



UOHSX00G08YW

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0037/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12744/2022/163

Brno 22. 4. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 3. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Proconom Software, s.r.o.**, IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 3. 2022, č. j. ÚOHS-07473/2022/500, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „**Podpora a rozvoj ASPE**“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ, č. j. ÚOHS-07473/2022/500 ze dne 1. 3. 2022

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) 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, obdržel dne 11. 11. 2021 návrh navrhovatele – Proconom Software, s.r.o., IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „Podpora a rozvoj ASPE“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy (dále jen „**dynamický nákupní systém**“ nebo „**DNS**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 11. 11. 2021 (dále jen „**návrh**“) bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Navrhovatel v návrhu namítal, že zadávací podmínka podle čl. 2.1.4 zadávací dokumentace spočívající v tom, že „*[p]oskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů z rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace*“, je v rozporu se zásadou transparentnosti i zásadou zákazu diskriminace. Podle navrhovatele záleží na libovůli soukromého subjektu – IBR Consulting, s.r.o., IČO 25023446, se sídlem Sokolovská 352/215, 190 00 Praha 9, (dále jen „**IBR**“) – zda poskytne zájemci informace o podmínkách vstupu do partnerského programu. Zadávací podmínky podle čl. 7) písm. c) (oprávnění k prodeji a podpoře produktů ASPE) a d) (certifikace alespoň jedné osoby v realizačním týmu) zadávací dokumentace navrhovatel taktéž považuje za rozporné se zákonem. Má se jednat o skrytou

kvalifikaci a nejedná se o doklady, které může zadavatel požadovat k prokázání způsobilosti. Podle navrhovatele se jedná o certifikáty prokazující partnerství, o nichž Úřad již dříve rozhodoval. Požadované oprávnění k prodeji přesahuje předmět DNS. Zadavatel není vlastníkem zdrojových kódů a vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR, o jejichž členech rozhoduje subjektivně právě společnost IBR. Čl. 9.5.5 zadávací dokumentace je dle navrhovatele nezákonný, neboť zadavatel nemůže v případě společné účasti vyžadovat přísnější úroveň kvalifikace než u jednotlivých dodavatelů. Předmět plnění DNS není podle navrhovatele běžným, obecně dostupným zbožím, službou nebo stavební prací, tedy jde o rozpor se zákonem.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 1. 3. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ, č. j. ÚOHS-07473/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl tak, že se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad nejprve konstatoval, že podání navrhovatele ze dne 11. 11. 2021 posoudil jako návrh, který byl podán včas. Zároveň však upozornil, že k pozdějším dokumentům doplňujícím návrh nepřihlížel. Podle Úřadu není zadávací podmínka čl. 2.1 zadávací dokumentace neurčitá a netransparentní. Ani neveřejnost podmínek vstupu do partnerské sítě společnost IBR nečiní zadávací řízení méně transparentní. Možnost vstupu do partnerské sítě společnosti IBR není pro jiné dodavatele nijak vyloučena. O opaku nesvědčí specifická a ojedinělá pozice navrhovatele. Zadavatel nevytvořil stav exkluzivity. Společnost IBR je sice dodavatelem původního produktu, ale zadávací podmínky nenarušují zásadu zákazu diskriminace v tom ohledu, že by dosavadního dodavatele zvýhodňovaly nezákonným způsobem. Zadavatel bezdůvodně neomezil účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, ani bezdůvodně nezaručil konkurenční výhodu společnosti IBR či dodavatelům z této partnerské sítě. Zadavatel sice při stanovení čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace nedodržel dikci § 104 zákona, s ohledem na možnost zapojení se do DNS po celou dobu jeho trvání však Úřad neidentifikoval konkrétní újmu způsobenou postupem zadavatele. Požadavek na oprávnění k prodeji produktů ASPE nijak zjevně nepřekračuje možný předmět plnění poptávaný v DNS. Úřad taktéž nepřisvědčil námitce, že by se v případě služeb softwarové podpory a rozvoje nejednalo o služby běžně dostupné.

III. Rozklad navrhovatele

6. Dne 15. 3. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 1. 3. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Zadávací podmínka podle čl. 2.1.4 zadávací dokumentace je podle navrhovatele stanovena diskriminačně, neboť je založena na neobjektivně stanovených podmínkách soukromého subjektu. Tyto podmínky nejsou veřejně dostupné. Jedná se také o neurčitou podmínku, která nedává jasný návod pro způsob jejího prokázání, a tedy podmínku i v rozporu se zásadou transparentnosti. Navrhovatel odkazuje na svoji žádost z května 2021, kdy žádal o sdělení

podmínek vstupu do partnerské sítě a kdy měl být odmítnut. Podle navrhovatele nebude potenciální dodavatele schvalovat zadavatel, ale společnost IBR.

8. Podle navrhovatele zadavatel začlenil do zadávacích podmínek podmínky skryté, když soukromý subjekt na základě předem neznámých pravidel rozhoduje o tom, kdo bude skutečně účastníkem DNS. Zadavatel se měl vzdát kontroly nad průběhem zadávacího řízení. Neexistuje obrana proti odmítnutí stát se součástí partnerské sítě společnosti IBR.
9. Ze strany společnosti IBR nebyla vůči navrhovateli podána žádná žaloba na ochranu autorského práva, tedy neprobíhá žádný soukromoprávní spor. Úřad se však s tímto tvrzením spokojil a uzavřel, že se jedná o mimořádnou okolnost. Podání trestního oznámení není relevantní. Vztah navrhovatele a společnosti IBR vykazuje znaky, které by se daly označit za obdobné podjatosti – značně komplikují objektivitu při běžném styku. Ani v případě nepravomocného odsouzení nedává zákon zadavateli možnost účastníka zadávacího řízení vyloučit. Taková možnost není ani v případě soukromoprávního sporu.
10. Navrhovatel namítá rozpor zadávacích podmínek podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace se zákonem. Podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace musí žádost předložená dodavatelem obsahovat alespoň:

„c) doložení dokladu, ze kterého jasně vyplývá, že dodavatel je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe®, a

d) prokázání, že alespoň jedna osoba v realizačním týmu dodavatele uvedená v čl. 9.4 této zadávací dokumentace disponuje platnou certifikací Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin.“

Zadavatel měl těmito podmínkami nedovoleným způsobem omezit okruh potenciálních dodavatelů. Obě podmínky jsou skrytou kvalifikací, které nejsou obsaženy ve výčtu dokladů, které zadavatel může požadovat k prokázání kvalifikace. Podle navrhovatele se v případě podmínky podle čl. 7 písm. c) jedná o doklad obdobný dokladům, které byly předmětem rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv ze dne 10. 2. 2021. Tato kvalifikace má být nezákonná. Doklad je podmíněn partnerstvím se společností IBR. Úřad v uvedeném rozhodnutí nezkoumal míru požadovaného partnerství, ale požadavek jako takový. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal námitku nezákonného požadavku na certifikaci podle čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace. Požadavek podle čl. 7 písm. c) je podle navrhovatele nezákonný také proto, že přesahuje rámec předmětu DNS, když je v něm obsaženo i oprávnění k prodeji produktů ASPE.

11. Odůvodnění Úřadu je v rozporu s jeho dřívější praxí. Zadavatel si nemohl ex post stanovit zadávací podmínky za souladné s § 104 písm. a) zákona. Každá podmínka v zadávací dokumentaci musí být podřaditelná pod zákon. Zpětné přiřazování je v rozporu minimálně se zásadou transparentnosti. K nutnosti jasně deklarovat, co zadavatel požaduje a jak s ohledem na zákon hodlá s daným požadavkem nakládat, cituje navrhovatel rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-09154/2019/531/MHo a č. j. ÚOHS-S0007/2016/VZ-00419/2016/522/JKr ze dne 5. 1. 2016.
12. Doklad podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace ani nemůže být požadován v souladu s § 104 písm. a) zákona. Doklad se vztahuje k osobě dodavatele, nikoliv k plnění. Požadavek na partnerství je svým charakterem požadavkem na kvalifikaci, jak vyplývá z citovaného

rozhodnutí. I v tomto případě zadavatel požaduje uzavřenou partnerskou smlouvu. Zařazení podmínek dle § 104 písm. a) zákona v žádosti o účast nemá oporu v zákonu. Možnost vstoupit do DNS v průběhu jeho trvání nic nemění na tom, pokud by byly podmínky od počátku nastaveny v rozporu se zákonem.

13. Zadavatel je podle navrhovatele jako uživatel díla ASPE v situaci, kdy je zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Taková situace je učebnicovým příkladem tzv. vendor lock-in. Zadavatel není vlastníkem zdrojových kódů produktů ASPE a nemůže s tímto softwarovým vybavením disponovat tak, aby neomezoval soutěžní prostředí. Zadavatel nevyužil získání zdrojových kódů, a tedy umožnění otevřené soutěže, ačkoliv tak dle smlouvy ze dne 12. 7. 2018 se společností IBR učinit mohl. Zadavatel tak vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách vůbec nevěnoval vztahu mezi ním a společností IBR a tuto skutečnost pominul i Úřad.
14. Úřad podle navrhovatele říká, že pokud je zde původní dodavatel systému, který je potřeba dále 10 let spravovat a rozvíjet, pak je v pořádku, že tento původní dodavatel systému ovlivňuje, kdo získá veřejnou zakázku.
15. Požadavek podle čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace je v rozporu se samotnou podstatou společné účasti. Důvodem, proč dodavatelé tvoří tzv. sdružení dodavatelů, je totiž nemožnost plnit předmět veřejné zakázky samostatně. Dodavatelé při společné účasti však podle zadávacích podmínek museli splňovat daný požadavek jednotlivě. To je v rozporu s § 82 a § 84 zákona. Úřad se tímto v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval. Úřad pouze v bodě 132 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že dosavadním účastníkům tento požadavek nebránil podat žádost o účast. Takový závěr je ovšem nepřezkoumatelný, neboť skutečnost, že některá podmínka bránila potenciálním účastníkům se do zadávacího řízení přihlásit, nemůže být zhojena pouze doptáním se těch, kterým nebránila.
16. Navrhovatel namítá, že DNS může zadavatel zavést pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací, což není podpora a údržba programového vybavení ASPE, která je zatížena tolika podmínkami, jako jsou certifikace, partnerské podmínky a oprávnění prodávat produkty ASPE. Úřad sice dospěl k tomu, že se o běžné služby jedná, ale v bodě 135 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že pokud by tyto služby byly pořizovány v jiném „standardním“ zadávacím řízení, nebylo by možné považovat postup zadavatele za souladný se zákonem. Potvrzení závěrů Úřadu by mohlo znamenat, že zadavatelé budou využívat dynamický nákupní systém v rozporu se zákonem, budou přes něj pořizovat ne zcela běžné zboží či služby, a navíc by nemuseli dodržovat pravidla, která by museli dodržovat např. v užším nebo otevřeném řízení pro uzavření rámcové dohody, kterou by výše uvedené služby také šly pořídít. Závěry Úřadu nejsou v souladu s důvodovou zprávou a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.

Závěr rozkladu

17. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

18. Dne 28. 3. 2022 doručil zadavatel Úřadu vyjádření k rozkladu navrhovatele. Zadavatel uvedl, že nedílnou součástí předmětu plnění je zajištění nezbytného právního, organizačního a technického rámce, což garantuje partnerský program společnosti IBR. Výsledkem zadávacího řízení je vytvoření užšího okruhu dodavatelů, u kterých bude postaveno najisto, že mohou realizovat plnění, neboť disponují mimo jiné autorskoprávním oprávněním pro práci s programovým vybavením ASPE. Zadavatel se dále vyjádřil k zákonnosti zadávací podmínky podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace, přičemž má za to, že § 104 písm. a) zákona jeho postup aprobuje. Zadavatel odkázal na odpovědi na otázky z 1. metodického dne Úřadu ze dne 18. 3. 2021¹, přičemž i tímto má být potvrzena možná aplikace § 104 písm. a) zákona. Zadavatel cituje rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-33258/2021/500/Alv ze dne 4. 10. 2021, ve kterém spatřuje analogii k právě řešené věci, když dle zadavatele ani požadavek na originalitu plnění není výslovně připuštěn v žádném ustanovení zákona (obdobně jako aktuální požadavek), přesto jej Úřad i předseda Úřadu označili za zákonný.
19. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

20. 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

21. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dospěl jsem k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

23. Podle § 138 odst. 1 zákona může zadavatel zavést dynamický nákupní systém, kterým se pro účely zákona rozumí plně elektronický, otevřený systém pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací.
24. Důvodová zpráva k § 138 zákona uvádí: „*K výraznému posílení a rozvoji elektronického zadávání veřejných zakázek přispívá i využití dynamického nákupního systému. Tato plně elektronická forma zadávání veřejných zakázek umožňuje flexibilně reagovat na aktuální*

¹ Dostupné z www.uohs.cz/download/Metodicke_dny/Metoden1_2021_03_18_dotazy.pdf

potřeby zadavatele při pořizování obecně dostupných komodit a umožňuje opakovaně zadávat veřejné zakázky, pro které byl zaveden dynamický nákupní systém.“

25. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**zadávací směrnice**“) pak v článku 34 uvádí, že *„pro uskutečňování nákupů pro běžnou potřebu, jejichž vlastnosti vzhledem k běžné dostupnosti na trhu splňují požadavky veřejných zadavatelů, mohou veřejní zadavatelé využívat dynamický nákupní systém“*. K dynamickému nákupnímu systému dále zadávací směrnice co do důvodů zavedení v bodu 63 preambule uvádí: *„Tato technika nákupu dává veřejným zadavatelům k dispozici širokou škálu nabídek, což zajistí optimální využití veřejných finančních prostředků díky rozsáhlé hospodářské soutěži v souvislosti s běžně užívanými již hotovými výrobky, stavbami nebo službami, jež jsou na trhu běžně k dispozici.“*
26. Podle komentářové literatury je podstatou dynamického nákupního systému *„především zjednodušení opakovaného zadávání veřejných zakázek, jejichž předmět plnění je na trhu běžně dostupný, a zajištění široké soutěže o veřejnou zakázku mezi dodavateli. Mezi takové předměty plnění mohou spadat například kancelářské potřeby (papíry, tonery do tiskárny, klávesnice, monitory), běžné stavební práce (například opakované stavebně-montážní práce) či například překladatelské či tlumočnické služby. Výhodou uvedeného systému je výrazné snížení administrativní zátěže zadavatele a s tím spojená úspora veřejných prostředků.“* (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 795.). Dle jiné literatury pak mohou být předmětem dynamického nákupního systému ty veřejné zakázky, *„které zadavatel poptává periodicky a jejichž předmětem jsou běžně dostupná plnění, a nikoliv komplexní plnění. Nejčastějším případem komodit vhodných k zařazení do dynamického nákupního systému jsou plnění, která zadavatel poptává opakovaně a u kterých navíc dochází v čase k pohybu ceny (např. pohonné hmoty, kancelářské potřeby, běžně dostupné zboží z oblasti informačních technologií, běžné stavební výkony s obdobným předmětem apod.)“* (Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]*. Wolters Kluwer).
27. Podle čl. 2.1.2 zadávací dokumentace má být předmětem dílčích veřejných zakázek zadávaných v dynamickém nákupním systému mimo jiné *„poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE“*.
28. Podle dokumentu *„Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“*, který je podkladem zadávací dokumentace, je předmětem zajištění centrální údržby a podpory ASPE/MIP v resortu dopravy mimo jiné *„Aktualizace a modernizace Systému“*. Dále dokument uvádí, že *„[p]ovýšení softwaru (upgrade či modernizace) představuje podle chápání RO rozsáhlejší aktualizaci softwaru, která přidává významné nebo zcela nové vlastnosti a funkce programu nebo ho zásadně mění. Modernizace si kladou za cíl lepší stabilitu a vyšší výkon programu spolu s funkcemi, které v předchozích verzích nebyly k dispozici.“*
29. Úřad v napadeném rozhodnutí k návrhové námitce v bodu 141 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že i *„plnění softwarové podpory a další služby typické pro správu softwarových systémů (v tomto případě navíc ve vztahu ke komerčně dostupným produktům*

ASPE), tedy i činnosti IT specialistů působících v této oblasti, odpovídá pravidlu vyplývajícímu z § 138 odst. 1 zákona“. Úřad dále konstatoval, že „[j]e-li možné tímto způsobem poptávat software, je zároveň možné stejným způsobem zajišťovat jeho následnou podporu a servis.“

30. Úřad se v napadeném rozhodnutí, konkrétně v již zmíněném bodu 141 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zabýval ve vztahu k posouzení předmětu dynamického nákupního systému spíše podporou a servisem programového vybavení, nikoliv jeho rozvojem, který byl taktéž předmětem plnění v rámci dílčích zakázek zadávaných v DNS. Odůvodnění Úřadu tak směřuje právě k podpoře, údržbě či servisu a rozvoj programového vybavení je k těmto službám připojován a dále neposuzován samostatně, byť naopak svou složitostí vyčnívá. Rozvoj programového vybavení je totiž zcela odlišným plněním, které zákonné požadavky podle § 138 odst. 1 zákona nemůže naplnit a které nelze shrnout do jedné kategorie s prostým servisem systému.
31. Nemohu proto souhlasit s Úřadem, že by se v případě rozvoje programového vybavení jednalo o běžnou službu. Rozvojem programového vybavení dodavatel bude na základě požadavků zadavatele měnit či rozšiřovat funkcionality stávající verze softwaru, což je vysoce individualizované plnění, které v žádném případě nelze označit za běžné. Již jen samotná fáze, při které zadavatel specifikuje své požadavky na rozvoj systému, často obsahuje složitou komunikaci, ladění vzájemných představ, možných výsledků. Dále pak jde ale především o fázi realizace, návrhu výsledku, testování, nasazování a dalších úkonů, které dané plnění dělají složité a nemožné k označení spojením „běžná služba“. Jak vyplývá z bodu 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí, rozvoj systému či jeho modernizace v tomto případě znamená přidávání významné nebo zcela nové vlastnosti a funkce programu nebo její zásadní změnu. Ve vztahu ke konkrétnímu informačnímu systému tak rozvoj vyžaduje kreativitu a může být i personálně náročný. K tomu přistupuje i rychlost, s jakou je možné požadavek na rozvoj systému vyřídit. Zcela jistě se také jedná o plnění komplexní, které není opakované ve smyslu zaměnitelnosti.
32. Sám zadavatel pak předmět plnění zařadil do klasifikace společného slovníku pro veřejné zakázky mimo jiné pod č. 72262000-9 „Vývoj programového vybavení“. Je zřejmé, že vývoj programového vybavení (či obecně informačního systému) nemůže být běžnou záležitostí, neboť, jak již bylo uvedeno, jde o vysoce kvalifikovanou službu reagující na konkrétní požadavky zadavatele nikoliv běžného charakteru.
33. Rozvoj programového vybavení není ani službou typickou pro správu softwarového systému, tedy součástí kategorie, do které jej Úřad zařadil. Správou systému může být podpora i servis, ale nemůže jí být rozvoj (vývoj). Správa totiž v sobě zahrnuje starost o současný stav, nikoliv jeho změnu a vylepšování (modernizaci).
34. Úřad ani neodůvodnil, jak dospěl k závěru, že lze v dynamickém nákupním systému poptávat software. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí především nelze poznat, zda je myšlena koupě software, tedy dodávka ve smyslu zákona, či vývoj nového software podle požadavků zadavatele. Zatímco v prvním případě by se o předmět dynamického nákupního systému jednat mohlo, ve druhém již nikoliv, a to ze stejných důvodů, jako v tomto případě nelze v dynamickém nákupním systému poptávat ani rozvoj programového vybavení.
35. Výše uvedený závěr a priori nevylučuje zavedení dynamického nákupního systému ve vztahu k IT službám. Podpora a údržba informačních systémů mohou být dle mého názoru typickým příkladem služby, kterou lze zadávat v dynamickém nákupním systému (byť konkrétní

skutkové okolnosti mohou být příčinou nemožnosti i tyto služby zadávat v dynamickém nákupním systému). Jedná se totiž především o službu obecného rázu, službu spíše opakovanou. Dynamický nákupní systém však nelze využívat k zajištění tak specifického plnění, jako je v tomto případě rozvoj či vývoj software, neboť to neodpovídá znění § 138 odst. 1 zákona.

36. Závěrem uvádím, že je obtížné stanovit přesnou linii a obecně určit, které plnění běžným je a které už nikoliv, aby byla naplněna dikce zákona. K tomu lze pro ilustraci uvést citaci ze zahraniční odborné literatury: „*Thus such a system may only be used for purchases that are ,commonly used' and which meet the procuring entity's requirements ,as generally available on the market' – that is, apparently, without adaptation for the entity's use. (...) This definition gives rise to a number of uncertainties, such as the extent of use by other entities that is required for a product to be considered in common use*“ (Sue ARROWSMITH. *The law of public and utilities procurement. Regulations in the EU and UK. Volume 2. Third Edition. Sweet & Maxwell, 2018, s. 669*). (Volně přeloženo předsedou Úřadu: Takový systém může být použit pouze pro nákupy „běžně užívaného“ zboží, které splňuje požadavky zadavatele jako „obecně dostupné na trhu“ – tj. bez úprav pro potřeby konkrétního zadavatele. (...) Tato definice vyvolává řadu nejasností, jako je nutný rozsah použití jinými subjekty, aby mohl být výrobek považován za běžně používaný.). Je zřejmé, že se od zavedení dynamického nákupního systému posunulo vnímání tohoto institutu a s tím i zboží, které v něm zadavatelé poptávají. Tomu odpovídá i starší komentářová literatura typicky zmiňující kancelářské potřeby, pohonné hmoty či dodávky z oblasti informačních technologií. Aktuálně je tak dynamický nákupní systém využíván například i na opakující se běžné právní služby. Rozvoj informačního systému však dle mého názoru překračuje i tuto nejasnou hranici, proto není možné jej v dynamickém nákupním systému poptávat.
37. Samostatnou otázkou pak je, zda může být rozvoj programového vybavení ASPE považován za obecně dostupnou službu. V případě programového vybavení ASPE se jedná o specifické plnění poskytované pouze společností IBR. Pro možnost jejího poskytování je navíc nutné, aby byl dodavatel zapojen v partnerském programu společnosti IBR, což samo o sobě může vylučovat obecnou dostupnost. Není rozhodné, že partnerský program není za splnění podmínek uzavřen a zda společnost IBR ovlivňuje, kdo může do partnerského programu vstoupit. Pokud není služba, kterou zadavatel poptává v dynamickém nákupním systému obecně dostupná, nemůže být v dynamickém nákupním systému poptávána. Jednoznačná odpověď na tuto otázku však není nezbytná, neboť jsem již výše shledal důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí. Jak také uvádí komentářová literatura, „*musí jít především o plnění, jež lze na trhu poptávat a jež je možné bez spolupůsobení jakýchkoliv zvláštních podmínek dodat. Musí tedy jít o takové plnění, které nevykazuje žádná specifika, nevyžaduje si zvláštní proceduru pro přípravu ani pro vlastní realizaci.*“ (Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]*. Wolters Kluwer).
38. Uzavírám, že Úřad nesprávně vyhodnotil námitku navrhovatele týkající se zákonnosti předmětu plnění dynamického nákupního systému. Vázán výše uvedeným právním názorem tak Úřad znovu posoudí, zda lze postup zadavatele spočívající v poptávání služeb rozvoje programového vybavení ASPE v dynamickém nákupním systému (a obecně stanovení předmětu dynamického nákupního systému) považovat za souladný se zákonem.

VI. Závěr

39. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Proconom Software, s.r.o., Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec

Vypraveno dne

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