



UOHSX00FIRXB

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0175/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-41635/2021/162/JSr

Brno 7. 1. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 2. 11. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Oblastní nemocnice Mladá Boleslav, a.s.**, nemocnice Středočeského kraje, IČO 27256456, se sídlem třída Václava Klementa 147, 293 01 Mladá Boleslav, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 6. 2021 JUDr. Davidem Karabcem, MPA, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 07353, IČO 66231442, se sídlem Na stráži 1306/5, 180 00 Praha 8,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0221/2021/VZ, č. j. ÚOHS-35057/2021/500/Alv ze dne 18. 10. 2021 vydanému ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů výše uvedeným obviněným při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zvýšení kybernetické bezpečnosti Klaudiánovy nemocnice – operační systém – opakovaná**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 1. 2021 pod ev. č. Z2021-000796 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 007-010838,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 5 a § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0221/2021/VZ, č. j. ÚOHS-35057/2021/500/Alv ze dne 18. 10. 2021

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Obviněný – Oblastní nemocnice Mladá Boleslav, a.s., nemocnice Středočeského kraje, IČO 27256456, se sídlem třída Václava Klementa 147, 293 01 Mladá Boleslav, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 6. 2021 JUDr. Davidem Karabcem, MPA, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 07353, IČO 66231442, se sídlem Na stráži 1306/5, 180 00 Praha 8 (dále jen „**obviněný**“) – zahájil dne 7. 1. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zvýšení kybernetické bezpečnosti Klaudiánovy nemocnice – operační systém - opakovaná“, přičemž předmětné oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 1. 2021 pod ev. č. Z2021-000796 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 007-010838 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodu II.1.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení obviněný stanovil: *„Předmětem této veřejné zakázky je ochrana koncových stanic proti škodlivému kódu spočívající v nasazení jednotného operačního systému Windows 10 PROFESSIONAL NA ZAŘÍZENÍ na všechny koncové stanice informačního systému nemocnice v rozsahu 800 stanic.“*
3. V bodu 3.4 zadávací dokumentace nazvaném „Předmět plnění veřejné zakázky“ je uvedeno následující: *„Předmětem veřejné zakázky je zajištění komplexního řešení vedoucího ke zvýšení kybernetické bezpečnosti, a to prostřednictvím dodávky a implementace dílčích částí. Předmětem této veřejné zakázky je ochrana koncových stanic proti škodlivému kódu spočívající v nasazení jednotného operačního systému Windows 10 PROFESSIONAL NA ZAŘÍZENÍ na všechny koncové stanice informačního systému nemocnice v rozsahu 800 stanic. Řešení ochrany proti škodlivému kódu je realizována mimo tuto veřejnou zakázku a není tak předmětem dodávky a implementace. (...)“*
4. Dle bodu I.1 návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky (dále jen „**návrh smlouvy**“) se poskytovatel (dodavatel) *„zavazuje dodat Zákazníkovi licence (rozmnnoženiny počítačového programu) v počtech a cenách specifikovaných v následující tabulce:*

SKU	Název licence	Cena za licenci v Kč bez DPH	Počet ks	Cena celkem v Kč bez DPH
AAA-03579	Windows 10 Professional na zařízení – trvalá licence Windows Pro Dev UpLic	xxx	800	xxx

včetně případných instalačních médií a licenčního klíče (dále jen „**Software**“) a zajistit, že zákazník získá v rámci dodávky možnost nabýt právo opravňující jej k užívání Software. Zákazník se zavazuje zaplatit **Poskytovateli** za dodávku Software kupní cenu za podmínek sjednaných v této smlouvě.

5. Dle bodu I.2 návrhu smlouvy se poskytovatel (dodavatel) „zavazuje poskytovat pro zákazníka doplňkové služby spojené s užíváním SW dle potřeb zákazníka. Cena za 1 člověkodenní je Kč bez DPH. Doplňkové služby budou poskytovány na základě dílčích objednávek zákazníka vystavených na základě kalkulace Poskytovatele. Tato smlouva nezavazuje zákazníka k čerpání těchto doplňkových služeb. Přehled doplňkových služeb je uveden v příloze č. 1. této smlouvy. Služby budou poskytovány výhradně certifikovanými technikami **Poskytovatele** uvedenými v příloze č. 2 Smlouvy.
6. V příloze č. 1 návrhu smlouvy je uvedena následující tabulka doplňkových služeb stanovených v bodě I.2 návrhu smlouvy:

Název doplňkové služby	Předmět a rozsah doplňkové služby
Konzultace v oblasti licenční podpory produktů - Software Asset Management	Tato služba bude poskytovat komplexní licenční poradenství k zakoupeným i plánovaným produktům Microsoft v českém jazyce certifikovanými pracovníky dodavatele (dle aktuálních certifikačních standardů a požadavků společnosti Microsoft).
Poskytování poradenství v oblasti nejvhodnějšího modelu licencování v rámci Volume Licensing programů	Tato služba bude poskytovat komplexní licenční poradenství k Volume Licensing programům v českém jazyce. Vysvětlí odlišné podmínky užití programových produktů s ohledem na efektivní a optimální využití finančních prostředků. Kvalifikovaní pracovníci s příslušnou certifikací budou poskytovat poradenské služby na místě.
Konzultační a poradenské služby související s uplatněním produktů v prostředí zadavatele	Předmětem této služby je zabezpečení odborných prací certifikovanými konzultanty v oblasti nasazení softwarových produktů informačních systémů, hardwarového a softwarového prostředí Zadavatele. Jedná se například o analýzu prostředí z hlediska možností nasazení vhodných produktů a scénářů, zajištění nasazení nových edic produktů apod.
Migrační a konfigurační služby	Tato služba zahrnuje odborné technické práce prováděné certifikovanými pracovníky dodavatele v prostředí zadavatele. Například zprovoznění, nastavení, konfigurování, správy, profilaxe nebo jiných služeb dle požadavků zadavatele. Součástí je i projektové řízení daného konkrétního projektu.

7. Ze Zprávy o hodnocení nabídek ze dne 12. 2. 2021 vyplývá, že obviněný hodnotil pouze jednu nabídku dodavatele SoftwareONE Czech Republic s.r.o., IČO 24207519, se sídlem Vyskočilova 1410/1, 140 00 Praha 4 (dále jen „**vybraný dodavatel**“). S vybraným dodavatelem uzavřel obviněný smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky dne 13. 4. 2021 (dále jen „**smlouva**“).

8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel dne 11. 3. 2021 podnět týkající se postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky. Obsahem podnětu byla mj. i námitka, že stěžovatel spatřuje porušení zákona v příliš širokém vymezení předmětu veřejné zakázky, kdy obviněný poptává různorodá a vzájemně na sobě nezávislá plnění, což je v rozporu se zákonem, neboť tato skutečnost může vést k omezení okruhu potenciálních dodavatelů.
9. Dne 11. 6. 2021 vydal Úřad příkaz sp. zn. ÚOHS-S0221/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19642/2021/500/Alv (dále jen „**příkaz**“), kterým ve výroku I rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, neboť stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 zákona, když předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak, že jeho součástí bylo dle návrhu smlouvy, který byl nedílnou součástí zadávací dokumentace, jak poskytnutí 800 ks licencí Windows 10 Professional na zařízení – trvalá licence Windows Pro Dev UpLic v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement, tak i poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software dle přílohy č.1 návrhu smlouvy, čímž vymezil předmět plnění citované veřejné zakázky natolik široce, že v důsledku této skutečnosti došlo k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť někteří z potenciálních dodavatelů nemuseli být s ohledem na konkrétní požadavky obviněného související s předmětem plnění citované veřejné zakázky (požadavek na poskytnutí software v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement a poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software) schopni nabídnout obviněnému všechna plnění, jež byla do předmětu plnění veřejné zakázky zahrnuta, přestože by jinak, pokud by obviněný v souladu se zákonem jednotlivá plnění předmětu veřejné zakázky poptával samostatně, na konkrétní část předmětu plnění veřejné zakázky nabídku podat mohli, a obviněný dne 13. 4. 2021 uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Dnem 11. 6. 2021., kdy byl příkaz obviněnému doručen, bylo podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich ve spojení s § 150 odst. 1 a § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „**správní řád**“) zahájeno předmětné správní řízení.
10. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 18. 6. 2021 odpor z téhož dne (dále jen „**odpor**“), ve kterém vyjádřil svůj nesouhlas s právním názorem Úřadu, že došlo specifikací předmětu plnění veřejné zakázky k porušení zákona spočívajícím v příliš širokém vymezení předmětu veřejné zakázky, protože obviněný nepoptává různorodé a nesouvisející plnění, ani nebyly naplněny podmínky pro rozdělení veřejné zakázky, jak má na mysli § 101 zákona, neboť obviněný primárně poptává dodání licencí, a toto dodání právem spojuje s poskytnutím doplňkových služeb, které s předmětem veřejné zakázky bezprostředně souvisí, přičemž není v oprávněném technickém ani ekonomickém zájmu obviněného jednotlivá plnění rozdělovat na dvě samostatné veřejné zakázky. Z předmětu návrhu smlouvy nelze podle obviněného

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřené zadávacího postupu, v daném případě ve smyslu § 56 zákona.

dovodit nic jiného, než že jako zadavatel není povinen jakékoliv doplňkové služby odebrat a nabídková cena za tyto služby není zadavatelem hodnocena. Obviněný neměl v úmyslu veřejnou zakázku rozdělovat z důvodu bezpečnosti a funkčnosti požadovaného plnění.

11. Dle obviněného dále z příkazu nevyplývá žádná výhrada proti obsahu technické specifikace, a to jak v oblasti požadovaných licencí, tak v požadovaných doplňkových službách. Úřad v rámci svého průzkumu trhu nenarazil na jediného dodavatele, který by nějakým způsobem zpochybnil technickou specifikaci zakázky, a to jak v oblasti poptávaných licencí, tak v rozsahu poptávaných doplňkových služeb. Z toho obviněný dovozuje, že nedošlo k žádné diskriminaci ostatních soutěžitelů na trhu. Obviněný považuje za nepřiměřené riziko požadovat rozdělení veřejné zakázky na části, neboť hrozí, že na část doplňkových služeb by nebyla podána žádná nabídka.
12. Obviněný se v odporu vyjádřil rovněž k tomu, z jakého důvodu poptává nové licence a nepřipustil tzv. druhotné licence, toto nastavení technických podmínek mu však v rámci příkazu nebylo Úřadem vytýkáno. Obviněný následně uzavřel, že z jeho pohledu je u předmětné veřejné zakázky zjevné, že jde o nedělitelné plnění, které je v zájmu obviněného jako zadavatele, které spolu věcně a funkčně souvisí a které poskytuje obviněnému garanci bezchybného fungování celého systému 800 koncových stanic informačního systému. Přítomnost více než jednoho dodavatele software a doplňkových služeb u obviněného je pro něj coby zadavatele právním, ekonomickým a bezpečnostním rizikem.

II. Napadené rozhodnutí

13. Dne 18. 10. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0221/2021/VZ, č. j. ÚOHS-35057/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl o tom, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, neboť stanovil zadávací podmínky výše citované veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 zákona, když předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak, že jeho součástí bylo dle návrhu smlouvy, který byl nedílnou součástí zadávací dokumentace, jak poskytnutí 800 ks licencí Windows 10 Professional na zařízení – trvalá licence Windows Pro Dev UpLic v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement, tak i poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software dle přílohy č. 1 návrhu smlouvy, čímž vymezil předmět plnění citované veřejné zakázky natolik široce, že v důsledku této skutečnosti došlo k omezení okruhu potenciálních dodavatelů, neboť někteří z potenciálních dodavatelů nemuseli být s ohledem na konkrétní požadavky obviněného související s předmětem plnění citované veřejné zakázky (požadavek na poskytnutí software v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement a poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software) schopni nabídnout obviněnému všechna plnění, jež byla do předmětu plnění veřejné zakázky zahrnuta, přestože by jinak, pokud by obviněný v souladu se zákonem jednotlivá plnění předmětu veřejné zakázky poptával samostatně, na konkrétní část předmětu plnění veřejné zakázky nabídku podat mohli, a obviněný dne 13. 4. 2021 uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.
14. Výrokem II uložil Úřad za spáchání tohoto přestupku obviněnému pokutu ve výši 70 000 Kč, výrokem III mu současně uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

15. V odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad uvedl, že obecně lze v otázce povinnosti zadavatele rozdělit veřejnou zakázku nalézt dva předpoklady, a to:
 - a. předmět veřejné zakázky je vymezen natolik široce (byť se stále jedná o jednu veřejnou zakázku), že ho může dodávat pouze omezený počet dodavatelů, zatímco jeho jednotlivé části by bylo schopno dodat dodavatelů více;
 - b. plnění není nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat jako plnění jediné (společné).
16. Za účelem posouzení správnosti postupu obviněného při stanovení zadávacích podmínek v šetřené veřejné zakázce se Úřad obrátil na 11 dodavatelů působících na trhu v předmětné oblasti s žádostí o zodpovězení dotazů, které se vztahují k dodávce software Windows 10 PROFESSIONAL a poskytnutí doplňkových služeb spojených s užíváním software v prostředí zákazníka, a také na českou pobočku výrobce software – společnost MICROSOFT s.r.o., IČO 47123737, Vyskočilova 1561/4a, 140 00 Praha 4 (dále jen „Microsoft“) – viz body 48 až 57 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
17. Na základě provedeného dotazování Úřad zjistil, že na trhu poskytování licencí software působí široké spektrum dodavatelů, v němž existuje i kategorie dodavatelů, kteří jsou schopni nabídnout licence v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement (dále jen „MPSA“) tak, jak poptává obviněný. Rovněž existuje velmi široké spektrum dodavatelů poskytujících doplňkové služby související s nákupem a užíváním software, jako jsou služby poptávané obviněným (například migrační a konfigurační služby, konzultační a poradenské služby, služby licenční podpory atd.), přičemž tito dodavatelé současně nejsou schopni nabídnout licence v rámci multilicenčního programu MPSA. Druhá z uvedených skupin dodavatelů je přitom podstatně větší než skupina první, a pokud by tedy obviněný poptával dodávku licencí a poskytování souvisejících služeb odděleně, mohla by být situace odlišná, neboť soutěž by byla otevřenější pro více dodavatelů.
18. Šetřením Úřadu bylo rovněž zjištěno, a to především dotazem na společnost Microsoft, že uvedená plnění jsou na sobě zcela nezávislá, a není tudíž nezbytně nutné, aby je obviněnému poskytoval toliko jeden a týž dodavatel. Poskytnutí doplňkových služeb není nikterak věcně ani funkčně provázáno s dodávkou licencí software na základě smlouvy MPSA, a tudíž ani neexistuje žádný relevantní důvod, aby tato vzájemně úzce nesouvisející plnění byla poptávána v rámci jediného předmětu veřejné zakázky, aniž by byla stanovena možnost dílčího plnění. Pokud z průzkumu trhu vyplynul některý výslovný důvod, že by obě plnění měla být poskytována jediným dodavatelem, byla to pouze ta skutečnost, že by pro obviněného bylo jednodušší komunikovat toliko s jediným dodavatelem.

III. Rozklad obviněného

19. Dne 2. 11. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 18. 10. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

20. Obviněný v podaném rozkladu nesouhlasí s právním názorem Úřadu, že došlo z jeho strany ke stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 a § 6 odst. 2

zákona. Přestupek nemohl být shledán, neboť obviněný nepoptával různorodá a nesouvisející plnění, ani nebyly naplněny podmínky pro rozdělení zakázky dle § 101 zákona, jelikož byla poptávána dodávka licencí, právem spojená s poskytnutím doplňkových služeb, které s předmětem veřejné zakázky bezprostředně souvisí a není v oprávněném technickém ani ekonomickém zájmu obviněného jednotlivá plnění rozdělovat na dvě samostatné veřejné zakázky.

21. Obviněný v rozkladu dále argumentuje ve prospěch nepřítapnosti dělení zakázky tím, že dle znění smlouvy není povinen jakékoliv doplňkové služby odebrat a nabídková cena za ně není ani hodnocena. Současne poukazuje na hledisko bezpečnosti a funkčnosti celého systému, a také eliminací rizika zvýšených nákladů na údržbu a servis celého systému. Současne obviněný poukazuje na obchodní hledisko, které nevzal Úřad v rámci posouzení věci v potaz, tedy jaký by byl vůbec postoj případných dodavatelů ve chvíli, kdy by měli nabízet jen část týkající se doplňkových služeb.
22. Obviněný se značnou částí rozkladu, stejně jako tomu bylo v případě odporu, věnuje také problematice prvotních a druhotných licencí, když sděluje své přesvědčení, z jakého důvodu byl oprávněn požadovat pouze prvotní licence.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí postupem dle § 152 odst. 6 správního řádu zrušil, neboť je zřejmé, že skutek, pro který byl shledán vinným, se nestal.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad obviněného zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu

27. Na prvním místě je dle názoru předsedy Úřadu nutno sjednotit závěry ohledně toho, jaké plnění bylo obviněným ve skutečnosti poptáváno. Popis předmětu plnění se totiž v jednotlivých dokumentech zadávacího řízení poměrně výrazně liší, a je tedy potřeba určit skutečnou povahu plnění, které mělo být obviněnému dodáno, resp. poskytnuto.

28. Podle oznámení o zahájení zadávacího řízení (viz bod 2 tohoto rozhodnutí) je předmětem veřejné zakázky ochrana koncových stanic spočívající v „*nasazení jednotného operačního systému Windows 10 PROFESSIONAL*“. Dle znění zadávací dokumentace (viz body 3 tohoto rozhodnutí) má být komplexní řešení vedoucí ke zvýšení kybernetické bezpečnosti zajištěno „*prostřednictvím dodávky a implementace dílčích částí*“.
29. Současně je přitom v návrhu smlouvy (viz body 4-6 tohoto rozhodnutí), který nese skutečné znění povinností, ke kterým se dodavatel obviněnému zavazuje, v bodě I.1 uveden závazek dodání 800 ks předmětných licencí, a až v bodě I.2 je popsáno plnění spočívající v doplňkových službách, které není obviněný povinen odebrat, jehož nacenění není navíc současně ani hodnoceno.
30. V průběhu správního řízení bylo obviněným v četných částech jeho vyjádření argumentováno, že se v případě této veřejné zakázky jedná o poskytnutí a implementaci daných licencí, což je současně důvodem, pro který nebylo na místě plnění rozdělit na dvě samostatné zakázky, případně části. Úřad se k této problematice velice náležitě vyjádřil v bodě 53 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť správně seznal, že „*součástí předmětu šetřené veřejné zakázky není implementace software do jednotlivých zařízení obviněného, nýbrž případné poskytnutí jiných služeb (...)*“. Následně v bodě 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí doplnil, že ačkoliv „*Úřad výše dovedl, že součástí předmětu šetřené veřejné zakázky není implementace software do jednotlivých zařízení obviněného (...), obviněný ve stanovisku obviněného č. 2 tvrdí, že tomu tak je (...). Pokud obviněný zastává tento názor a pokud tedy v rámci doplňkových služeb existují takové služby, které obviněný potřeboval k implementaci předmětného softwaru, není Úřadu zřejmé, proč tuto službu nepoptával společně se softwarem (jako součást předmětu plnění), případně proč uvádí, že tyto služby není povinen odebrat.*“
31. Dle tabulky, která je přílohou č. 1 návrhu smlouvy (viz bod 4 tohoto rozhodnutí), mají doplňkové služby různý charakter, přičemž jednou z takto uvedených jsou služby migrační a konfigurační, které svou povahou a popisem v samotné tabulce potenciálně odpovídají obviněným v jeho vyjádřeních využívanému pojmu „implementace“ dodávaných licencí. To však nemění ničeho na tom, že obligatorní součástí předmětu plnění je podle návrhu smlouvy pouze prostá dodávka 800 ks licencí. Obviněný si tak ve svých vyjádřeních *de facto* zcela protiřečí, neboť na jedné straně odmítá svou povinnost rozdělit celý předmět plnění veřejné zakázky na části s odůvodněním, že je potřeba, aby implementaci licencí prováděl tentýž dodavatel, který dodává tyto licence (resp. že jde o nedělitelné plnění – viz bod 14 rozkladu), na druhou stranu však setrvale poukazuje na pouhou fakultativnost využití doplňkových služeb při uzavření smlouvy.
32. Zároveň přitom nelze než shledat, že doplňkové služby jsou stále součástí předmětu plnění, jelikož se k jejich eventuálnímu poskytnutí dodavatel přijímající na základě své nabídky návrh smlouvy svým podpisem následně zavazuje. Úřad proto postupoval správně, když vycházel z toho, že součástí předmětu plnění jsou všechny povinnosti dodavatele uvedené ve čl. I. – *Předmět smlouvy*.
33. Na základě tohoto vyjasnění skutečné povahy obviněným poptávaného plnění bylo jednoznačně ze strany Úřadu namístež přistoupit ke zjišťování relevantních informací o trhu s předmětnými licencemi. Z tohoto průzkumu přitom jednoznačně vyplynulo, a obviněný

to v rámci rozkladu nijak nerozporuje, že množina dodavatelů schopných nabídnout licence v rámci multilicenčního programu MPSA je podstatně menší než množina dodavatelů, kteří mohou poskytnout doplňkové služby popsané v příloze č. 1 návrhu smlouvy. Obě tyto skupiny se částečně překrývají, což má za následek stav, ve kterém existují dodavatelé schopni poskytnout celý předmět plnění (dodávku licencí i doplňkové služby), pokud by však došlo k rozdělení dvou diskutovaných částí, minimálně pro jednu z nich by tím výrazně narostl počet potenciálních dodavatelů. Tím byl jednoznačně potvrzen první předpoklad Úřadu zopakovaný v bodě 14 písm. a) tohoto rozhodnutí, tedy vymezení předmětu natolik široce, že jej může dodávat pouze omezený počet dodavatelů, zatímco jeho části by jich bylo schopno dodat více dodavatelů.

34. Z odpovědí dotazovaných subjektů, a především společnosti Microsoft, získal Úřad dostatečné informace i stran druhého předpokladu [viz bod 14 písm. b) tohoto rozhodnutí], dle kterého není technický ani ekonomický důvod poptávat plnění jako jediné společné. Především tyto závěry obviněný rozporuje v rámci námitek rozkladu, jak však již bylo uvedeno výše, sám se protichůdností svých tvrzení z jejich nepravdivosti usvědčuje. Obecně lze sice jistě tvrdit, že dodávka licencí se službami spočívajícími v nainstalování a provozu získaných programů souvisí, to však nikoliv tak úzce, aby tím bylo dostatečně odůvodněno společné poptávání v rámci jediného celku. Oddělitelnost a možnost samostatného zajištění zásadně potvrzuje setrvalý poukaz obviněného na to, že doplňkové služby není dle znění smlouvy povinen odebrat a bude pouze na něm, zda tak skutečně učiní.
35. Jak současně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, pokud některý z dotázaných dodavatelů poukázal na výhodnost zajištění dodávky i služeb jediným dodavatelem, odůvodnil to pouze usnadněním komunikace pro zadavatele, neboť by bylo nutno se obracet toliko na dodavatele jediného. Takové pozitivum však v žádném případě nemůže být takovým důvodem, který by převážil nad zájmem o zachování co nejširší hospodářské soutěže. Obviněný přitom ani blíže nepopsal, v čem konkrétním by měla spočívat jakákoliv další nevýhoda při dodávce dvěma odlišnými subjekty, pouze obecně uvedl, že rozdělení není v jeho oprávněném technickém a ekonomickém zájmu.
36. Pokud obviněný dále poukazoval na bezpečnostní a funkční hledisko, jedná se taktéž o ničím bližším nedefinované odůvodnění, které je v rozporu s tím, co uvedly dotazované subjekty a společnost Microsoft. Jmenovaná bezpečnost a funkčnost bezesporu souvisí s výběrem dodavatele, nikoliv však se spojením do jediného předmětu plnění. Současně tento argument opět postrádá smysl v okamžiku, kdy obviněný zároveň uvádí, že doplňkové služby, které by jím tvrzenou bezpečnost a funkčnost měly zajišťovat, možná ani požadovat nebude. K zajištění jmenovaných kvalit plnění slouží jiné nástroje, které jsou obviněnému jakožto zadavateli dány zákonem k dispozici. V neposlední řadě ani obviněným zmíněná eliminace rizika zvýšených nákladů na údržbu a servis není ničím podložena, ze zjištění provedeného dotazování nevyplývá, a naopak lze očekávat, že při existenci širší hospodářské soutěže s možností zapojení dodavatelů, kteří se soustředí pouze na poskytování doplňkových služeb, dojde ke snížení nabídkových cen.
37. V rozkladu obviněný také tvrdí, že Úřad nevzal v potaz obchodní hledisko, tedy jaký by byl postoj dodavatelů, pokud by měli reálně nabízet (tzn. podat v přezkoumávané veřejné zakázce nabídku) jen doplňkové služby. V rámci dotazů na relevantní subjekty však bylo Úřadem zjištěno, že dodání licencí a doplňkové služby jsou plnění na sobě nezávislá, v obou případech

dodávaná rovněž samostatně, přičemž okruh dodavatelů pouze doplňkových služeb je širší než okruh těch, kteří dodávají tyto služby i multilicenční program MPSA. V případě rozdělení veřejné zakázky na části tak nic nebrání dodavateli podat nabídky do obou těchto částí a úvaha obviněného proto vzhledem ke zjištěné situaci na trhu nedává rozumného smyslu.

38. Na místě je vyjádřit se rovněž k argumentaci obviněného ohledně požadavku prvotních licencí, která zabírá v rámci rozkladu nezanedbatelné místo. Pro účely posouzení věci předsedou Úřadu v řízení o rozkladu je však třeba konstatovat, že jde o argumentaci zcela mimoběžnou, neboť se shledaným porušením zákona obviněným nespojuje. Tím není současně argumentace obviněného stran této rozdílné problematiky potvrzována, nýbrž je pouze nutné poukázat na to, že poptávka výhradně prvotních licencí nebyla v tomto řízení obviněnému vytýkána. Odůvodnění spojení nákupu licencí a zajištění fakultativních doplňkových služeb však nemá s právní otázkou pořízení prvotních nebo druhotných licencí žádnou argumentační souvislost. Obviněný v rozkladu nepřímou cituje celé pasáže z rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ, toto rozhodnutí se však týkalo právě otázky, zda byl zadavatel oprávněn požadovat plnění pouze prostřednictvím prvotních licencí, o což se však ve zdejších případech nejedná.
39. Argumentuje-li obviněný, že se na něj nevztahuje § 101 zákona, který upravuje postup při zadávání veřejné zakázky rozdělené na části, pak je třeba uvést, že mu Úřad nevytýká nedodržení tohoto zákonného ustanovení. Postup dle tohoto ustanovení byl pouze jednou z možných variant, ke které mohl zadavatel sáhnout, aby se vyhnul situaci, že dodavatelé budou muset podat nabídku na jeden nepřiměřeně široce vymezený předmět plnění, což může mít za následek, že se někteří dodavatelé soutěže nezúčastní.
40. V poslední řadě je potřeba uvést, že obviněný v podaném rozkladu nebrojil proti výrokům II a III napadeného rozhodnutí, předseda Úřadu tudíž přezkoumal výši uložené pokuty a náklady řízení pouze s ohledem na ustanovení právních předpisů a neshledal jejich rozpor se stanovenými pravidly. Úřad správně určil horní hranici pokuty, kterou bylo v daném případě možno uložit, zabýval se otázkou případného zániku odpovědnosti za přestupek, při výměře pokuty zohlednil všechny aspekty spáchaného přestupku, které dle zákona o přestupcích zohlednit měl, zohlednil nastalé polehčující okolnosti, zabýval se rovněž otázkou dopadu uložené pokuty do majetkové sféry obviněného (otázka likvidačního charakteru pokuty) a také otázkou, zda není spáchaný přestupek v souběhu s jiným přestupkem. Jak v otázce pokuty, tak v otázce nákladů řízení uvedl relevantní právní ustanovení, která na věc příležitostně aplikoval. V podrobnostech lze odkázat na body 88 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

41. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správním řádem, bylo namísto potvrdit napadené rozhodnutí a podaný rozklad zamítnout.
42. Obviněný se tím, že zadal veřejnou zakázku jako jediné společné plnění, dopustil přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, neboť se nejednalo o technicky ani ekonomicky úzce související plnění a při rozdělení zakázky by byl rozšířen počet potenciálních dodavatelů, kteří by byli schopni minimálně jednu část dodat/poskytnout. Úřad v rámci správního řízení náležitým způsobem zjistil skutkový stav věci, přičemž obviněný nepřednesl v rozkladu takové

argumenty, které by mohly zvrátit závěry učiněné Úřadem. Pokuta byla stanovena v souladu se zákonem, přičemž obviněný proti její výši v rozkladu žádným způsobem nebrojil.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. David Karabec, MPA, LL.M., Na stráži 1306/5, 180 00 Praha 8

Vypraveno dne

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