu veřejné zakázky. Ani skutečnost, že zadavatel vystupuje v pozici subjektu finančního trhu, jenž je regulován Českou národní bankou, přitom již s ohledem na tento druh „běžného software“ není schopna opodstatnit postup zadavatele ve zde šetřeném zadávacím řízení. Z doložených skutečností nevyplývá, že by se zadavatel nacházel v postavení významně odlišném od zadavatelů jiných, kdy i jiné subjekty v rámci své činnosti využívají některé strategie řízení rizik.
377. Odkazuje-li se zadavatel v souvislosti se svým postavením na trhu na potřebu faktické a právní spolehlivosti technických řešení, Úřad opakuje, že nebyl shledán spor o tom, že licence nové a druhotné představují produkt technicky shodný, přičemž u nich nebylo v rámci nového posouzení věci ani prokázáno, že by v jejich případě bylo důvodné předpokládat existenci možných vad plnění (ať již v rámci licencí nových či druhotných).
378. V případě, že by zadavatel v souvislosti s dalšími poptávanými softwarovými produkty (vyjma „běžného kancelářského software“) shledal přesto nezbytným požadavek na dodání licencí nových, Úřad podotýká, že zákon za účelem zadání veřejné zakázky v případě diferenciací poptávaných částí plnění umožňuje při dodržení zákonných podmínek kupř. rozdělení veřejné zakázky na části (§ 35 zákona), kdy zadává-li více částí veřejné zakázky v jednom zadávacím řízení, vymezuje zadavatel nejen rozsah těchto částí, ale stanoví i pravidla pro účast dodavatele v jednotlivých částech a pro zadání těchto částí. I v této souvislosti však Úřad v souladu s výše uvedeným připomíná, že stanovené požadavky zadavatele nesmí vést k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže, tedy i podmínky kladené v rámci případných jednotlivých částí veřejné zakázky by musely obstát ve smyslu charakteru nediskriminačního a přiměřeného. Z nyní dostupných podkladů a závěrů v rámci nového posouzení věci přitom nevyplývá, že by zadavatelem kladený požadavek na dodání výhradně licencí nových byl odůvodněný i jen k části poptávaného software.
379. Úřad závěrem uvádí, že s ohledem na vše výše uvedené neshledal, že by požadavek zadavatele na dodání výhradně licencí nových byl odůvodněn specifickými okolnostmi plnění a charakterem jeho potřeb. Ačkoli v obecné rovině platí, že nelze po zadavateli požadovat, aby podstupoval neúměrná rizika a náklady spojené se zajištěním možnosti plnění i jiným srovnatelným způsobem, a to pouze za účelem zajištění co nejširší možné hospodářské soutěže, Úřad v rámci nového posouzení věci na základě dostupných podkladů konstatuje, že nic nenasvědčuje tomu, že by se zadavatel v šetřeném případě v takovéto situaci nacházel.
380. Mezi účastníky řízení není sporu o tom, že nové i druhotné licence jsou z hlediska technického produktem shodným (licence k softwarové rozmnoženině), kdy za splnění rozhodovací praxí stanovených podmínek (zejména rozsudkem SDEU ve věci C-128/11) jsou druhotné licence volně obchodovatelnou komoditou.

381. Z podkladů dále vyplývá, že ve vztahu k případným rizikům (obtížím) uváděným v souvislosti s plněním prostřednictvím druhotných licencí zadavatel disponuje nástroji pro jejich minimalizaci (zejména ve smyslu řádného stanovení zadávacích podmínek, jejichž prostřednictvím může určit nejen konkrétní požadavky na vlastnosti poptávaného software, ale charakterizovat i podmínky jeho dodání, správy či vymezit případná smluvní ujednání), kdy v souvislosti s těmito nástroji nebylo v nyní šetřeném případě shledáno, že by jejich užití bylo pro zadavatele excesivně náročné (nákladné), a to ani v souvislosti s možností ošetření případných obtíží v souvislosti se softwarovým auditem.
382. Ze skutečností uváděných v souvislosti se softwarovým auditem současně vyplývá, že podstatná zadavatelem vnímaná (potenciální) rizika nevychází z plnění samého (software), nýbrž z jednání dodavatele (či třetích subjektů), k čemuž Úřad v souladu se závěry předsedy Úřadu opakovaně akcentuje, že ani ve vztahu k plnění prostřednictvím druhotných licencí nelze vycházet z presumpce nepoctivého jednání dodavatele, kdy samotná obava z vadného plnění nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže.
383. Ve vztahu k druhotným licencím přitom nejsou z dostupných podkladů dány důvody předpokládat, že by v jejich případě docházelo k situaci, že software prostřednictvím nich získaný by byl skutečně (oproti software nabytého z licencí nových) nositelem možných vad plnění či že by nepoctivé jednání dotčených osob bylo s druhotnými licencemi zpravidla spojeno.
384. Jedním z primárních úkolů zadavatele v zadávacím řízení je řádně a v souladu se zákonem stanovit zadávací podmínky ve smyslu rozhodujících požadavků, jejichž splněním dochází i k naplnění potřeb zadavatele. Zadavatel však současně není oprávněn svým postupem klást bezdůvodné překážky v rámci možné hospodářské soutěže, existují-li i jiní dodavatelé schopní předmětné požadavky zadavatele reálně a v požadované kvalitě splnit.
385. S ohledem na vše výše uvedené, kdy nebyly shledány důvody předpokládat, že se v případě nových a druhotných licencí nejedná o kvalitativně srovnatelné plnění, nezbyvá, než konstatovat, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení pochybil, když vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže tím, že stanovil v rámci podmínek účasti technické podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. b) zákona tak, že požaduje pořízení výhradně nových softwarových licencí v souvislosti s nabytím softwarových produktů definovaných v čl. 3 výzvy k podání nabídek.
386. Vzhledem ke skutečnosti, že stanovený požadavek na dodání výhradně licencí nových je rovněž zjevně nepřiměřený předmětu veřejné zakázky (pořízení vymezených softwarových produktů), kdy ačkoli jím může být zajištěna potenciální vyšší „bezproblémovost“ užívání poptávaného předmětu plnění, nejedná se zjevně o jediný způsob, jak požadovaných kvalit plnění dosáhnout, nezbyvá Úřadu než uzavřít, že zadavatel stanovil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 zákona) a zásadou přiměřenosti (§ 6 odst. 1 zákona), pročež Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K dalším namítaným skutečnostem

387. K dalším skutečnostem namítaným navrhovatelem Úřad uvádí, že k nezákonnému postupu zadavatele, uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí, došlo již stanovením zadávacích

podmínek v souvislosti s požadavkem na dodání výhradně nových licencí softwarových produktů. Vzhledem k tomuto zjištěnému pochybení zadavatele byl Úřad povinen přistoupit k uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení celého zadávacího řízení. Úřad však s ohledem na zbylé námitky navrhovatele směřující opět do stanovených zadávacích podmínek dodává, že tímto rozhodnutím nedeklaruje zákonnost postupu zadavatele ve vztahu ke zbylým namítaným skutečnostem uváděným navrhovatelem v návrhu či ve vztahu k dalším stanoveným zadávacím podmínkám veřejné zakázky.

388. Vzhledem k výše uvedeným závěrům ale Úřad v současné chvíli považuje za nadbytečné zabývat se ostatními namítanými skutečnostmi a požadavky zadavatele, neboť šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu (zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku) v předmětném případě vliv. Úřad tak postupuje v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, z níž lze dovodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li pro něj alespoň jeden oprávněný důvod.
389. Úřad tedy uzavírá, že posuzování dalších navrhovatelem namítaných skutečností, ač opět směřujících do stanovených zadávacích podmínek, by již nebylo účelné, neboť jejich případný vliv na zákonnost postupu zadavatele by nikterak nemohl ovlivnit fakt, že zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně a v rozporu se zásadou přiměřenosti a tudíž muselo být zadávací řízení zrušeno, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí – uložení nápravného opatření

390. Úřad s odkazem na ustanovení § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom smyslu, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakožto i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
391. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
392. V případě, že jsou zadávací podmínky stanoveny v rozporu se zákonem, není v dané situaci možné k dosažení nápravy protiprávního stavu uložit jiné nápravné opatření, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
393. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky zadávací podmínky v rozporu s 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona a zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, když v zadávacím řízení na veřejnou zakázku stanovil v rámci podmínek účasti technické podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. b) zákona tak, že požaduje pořízení výhradně nových licencí v čl. 3 výzvy k podání nabídek dále definovaných softwarových produktů. Tímto postupem zadavatele došlo ke stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky v rozporu s citovanými ustanoveními zákona.
394. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínky dle § 263 odst. 3 zákona, a to že zadávací podmínky byly zadavatelem stanoveny v rozporu se zákonem, je Úřad povinen rozhodnout

o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. rozhodnutí – zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

395. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
396. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
397. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0325/2020/VZ uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení

398. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
399. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
400. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000325.

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 proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad podaný proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání

účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Martin Melišek, advokát, Veselá 169/24, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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