



UOHSX00E8DVE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0325/2020/VZ

Brno 15.12.2020

Číslo jednací: ÚOHS-40365/2020/500/ISo

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 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-zadavatelu/detail/Z0003945/zakazka/351711> dne 2. 7. 2020 pod systémovým číslem P20V00177435,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – PREDNY SLM s.r.o., IČO 07972571, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno – se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších

předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.

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 nevyužitě/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 nevyloučil 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 nevážnou 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 „použité“ 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 stěžejí 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 zaplácena 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 neopoteřovává, 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 můžou 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 prvním 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 „použití“ 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 připuštění 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 „použití“ 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 „použití“ 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 újmý.
48. Dle zadavatele jsou tak licence „nové“ a „použití“ 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 pouze 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 dostat 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 se závěry uvedenými v zaslaném 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 jejích 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. Dne 19. 10. 2020 obdržel Úřad odpověď společnosti Solitea, a.s. z téhož dne, v níž sdělila, že se sama primárně licencemi nezabývá a nakupuje je od společnosti D A Q U A S spol. s r.o., pročež uvedla, že by bylo vhodnější se s dotazy obrátit právě na tohoto dodavatele.
63. Dne 21. 10. 2020 Úřad obdržel přípis od společnosti AUTOCONT a.s. ze dne 20. 10. 2020, a to ve formě omluvy, že v současné době nedisponuje kapacitami pro zajištění kvalitní odpovědi

na dotazy Úřadu. Dne 22. 10. 2020 obdržel Úřad odpověď společnosti Fujitsu Technology Solutions s.r.o. ze dne 20. 10. 2020 též s omluvou, že v současné době nemá odborné kapacity na zodpovězení dotazů Úřadu.

Stanovisko společnosti T-Mobile Czech Republic a.s. ze dne 23. 10. 2020

64. Dne 23. 10. 2020 obdržel Úřad odpověď společnosti T-Mobile Czech Republic a.s. z téhož dne. Předmětná společnost úvodem své odpovědi mj. uvedla, že typickým pochybením, které může vzniknout již při prodeji, je nedodržení smluvních podmínek velkoobjemového licencování zakotveného v multilicenční smlouvě. Například licence pořízené v rámci některých smluv Open musí být dle ní převáděny pouze a výhradně jako celá smlouva dohromady, protože je nelze oddělit nebo vyčlenit. Dle dané společnosti mohou vzniknout adekvátní pochybnosti o tom, jakým způsobem je zde uvedené doloženo u prodejce druhotné licence.
65. Společnost uvedla, že rizika a nejistoty související s prokazováním legálního užívání (ve smyslu legálního užívání software koncovými uživateli a organizacemi) jsou v případě pořízení druhotné licence vysoká. Domnívá se, že je proto na zodpovědnosti každé organizace, aby si vyhodnotila formu pořízení licencí, a to i z hlediska možných rizik. U některých svých odpovědích společnost dodala, že by bylo možné se s dotazem obrátit přímo na výrobce.
66. Daná společnost považuje za stěžejní, aby byly u všech produktů při prodeji licencí z druhé ruky dostupné veškeré prostředky nejen pro instalaci, ale i k legálnímu užívání. U multilicencí dle ní platí, že např. instalační, respektive aktivační, klíče jsou vázány ke konkrétní platné multilicenční smlouvě a že tyto klíče se na základě existence a platnosti smluv rovněž generují. Předmětné společnosti se proces mimo platnou smlouvu jeví jako neschůdný, ne-li nemožný.
67. Na dotaz Úřadu, zda je možné označit licence nové a druhotné, (tj. použité, získané z volného trhu na základě přeprdeje licencí) vztahující se k produktům uvedeným v zadávacích podmínkách, za zcela identické či mezi nimi vznikají rozdíly, společnost uvedla, že dané licence lze u některých jejich typů označit jako identické co do formy užití. Zároveň však dodala, že u RDS CALu je nezbytná aktivace CALu prostřednictvím aktivní multilicenční smlouvy náležející koncovému uživateli či subjektu, jenž zastřešuje koncového uživatele k samotnému spuštění (užití). U ostatních licencí typu CAL si společnost není jista, zda je možný přeprdej práva k užívání.
68. K dotazu, zda se licence nové a druhotné liší pro uživatele z hlediska své funkčnosti, uvedla, že RDS CAL není možné zakoupit jako druhotnou licenci, neboť nepůjde zaktivovat bez aktivní smlouvy Microsoft, přičemž má též pochybnosti o přeprdeji CALů obecně. Dle názoru společnosti se tedy lišit mohou. V rámci RDS CALů se též kloní k závěru, že na uživatele druhotné licence patrně nemusí vždy přecházet stejná práva, jaké měl prvotní nabyvatel licence.
69. Uživatel druhotné licence dle společnosti ztrácí nárok na podporu poskytovanou v rámci vybraných multilicenčních programů LSP (Licensing Solution Provider) partnerem, kdy se jedná např. o bezplatný přístup k hotline. Společnost dodala, že druhotné licence nelze přeprdat se Software Assurance, neboť se jedná o nepřenositelné benefity v rámci

aktivních multilicenčních smluv s omezenou dobou platnosti, které jsou dle jejího názoru fixovány výhradně na prvního nabyvatele licence.

70. Na dotaz, zda se liší rozsah následné správy poskytnutých uživatelských práv ze strany výrobce u licencí nových a druhotných společnost uvedla, že druhotné licence se např. nezobrazují na VLSC stránkách tomu, kdo je jako druhotnou licenci pořídil. Předpokladem dle ní je, že neproběhl oficiální převod licencí, tudíž bude následná správa ze strany výrobce stále aktivní na prvotního nabyvatele. Dalším omezením správy výrobce má být správa klíčů, tedy u druhotných licencí může nastat problém s klíči a jejich aktivací (viz výše zmíněné RDS CALy) a nemusí být ani možné nechat si další instalační klíče vygenerovat.
71. Společnost připouští, že uživatelé druhotných licencí se mohou reálně potýkat s obtížemi při jejich aktivaci a užívání. Uvedla, že u licencí zakoupených v rámci multilicenčních smluv poskytuje společnost Microsoft klíč na konkrétní počet instalací. V případě, že jsou všechny klíče využity, např. z důvodu reinstalací, zákazník může požádat o vygenerování klíčů dalších. U druhotných licencí to však dle ní nelze, přičemž u RDS CALů je dle jejího názoru zcela nemožné CAL u druhotné licence aktivovat. U ostatních licencí pak může dojít k nepředání správného klíče, k neodinstalování klíče, k použití např. NFR, EDU, TEST či jiných nevhodných aktivačních klíčů, pročež by instalace mohla proběhnout, avšak za situace aniž by uživatel při aktivaci zjistil či mohl ověřit u všech předchozích uživatelů či u prodejce, zda tak bylo učiněno v souladu s uživatelskými právy výrobce.
72. Společnost se také domnívá, že mohou nastat situace, kdy je uživateli druhotné licence tato licence odejmuta, a to v případě, kdy uživatel druhotné licence dostatečně nedoloží, že je ve všech bodech užívána v souladu s uživatelskými právy výrobce. Mnohem závažnější a složitější je však dle ní prokázání legálního nabytí druhotné licence uživatelem. Každý výrobce a jím pověřený audit má totiž definovaný set dokladů, jimiž je nabyvatel povinen prokázat legálnost nabytí, kupř. se jedná o instalační klíč, hologram na smlouvě či o identifikaci koncového uživatele. Zjistí-li se např. v rámci auditu či jiné kontroly prováděné výrobcem (jím pověřeným subjektem a/nebo příslušným správním úřadem), že instalační klíč, jenž byl zákazníkovi poskytnut, je využíván i předchozími nabyvateli licence, budou tyto licence považovány za neplatné, neboť dle společnosti nebyla splněna podmínka, že původní licence již není využívána.
73. Daná společnost se tak domnívá, že je na zodpovědnosti uživatele, jaké licence zakoupil, a zda je zakoupil správně. V případě, kdy je prokázáno, že původní licence je stále využívána, je druhotná licence považována za neplatnou a bude dle jejího názoru třeba zakoupit licenci znovu. Uživatel druhotné licence tedy nese plnou odpovědnost za to, jaké licence, v jakém licenčním programu a od koho zakoupil. V případě nedostatečného prokázání, že užívání a pořizování software je v souladu s pravidly výrobce, jsou dle předmětné společnosti nápravnými opatřeními zejména povinnost poříditi licenci znovu a uhraditi vzniklou škodu.
74. Ve vztahu k dotazu, zda lze nabýt (převzít) nové licence (multilicence) pouze prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů či zda existují i jiné způsoby, uvedla, že licence, respektive právo užití lze nabýt prostřednictvím smlouvy s výrobcem (s držitelem autorských práv). Prostřednictvím serverů společnosti Microsoft a jejich programů je definována správa licencí a její úroveň. U druhotných licencí se jedná o servery vybudované jejich dodavateli. Microsoft servery (VLSC, Business centrum) přitom

umožňují zákazníkovi instalaci širokého spektra produktů s možností downgrade (právo na užívání nižší verze produktu), reimagingu (přeinstalace stávajících instalací, vytváření vzorů instalací) a aktivace konkrétních produktů.

75. Na dotaz, zda je v případě existence jiných způsobů nabytí nové licence než prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů tento server rovněž nějak využíván, společnost uvedla, že je, k čemuž se odkázala na svá sdělení týkající se aktivace RDS CALů a generování nových instalačních klíčů.
76. Společnost se domnívá, že realizovat aktivaci nových licencí (multilicencí), jejich užívání a následnou správu poskytnutých uživatelských práv lze pouze prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů.
77. Daná společnost dále uvedla, že existuje i jiný licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem produktů než Volume Licensing Service Center (VLSC), a to např. Business centrum, Partner centrum, Explore.ms, POET, MOET a řada dalších. Identifikace jejich rozdílů se přitom kategorizuje dle typů licenčních programů, smluv, dle určení (partneři, zákazníci, správci), dle přenesení poskytované služby výrobcem (např. LSP), kategorie užití, typu produktů (OEM, embedded) a dalších parametrů.
78. Závěrem svého stanoviska společnost potvrdila, že jsou ze strany výrobce v případě nových licencí (multilicencí) stanoveny požadavky na prodej a distribuci, aby poskytování a správa licencí mohla probíhat prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů, které jsou definovány řadou smluvních dokumentů.

Stanovisko společnosti D A Q U A S spol. s r.o.

79. Dne 25. 10. 2020 obdržel Úřad nedatované vyjádření společnosti D A Q U A S spol. s r.o. Úvodem svého stanoviska předmětná společnost uvedla, že podle požadavků zadavatele se jedná o multilicenční řešení typu Microsoft Open License, pročež se domnívá, že stanovisko Evropského soudního dvora i vyjádření společnosti Microsoft ze dne 26. 4. 2017 nejsou pro daný případ relevantní, a to z následujícího důvodu.
80. Obě se týkají prodeje jednotlivých licencí získaných formou prodeje s kompletním sestaveným počítačem, krabicového balení (tzv. FPP – full packaged product) nebo tzv. medialess – elektronického klíče. Zadavatel však jednoznačně požadoval pořízení licencí nových včetně podpory výrobce, přičemž z popisu jednotlivých požadavků dle dotčené společnosti vyplývalo, že se jedná o licence Open License (OLP NL).
81. Společnost uvedla, že smlouva Open License je smlouvou mezi dvěma konkrétními stranami, kde na území EU/EFTA je jednou z nich Microsoft Ireland Operations, Ltd. a druhou zákazník. Dané společnosti přitom není známo žádné rozhodnutí, které by umožňovalo jedné smluvní straně převést jakoukoli smlouvu na jiný subjekt, třetí osobu, bez souhlasu druhé smluvní strany, pokud takový postup výslovně nedovoluje smlouva. Společnost se tak domnívá, že převést smlouvu a z ní vyplývající práva k užití software nelze.
82. Ve smlouvě Open License je dle společnosti jasně popsáno, za jakých okolností a jakým postupem může dojít k převodu licence, nikoli smlouvy, na jiný subjekt. Ačkoli to z principu povoleno není, existují dle předmětné společnosti výjimky, a to v souvislosti s převodem plně uhrazené časově neomezené licence na afilaci či na třetí stranu ve spojitosti s převodem

hardwaru nebo zaměstnanců, kterým byly licence přiřazeny, a to v rámci rozdělení afilace, divize afilace či fúze týkající se zákazníka nebo afilace.

83. Dle názoru dané společnosti se v předmětném případě však nejedná o výše popsané situace, protože dle ní nelze převod licence na cizí subjekt cestou prostého přeprodeje vůbec provést, neboť k němu společnost Microsoft souhlas neudělí.
84. Společnost uvedla, že Microsoft Open License poskytuje právo užívat software v rámci poskytnutí licencí tak, že společnost Microsoft uděluje zákazníkovi nevýhradní, nepřenositelná, celosvětová a omezená práva k instalaci a používání software a práva k přístupu a používání služeb online. Tato práva jsou podmíněna soustavným dodržováním podmínek smlouvy ze strany zákazníka a jeho afilací včetně plateb za produkty.
85. Společnost se tak domnívá, že jelikož v šetřeném případě nešlo o převod jednotlivých licencí, nýbrž o multilicenční smlouvu Open License, není již relevantní odpovídat na jednotlivé dotazy Úřadu. Dle společnosti by bylo lepší naopak některé nové položit, k čemuž uvedla následující.
86. Práva k užití software nabytá prostřednictvím smlouvy Open License platí pouze za předpokladu soustavného dodržování podmínek smlouvy. Oprávnění k licencím spočívá v online záznamu na stránkách VLSC. Jak by tedy dané oprávnění zadavatel prokazoval? Jak by zákazník v rámci pořízení získal přístup k instalačním sadám originálního a legálního software, jenž by byl dle smlouvy přístupný pouze držiteli smlouvy po přihlášení na stránky VLSC? Jak by zákazník získal produktové klíče, které jsou dostupné pouze skutečnému držiteli smlouvy Open na stránkách VLSC? Jak a u koho by zákazník uplatňoval záruku, která platí 1 rok od prvního nasazení produktu? Jak by zákazník v případě auditu prokazoval afilanční vztah k subjektu, jenž byl původní stranou smlouvy Open License? A v neposlední řadě především, jak by v případě auditu zadavatel prokazoval, že neexistuje žádná kopie daného software na cizích počítačích, že jsou dodržena všechna ustanovení navazujících licenčních ujednání (Product Terms) a zejména, že nedošlo ke zneužití produktových klíčů, obzvláště, že není překročen počet povolených (řádně nabytých) instalací?
87. Závěrem svého stanoviska společnost uvedla, že její odborný názor je, že nabídka „druhotného software“ zcela ignorovala požadované parametry na pořízení nových licencí formou Open License, tedy nevyhověla požadavku na korektní, legální licence k užití software.

Stanovisko společnosti ORBIT s.r.o. ze dne 26. 10. 2020

88. Dne 26. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření společnosti ORBIT s.r.o. z téhož dne, jehož úvodem daná společnost sdělila, že není licenčním specialistou na produkty Microsoft, ale je integračním partnerem, jenž předmětné produkty pouze prodává. Pro získání kvalifikovaných odpovědí se proto spojila s distributorem produktů Microsoft a jejich licenčním specialistou. Níže uvedené odpovědi dle ní byly připraveny licenčním specialistou produktů společnosti Microsoft.
89. Na dotaz, zda je možné označit licence nové a druhotné vztahující se k poptávaným produktům za zcela identické či mezi nimi vznikají rozdíly, společnost uvedla, že záleží na způsobu, jakým byly druhotné licence původním nabyvatelem pořízeny. Licence lze dle ní nakoupit několika způsoby, např. jako multilicence, krabicové řešení či OEM společně

s nákupem hardware. Licence tedy mohou mít jiná užívací práva, mohou být v jiných, nevyhovujících verzích, a mohou mít jiné jazykové mutace.

90. Ve vztahu k dotazu, zda se licence nové a druhotné liší pro uživatele z hlediska své funkčnosti (svým obsahem a rozsahem) společnost sdělila, že se lišit mohou, a to opět podle toho, jak byly původní licence pořízeny. Záleží pak na tom, jaká je skladba druhotných licencí. Podle zkušeností společnosti jsou druhotné licence obvykle přeprodány z několika různých původních smluv mezi zákazníkem a výrobcem, a to s různými smluvními podmínkami. K tomu dochází obvykle z důvodu počtu licencí, k čemuž společnost uvedla následující příklad.
91. Zájemce o nákup druhotných licencí požaduje kupř. nakoupit 100 ks licencí jednoho produktu. Prodejce druhotných licencí těchto 100 ks přitom nabyt od 3 původních nabyvatelů, a to v počtech 20+20+60 licencí. V takovém případě tedy mohou pocházet z různých smluv, různých regionů a může se jednat i o jiné verze. Naopak nové licence budou dle společnosti pořízeny pod jednou rámcovou smlouvou, v jednom licenčním programu výrobce a se společně a jednoznačně danými smluvními podmínkami.
92. Na dotaz, zda na uživatele druhotné licence přechází vždy stejná práva, jaká měl prvotní nabyvatel licence, společnost uvedla, že opět záleží na skladbě druhotných licencí, neboť mohou být původně pořízeny různými způsoby s různými smluvními podmínkami a také různými užívacími právy.
93. Na otázku, zda uživatel tzv. druhotné licence dotčených produktů ztrácí některé z prvků podpory poskytované výrobcem, společnost uvedla, že ztrácí přístup k centrálnímu portálu (provozovanému výrobcem software) pro správu aktivačních klíčů a tím i k podpoře poskytované přímo výrobcem pro technologie aktivací jednotlivých produktů. Zároveň ztrácí přístup k benefitům Software Assurance, jež už nemá dodatečně možnost získat.
94. Na dotazy, zda se liší rozsah následné správy poskytnutých užívacích práv ze strany výrobce u licencí nových a druhotných, zda se mohou uživatelé druhotných licencí reálně potýkat s nějakými obtížemi při jejich aktivaci a užívání a zda mohou nastat situace, že uživateli druhotné licence je tato licence odejmuta, respektive je „zrušena“, společnost odpověděla, že může nastat, že budou zneplatněny aktivační klíče a tím i licence ze strany výrobce.
95. Dle dané společnosti je u druhotných licencí obtížné se následně domoci opakovaného vygenerování aktivačních klíčů výrobcem, neboť licence jsou u výrobce vedeny a registrovány na jiný subjekt, který s výrobcem původně uzavřel smlouvy na poskytnutí licencí. Dle společnosti, když nabyvatel licence volá VLSC podporu poskytovanou výrobcem, že je problém s aktivačním klíčem, VLSC podpora pro ověření zákazníka může vyžadovat některé údaje z původní smlouvy. Tyto údaje však nabyvatel druhotného software nezná.
96. Koncový uživatel také není schopen zaručit, že licence není stále využívána původním nabyvatelem, či že nedošlo k prodeji licence i nějaké další straně, která ji rovněž užívá. Ve vztahu k výrobcí software je však dle dané společnosti plně odpovědný koncový uživatel a nikoli prodejce druhotného software. Nabyvatel druhotné licence má možnost odvolat se pouze k prodejci druhotného software, jenž však nikdy nedokáže garantovat funkčnost řešení a může řešit pouze reklamační řízení. V konečném důsledku může výše uvedené znamenat, že nabyvatel druhotné licence bude mít nefunkční software.

97. K položeným dotazům společnost dále uvedla, že koncový uživatel je povinen prokázat autorovi, že licence jsou využívány v souladu s licenčním ujednáním. Jestliže dané skutečnosti není koncový uživatel schopen dostatečně prokázat, může mu hrozit postih.
98. K otázce, zda lze nabýt (převzít) nové licence (multilicence) pouze prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů, či existují i způsoby jiné, společnost uvedla, že licence je možné poskytnout i jiným systémem tak, že se licence „okopírují“ a dále se distribuují z licenčního serveru výrobce. Čas od času může dle společnosti dojít k deaktivaci či k výměně licenčních klíčů, protože v takovém případě je nutné toto řešit přímo s výrobcem na základě prokázání oprávněného nabytí licencí. Předmětné již není schopen jiný systém vyřešit, a proto je v danou chvíli koncový uživatel v užívání licencí omezen.
99. Společnost dále uvedla, že v konečném důsledku dochází vždy k využití licenčních serverů výrobce (tzv. aktivačních serverů). V procesu musí vždy v nějakém bodě aktivace technicky dojít buď ke kontaktování těchto aktivačních serverů či technické podpory výrobce (tzv. aktivační linky).
100. Na dotaz, zda existuje i jiný licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem dotčených produktů než Volume Licensing Service Center (VLSC) společnost uvedla, že existuje, a to MPSA Business Portal pro aktivace licencí z MPSA smlouvy, Partner Center a Admin Portal pro aktivace licencí z CSP programu, COA štítky pro získání aktivačních kódů u krabicového a OEM prodeje, Office 365 portál pro aktivace produktů v rámci předplatných. Všechny tyto portály dle společnosti provozuje přímo výrobce.
101. K dotazu, zda jsou ze strany výrobce u nových licencí (multilicencí) stanoveny nějaké požadavky na prodej a distribuci, aby poskytování a správa licencí mohly probíhat prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů, společnost uvedla, že výrobce přímo v konkrétní smlouvě specifikuje, kde budou dané licence dostupné a jakým způsobem. Prodejce a distributor pak musí při objednávce v konkrétní smlouvě stanovit, kdo od koncového zákazníka bude mít k takovým informacím přístup.

Stanovisko společnosti HEWLETT-PACKARD s.r.o. ze dne 22. 10. 2020

102. Dne 27. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření společnosti HEWLETT-PACKARD s.r.o. ze dne 22. 10. 2020. Úvodem svého vyjádření uvedla, že lokální společnost není v tuto chvíli v pozici Large Account Reseller (LAR) společnosti Microsoft, a tak jsou odpovědi poskytovány na základě předchozích zkušeností a informací kolegů z jiných entit společnosti.
103. Na dotaz, zda je možné označit licence nové a tzv. licence druhotné vztahující se k dotčeným produktům za zcela identické či zda mezi nimi vznikají rozdíly, společnost sdělila, že jedná-li se o schválený/povolený pře prodej, není dle jejího názoru mezi licencemi rozdíl.
104. Dle dané společnosti se licence nové a druhotné pro uživatele z hlediska své funkčnosti neliší, pokud původní prodej takové omezení nestanovil. Ve vztahu k licencím společnosti Microsoft si přitom společnost není existencí omezení vědoma. Stejně společnost odpověděla též na dotaz, zda přechází na uživatele druhotné licence vždy stejná práva, jaká měl prvotní nabyvatel licence a zda ztrácí uživatel druhotné licence nějaké z prvků podpory poskytované výrobcem.

105. Předmětná společnost se též domnívá, že se rozsah následné správy poskytnutých uživatelských práv ze strany výrobce u licencí nových a druhotných neliší. Dle názoru dané společnosti se uživatelé druhotných licencí nepotýkají s obtížemi při jejich aktivaci a užívání, protože jí nejsou známa rizika spojená s užíváním druhotné licence.
106. Dle společnosti, pokud původní prodej takové omezení nestanovil a nedošlo k porušení licenčních podmínek výrobce, nenastávají situace, že by uživateli druhotné licence byla tato licence odejmuta či byla „zrušena“.
107. Společnost si dále není vědoma, že by v době kontroly činěné ze strany výrobce u současného uživatele druhotných licencí mohl být tento uživatel nějakým způsobem omezen v používání daných licencí či že by mu hrozil nějaký postih při zjištění nesrovnalostí ve vztahu k předchozímu držiteli licence.
108. Daná společnost uvedla, že vždy používá licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem produktů, což je stanoveno globálními smlouvami. Umožní-li to výrobce, pak je dle ní i v případech existence jiného způsobu nabytí nové licence licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem využíván. Společnost si není vědoma, že by existoval i jiný licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem uvedených produktů než Volume Licensing Service Center (VLSC).
109. Závěrem společnost potvrdila, že ze strany výrobce jsou v případě nových licencí (multilicencí) stanoveny požadavky na prodej a distribuci, aby poskytování a správa licencí mohla probíhat prostřednictvím licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem produktů, kdy se dle ní jedná o standardní požadavky týkající se obchodní spolupráce.

Další průběh správního řízení

110. 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

111. 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.
112. 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.
113. 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.
114. 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.
115. 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.

116. 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.
117. 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.
118. K výše uvedenému zadavatel dodal, že jediné, 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.
119. 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.
120. 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.

121. 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.
122. 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 námitky navrhovatele směřovaly pouze proti požadavku na novost licencí, tedy že předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
123. 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

124. 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.
125. 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.
126. 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.
127. 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.
128. 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.

129. 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.
130. 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.
131. 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.).
132. 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

133. 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.

134. 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 nevyklučuje jeho odpovědnost za škodu založenou relevantními právními předpisy.
135. 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 nezabavuje převodce odpovědnosti za právní vady, jež je založena příslušnou právní úpravou.
136. 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.
137. 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.
138. 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.
139. 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.
140. Tvrzení zadavatele o možném riziku převyšujícím potenciální úsporu považuje navrhovatel za smyšlené a nepodložené žádnými konkrétními výpočty. Navrhovatel v tomto kontextu uvedl, 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 %.
141. 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.

142. 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.
143. 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.
144. 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.
145. 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

146. 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.
147. 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.

148. 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.

149. 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.

150. 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.

151. 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.
152. 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.
153. 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.
154. 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.
155. 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.
156. 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.
157. 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.
158. 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.

159. 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.
160. 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.
161. 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.
162. 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.
163. 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.
164. 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

165. 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.
166. 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.
167. 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.
168. 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.
169. 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.
170. 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.
171. 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.
172. 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.

173. 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.
174. 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/>).
175. 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.
176. 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.
177. Navrhovatel na základě všeho výše uvedeného zastává názor, že zadavatel ve vztahu k šetřené veřejné zakázce pochybil, protože navrhuje, aby Úřad dotčené zadávací řízení zrušil.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

178. 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 rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

179. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil právní postavení zadavatele podle § 4 zákona.
180. 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.
181. 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.
182. 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

183. Dle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace.
184. Dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle §104 zákona.
185. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
186. Dle § 36 odst. 2 zákona uvede zadavatel zadávací podmínky v zadávací dokumentaci nebo je sdělí účastníkům zadávacího řízení při jednání.
187. Dle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit podmínky účasti v zadávacím řízení jako
- a) podmínky kvalifikace,
 - b) 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,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
 - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
188. Dle § 53 odst. 4 věty první zákona může zadavatel použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim.
189. Dle § 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.
190. Dle § 89 odst. 3 zákona mohou technické podmínky rovněž odkazovat na konkrétní výrobní proces nebo metodu poskytování požadovaných stavebních prací, dodávek nebo služeb

nebo na konkrétní proces spojený s jinou fází jejich životního cyklu, a to i tehdy, kdy uvedené faktory nejsou součástí jejich věcné podstaty, za podmínky, že souvisejí s předmětem veřejné zakázky a jsou přiměřené k její hodnotě i cílům.

191. Dle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Posouzení věci

192. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že v rámci zadávacího řízení dochází k omezení okruhu dodavatelů pro účely výběru vhodného dodavatele, s nímž bude následně uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Předmětné omezení je uskutečňováno prostřednictvím nastavení zadávacích podmínek, které však musí být učiněno takovým způsobem, aby nedocházelo k nedovolenému omezování hospodářské soutěže, čemuž mají bránit primárně zásady uvedené v § 6 zákona.
193. Řádné stanovení zadávacích podmínek je tedy jednou ze základních povinností zadavatele v rámci zadávacího řízení, jež má výrazný dopad na jeho další průběh, neboť potenciální dodavatelé se na základě zadávacích podmínek rozhodují, zda se budou o předmětnou veřejnou zakázku ucházet. Zadávací podmínky by tak měly představovat konkrétní vyjádření jednotlivých požadavků zadavatele, jež je formálně zachyceno v zadávací dokumentaci. Jedná se o podmínky, jež by zadavatel měl stanovit v souladu a v mezích příslušných ustanovení zákona, zejména pak základních zásad dle § 6 zákona.
194. Pod zadávací podmínky lze podřadit mj. veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení, mezi něž patří i tzv. podmínky technické, jejichž hlavním účelem je vymezení požadavků na předmět veřejné zakázky. 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.
195. I při existenci konkrétní potřeby, na základě které zadavatel specifikuje určitý technický parametr poptávaného plnění, jímž provádí kvalitativní vymezení předmětu veřejné zakázky, je tudíž zadavatel povinen ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek 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.
196. Co se týče porušení zásady zákazu diskriminace, Úřad akcentuje, že tuto nelze 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.

197. Ve vztahu k zásadě zákazu diskriminace se vyjádřil ve své rozhodovací praxi i Nejvyšší správní soud, a to např. ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, v němž uvedl, že *„smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“*.
198. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku mj. též konstatoval, že správní soudy musí *„při aplikaci kritéria ‚zjevné nepřiměřenosti‘ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky“*.
199. Úřad k výše uvedeným závěrům dodává, že byť se vztahují k předchozí právní úpravě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou dle jeho názoru aplikovatelné i ve vztahu k zákonu, neboť přijetí nové právní úpravy nijak nezměnilo smysl a účel základních zásad. Předmětné závěry jsou ostatně přílehlavé též ve vztahu ke stanovení zadávacích podmínek obecně (tedy nejen podmínek kvalifikace), přestože se citovaný rozsudek týká stanovení požadavků zadavatele na kvalifikaci potenciálních dodavatelů. Jeho podstata totiž spočívá v uchopení „zjevné nepřiměřenosti“ v jednání zadavatele, které se může projevit jak nastavením požadavků na kvalifikaci, tak i např. požadavků na samotný předmět plnění.
200. Úřad současně upozorňuje, že podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoli jeho mechanickou aplikaci, neboť není dost dobře možné po zadavatelích požadovat, aby jimi stanovené nároky na předmět plnění mohli splnit všichni dodavatelé daných dodávek. Takový požadavek by nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem a účelem zákona, jímž je zajistit, aby nabídku mohlo sice podat široké spektrum dodavatelů, avšak pouze těch, kteří jsou schopni poptávaný předmět plnění řádně, tedy i v rámci požadovaných specifikací, dodat. Odvrácenou stranou stanovení striktních podmínek na předmět plnění veřejné zakázky je tak selekce dodavatelů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto selekci (jež je podložena legitimními zájmy) nelze hovořit jako o skryté diskriminaci.
201. Ve vztahu k použitému pojmu „zjevná nepřiměřenost“ Úřad dodává, že zakotvení zásady přiměřenosti (proporcionality) vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům určitou míru volnosti z hlediska volby konkrétního postupu v zadávacím řízení. Postup v souladu se zásadou přiměřenosti pak spočívá primárně (nikoli však výlučně) v tom, že na jedné straně poskytuje zadavateli dostatečné záruky při výběru dodavatele, který bude schopen veřejnou zakázku v požadované kvalitě realizovat, na druhou stranu se bude jednat o postup, který nad rámec garance uvedeného cíle nebude dále bezdůvodně omezovat hospodářskou soutěž. Jedná se tedy o zásadu, jíž by se zadavatel měl (stejně jako zbylymi

zásadami definovanými § 6 zákona) řídit ve všech fázích zadávacího řízení, tzn. i při vymezení poptávaného předmětu plnění a požadavků na něj kladených.

202. Ve vztahu k procesu zadávání veřejných zakázek lze tudíž v souhrnu konstatovat, že zadávací řízení je ve své podstatě formalizovaný proces, kde lze v základu každou zadávací podmínku či požadavek zadavatele považovat za do jisté míry limitující a omezující. Zákon tedy ze své podstaty do zadávacího řízení vnáší jistou míru omezení volnosti, a to jak pro zadavatele, tak i pro dodavatele, které je však v určitých mezích předvídané a povolené.
203. Výše uvedené přitom neznamená, že zadavateli je upírána možnost stanovit konkrétní zadávací podmínky dle svých potřeb. Obzvláště vymezení předmětu veřejné zakázky totiž závisí výhradně na uvážení zadavatele, jenž je jako jediný schopen definovat nejlépe své potřeby. Zadavatel je však 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.
204. Úřad zde pro úplnost ve vztahu k otázce specifikace poptávaného předmětu plnění dodává, že se jí již v minulosti zabývala i soudní rozhodovací praxe, z níž se lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 3/2015-29 ze dne 19. 12. 2016, v němž bylo konstatováno, že *„každý zadavatel při zadávání veřejné zakázky reaguje na svoji potřebu a k té samozřejmě směřuje svou snahu o uzavření smlouvy prostřednictvím veřejné zakázky. Podle názoru soudu je naprosto v pořádku, pokud zadavatel reaguje vypsáním zakázky na svoji vzniklou potřebu řešení určité situace. Z povahy věci tak samotná potřeba zadavatele v sobě implikuje omezení pro její řešení, neboť určité zájmy zadavatelů v sobě implikují pouze limitní množství řešitelů“*. V daném kontextu se vyjádřil též Nejvyšší správní soud, a to ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009, v němž judikoval, že *„[p]ředmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod.“*
205. Lze tedy dovozovat, že zadávací podmínky mohou ve svém důsledku za určitých konkrétních okolností vytvářet jistou nerovnováhu mezi dodavateli, respektive mohou do určité míry prolamovat základní zásady, a to především zásadu zákazu diskriminace, avšak pouze za předpokladu, že pro to existují objektivní důvody na straně zadavatele. Zadávací podmínky tedy mohou skýtat pro některé dodavatele omezení, avšak nesmí k nim docházet bezdůvodně, tzn., že daná omezení musí být odůvodněná a vycházet z konkrétních logických úvah a potřeb zadavatele, respektive pro ně musí existovat objektivní příčiny. Ve svém důsledku se pak v takovém případě o porušení jmenované zásady nejedná a Úřad tak nemůže v tomto smyslu činit závěr o porušení zákona při stanovení zadávacích podmínek zadavatelem.
206. Skutečnost, že návrh navrhovatele směřuje proti stanoveným zadávacím podmínkám, a to proti podmínkám vymežujícím předmět poptávaného plnění, spočívající v pořízení nových licencí dotčených produktů Microsoft, kde k převzetí plnění má dojít prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem daných produktů, vedla Úřad k posouzení, zda byly předmětné zadávací podmínky v šetřeném případě stanoveny zadavatelem v mezích zákona.

K požadavku na pořízení nových licencí

207. Zadavatel v rámci popisu předmětu veřejné zakázky stanovil, že „[p]ředmětem plnění veřejné zakázky je pořízení nových licencí níže uvedených produktů Microsoft (...)“, blíže viz bod 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Za účelem bližšího vymezení požadavku na novost licencí 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. Zadavatel tak učinil součástí zadávacích podmínek požadavek na pořízení licencí produktů společnosti Microsoft, a to výhradně licencí nových.
208. Z popisu předmětu veřejné zakázky, jež zadavatel učinil součástí zadávací dokumentace, tedy vyplývá, že zadavatel míní prostřednictvím dotčeného zadávacího řízení pořídit plnění spočívající v dodání nových licencí jmenovaných produktů (v předem definovaném počtu), kdy plnění mělo být zajištěno konkrétně v podobě multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence (open licence).
209. Navrhovatel je přesvědčen, že stanovením podmínky na dodávku nových licencí došlo ze strany zadavatele k bezdůvodnému zvýhodnění určité skupiny dodavatelů, neboť rozlišování licencí na „nové“ a „použité“ předně nepředstavuje specifikaci požadovaného předmětu plnění. Pro uživatele se dle něj s nimi pojí stejná práva a povinnosti, pročez zadavatel si pouze vybírá konkrétní způsob dodání licencí, tzn., že podle navrhovatele je jediným faktickým rozdílem mezi licencí „novou“ a „použitou“ nikoli obsah či rozsah získávané licence, nýbrž pouze okruh jejich distributorů.
210. Dle navrhovatele je to v rámci distribučního kanálu výrobce software právě společnost Microsoft, která určuje, kterým subjektům práva na distribuci softwaru v daném licenčním programu udělí. Totožné licence lze přitom dle něj zakoupit též na volném trhu, jenž tímto výrobcem již regulován není, neboť u tzv. druhotných licencí došlo k vyčerpání práva distribuce. Tento trh je tak otevřen všem subjektům. Z hlediska obchodování s licencemi je však dle navrhovatele nutné pohlížet na daný trh jako na trh jednotný, tedy bez ohledu na to, zda se jedná o licence „nové“ či „použité“.
211. Úřad s ohledem na způsob určení zadávacích podmínek zadavatelem a na argumentaci předloženou navrhovatelem ve vztahu k poptávanému předmětu plnění, přistoupil k posouzení, 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, k čemuž Úřad uvádí následující.
212. Úřad v první řadě uvádí, že v šetřeném případě se nejprve zabýval posouzením, zda předmět plnění spočívající v dodání „nových“ a „použitých“ (druhotných) licencí lze z hlediska naplnění potřeb zadavatele s ohledem na specifika dotčeného případu považovat za plnění identické, resp. plnohodnotně zastupitelné, tedy substituční.
213. Softwarová licence je ve své podstatě nástroj, jehož prostřednictvím je danému subjektu primárně umožněno užívat daný software. V praxi se lze přitom setkat s licencemi tzv. novými i použitými, kdy „použité“ licence se zpravidla vyznačují tím, že již byly jednou na trh uvedeny, pročez je s nimi (za dodržení stanovených podmínek) dále obchodováno. Ve svém základu se tak licence nové i druhotné (použité) vyznačují z hlediska formy užití jako

technicky shodný produkt spočívající v získání oprávnění užívat poptávaný software. O této skutečnosti není sporu ani mezi účastníky předmětného správního řízení. Zadavatel v tomto kontextu 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)“, 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 nespotřebává, ani neopotřebává, jeho rozsah a obsah zůstává totožný, bez ohledu na délku používání, či počet převodů licence“.

214. Mezi účastníky správního řízení není rovněž sporu o tom, že licence tzv. „použité“ (druhotné) jsou za splnění podmínek, jež vyplývají 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“. 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 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, nikoli pronajímány, a v neposlední řadě, že na licencích neváznou žádná práva třetích stran.
215. Z výše uvedeného tak vyplývá, že licence „nové“ i „použité“ lze za splnění předem definovaných podmínek užít za stejným účelem, jímž je získání oprávnění k užívání daného software. Ačkoli je tedy možné obecně získat dané oprávnění oběma zde uvedenými způsoby, nelze pouze na základě této skutečnosti konstatovat, že z hlediska předmětu plnění se v případě licencí „nových“ a „použitých“ jedná o plnění zcela identické, jež je zadavatel za účelem dodržení jednotlivých ustanovení zákona povinen vždy při zadávání veřejné zakázky připustit, a to i s ohledem na nutnost zkoumat specifika konkrétního případu.
216. Předně nelze opomenout skutečnost, že při dodržení zákonných podmínek ponechává zákon zadavateli určitou míru volnosti ke stanovení zadávacích podmínek, a to i podmínek vymezujících předmět poptávaného plnění, respektive vymezujících jeho požadované vlastnosti. Právě vymezení předmětu veřejné zakázky je ve značné míře v gesci zadavatele, neboť se v něm odráží požadavky, jejichž splnění vede k naplnění potřeb zadavatele, tedy cíle, jehož zadavatel prostřednictvím dané veřejné zakázky míní dosáhnout.
217. Jak již bylo uvedeno výše, současně je však i při vymezení předmětu veřejné zakázky ze strany zadavatele nezbytné stanovit pouze takové technické podmínky, jejichž prostřednictvím nedochází k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. Určitý technický parametr poptávaného plnění, tedy i takový, jenž kvalitativně vymezuje předmět veřejné zakázky, musí být stanoven v mezích zákona. K závěru, že se jedná o nepřiměřenou zadávací podmínku, respektive o podmínku naplňující znaky (skryté) diskriminace, lze přitom dojít zejména za situace, jestliže se jedná o požadavek vskutku excesivní, jasně vybočující z oprávněných potřeb zadavatele.

218. Jelikož je v šetřeném případě napadán požadavek na dodání výhradně licencí nových, byla dalším předmětem zkoumání Úřadu s ohledem na výše uvedené skutečnost, zda reálně mohou i za situace, kdy licence nové a druhotné představují v obecné rovině z hlediska formy užití technicky shodný produkt (oprávnění užívat daný software), existovat případně (zadavatelem tvrzené) rozdíly mezi plněním uskutečňovaným prostřednictvím licence „nové“ a „použité“, tedy rozdíly, jež se dotýkají možnosti naplnění objektivních potřeb zadavatele, a které by mu ve svém důsledku umožňovaly přistupovat k daným licencím jako k rozdílnému předmětu plnění. Úřad tak přistoupil z posouzení, zda v šetřeném případě existovaly objektivní důvody zadavatele pro poptání licencí nových.
219. Úvodem lze konstatovat, že v předmětném případě poptávané plnění spočívalo v pořízení nikoli pouze samostatných licencí či jednotlivých skupin licencí, nýbrž v pořízení multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence (open licence), která zadavateli umožní jednorázové převzetí plnění. Z postupu zadavatele dále vyplývá, že požadavek na novost licencí považuje za účelem naplnění svých potřeb jako zásadní. Zadavatel odůvodnění tohoto požadavku na poptávaný předmět plnění učinil rámcově již součástí vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 22. 7. 2020, v němž uvedl, že trvá na dodávce „nových“ licencí, a to z důvodu eliminace možných komplikací, právních vad a potenciálních právních, technických, operačních a reputačních rizik spojených s užíváním licencí.
220. V rámci svého vyjádření k návrhu ze dne 21. 8. 2020 zadavatel uvedl, že „*použité licence v sobě obsahují skrytá rizika*“, jež vyjmenovává zejména v rozhodnutí o námitkách. Konkrétně se má dle zadavatele jednat o podmínku splnění a ověření splnění podmínky vyčerpání práva autora na rozšiřování díla, kdy je důkazní břemeno ohledně vyčerpání práva na rozšiřování díla na tom, kdo se ho dovolává. Zadavatel uvedl, 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.
221. Zadavatel je přesvědčen, že i kdyby jako zadávací podmínku stanovil požadavek na prohlášení dodavatele, že jsou dotčené podmínky 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. Zadavatel dále sdělil, že případné technické problémy byt i jen u části „použitých“ licencí by pro něj představovaly nepřijatelné finanční, operační, a též reputační riziko, spočívající třeba jen v částečném omezení funkčnosti software, a to software, jež by využíval v postavení subjektu finančního trhu regulovaného Českou národní bankou, kdy je povinen minimalizovat operační rizika v oblasti informačních systémů. Zadavatel je přesvědčen, že předmětná potenciální rizika by nemohl u „použitých“ licencí vyloučit ani v součinnosti s jejich dodavateli, pročež se rozhodl jít cestou pořízení licencí „nových“, které mu zajistí nerušený výkon práv bez dalších nákladů.
222. Z právě uvedeného tak vyplývá, že cílem zadavatele je zajištění plnění spočívajícího v oprávnění užívat poptávaný software na základě dodaných licencí, přičemž za účelem snahy eliminovat možná rizika, jinými slovy nežádaná specifika, jež mohou mít potenciál narušit garanci nerušeného užívání zakoupeného produktu, spojená zejména s pořízením druhotných licencí, zadavatel přistoupil k vymezení požadavku na dodání licencí nových.

223. Úřad za účelem řádné aplikace závěrů v kontextu zákona rovněž přistoupil k oslovení subjektů působících v oboru IT, z většiny subjektů oslovených přímo zadavatelem k podání nabídky v šetřeném zadávacím řízení (kteří však reálně svou nabídku nepodaly). Úřad při volbě okruhu těchto subjektů vycházel zejména z předpokladu, že se jedná o dodavatele, kteří se buď přímo zabývají problematikou licencí (např. společnost D A Q U A S spol. s r.o.) či mají bližší povědomí o plnění souvisejícím s dotčenými softwarovými produkty, případně s realizací softwarových auditů (společnost Microsoft s.r.o.). U zbylých dodavatelů pak bylo možné předpokládat nejen určitou praxi v oboru, ale s ohledem na oslovení ze strany zadavatele i znalost nebo alespoň dílčí povědomí o šetřeném případě, a to z hlediska poptávaného předmětu plnění a stanovení zadávacích podmínek zadavatelem. Vlastní dotazy Úřadu pak vycházely zejména z popisu předmětu veřejné zakázky a z argumentů předkládaných účastníky v šetřeném správním řízení.
224. Skutečnost, že k licencím „novým“ a „použitým“ lze v obecné rovině přistupovat jako k technicky shodnému produktu, nevylučují ani závěry z obdržených stanovisek dotčených subjektů, kdy společnost T-Mobile Czech Republic a.s., uvedla, že se domnívá, že dané licence (nové a druhotné) lze u některých jejich typů označit za identické co do formy užití, společnost HEWLETT-PACKARD s.r.o. sdělila, že pokud původní prodej nestanovil omezení, pak se z hlediska své funkčnosti neliší.
225. K argumentaci navrhovatele, že stanoviska oslovených subjektů jsou často kontradiktorní, kde jako příklad uvádí rozdílnost ve vyjádření společností D A Q U A S spol. s r.o. a HEWLETT-PACKARD s.r.o., Úřad uvádí, že pokud nastane situace (jako je tomu i v projednávané věci), že je na tentýž dotaz k dispozici více stanovisek od různých subjektů, je nutné konstatovat, že mají v zásadě rovnocennou důkazní hodnotu. Dojde-li pak k tomu, že se stanoviska ve svých závěrech rozcházejí, nepřísluší Úřadu, aby si sám autoritativně určil, které stanovisko je dle jeho názoru více správné či naopak zcela nesprávné. Nutno však uvést, že stanovisko, které splňuje požadavek na úplnost a přesvědčivost, a které se vypořádává se všemi rozhodujícími skutečnostmi, bývá zpravidla též rozhodujícím důkazem pro posouzení správnosti a zákonnosti postupu v přezkoumávané věci.
226. Ke zbylým odpovědím dodavatele HEWLETT-PACKARD s.r.o., lze v kontextu výše uvedeného konstatovat, že Úřad si je vědom toho, že v mnohých oblastech se závěry jím prezentované liší od závěrů zbylých oslovených subjektů. Úřad v této souvislosti předně uvádí, že mu nepřísluší přistupovat pouze na základě této skutečnosti k daným závěrům jako k závěrům jediným správným či naopak zcela mylným. S ohledem na znění odpovědí, jež však nejsou podpořeny bližší argumentační rovinou dodavatele, kdy v mnohých případech dodavatel uvedl pouze obecné konstatování svých domněnek tvrzením, že si není takových skutečností vědom, nelze dané stanovisko jako takové stavět do pozice rozhodujícího důkazu pro posouzení šetřené věci. V šetřeném případě tedy Úřad zohlednil i závěry vyplývající ze stanovisek ostatních oslovených subjektů, pročež na základě všech těchto podkladů lze ve vztahu k licencím „novým“ a „použitým“ uvést následující.
227. Ačkoli lze licence „nové“ a „použité“ u některých jejich typů označit za identické z hlediska formy užití, mohou mezi nimi vznikat i jisté rozdíly. Uživatel tzv. druhotné licence kupř. ztrácí právo na poskytnutí Software Assurance, tedy nárok na dodání novější verze daného produktu. V této souvislosti Úřad akcentuje, že v nyní šetřeném případě tato rozdílnost v licencích není schopna zapříčinit i rozdílnost v samotném předmětu plnění, neboť zadavatel

v rámci zadávacích podmínek výslovně uvedl, 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“.

228. Jednotlivé licence se mohou též dle dodavatelů lišit s ohledem na způsob jejich pořízení (např. multilicence, krabicové řešení, OEM), pročež se mohou vyznačovat jinými užívacími právy, verzemi či jazykovými mutacemi. S ohledem na skutečnost, že v šetřeném případě zadavatel vyžadoval plnění v podobě multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence (open licence), která má umožnit jednorázové převzetí plnění v jednom okamžiku, lze předpokládat, že zadavateli předkládané plnění by mělo být z tohoto hlediska plněním konzistentním, v jehož rámci nedochází k oddělenému pořízení jednotlivých licencí či skupin licencí různými zde jmenovanými způsoby, v důsledku čehož nejsou dány ani předpoklady předvídat existenci s tím souvisejících odlišností (abstrahujeme-li od skutečnosti, že součástí plnění jsou licence pro jednotlivé druhy produktů, které mají svá vlastní specifika), kdy zadavatel požaduje pořízení licencí výše uvedených produktů též shodně ve verzi roku 2019.
229. Kromě základních charakteristik „nových“ a „použitých“ licencí, které potvrzují jejich obdobnost, obecně nelze vyloučit, že mezi nimi mohou vznikat i rozdíly ovlivňující výběr zadavatele z hlediska volby konkrétního druhu plnění. Právě uvedené přitom platí i u zadavatelem požadovaných licencí poskytnutých formou open licence, vztahuje-li se rozhodovací praxe o možnosti přeprdeje druhotných licencí i k tomuto typu produktu (a k produktu typu RDS CAL). Konkrétní skutečnosti mohou ve svém důsledku vést zadavatele právě k odlišení licencí „nových“ a „použitých“ jako různých plnění ve vztahu ke stanovení požadavků na předmět veřejné zakázky. Úřad zde akcentuje, že se musí jednat o objektivní příčiny na straně zadavatele, tedy nelze přistupovat k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže. Při existenci konkrétních odlišností možného poptávaného předmětu plnění, jež mají dopad na splnění objektivních potřeb zadavatele, tak nelze požadovat, aby poptával plnění, které nevede k naplnění jím žádaného výsledného stavu.
230. Zadavatel v rámci zadávacích podmínek stanovil výhradní požadavek na dodání „nových“ licencí, přičemž je zřejmé, že tak učinil z důvodu eliminace jím vnímaných nežádoucích komplikací a případné existence dalších nákladů (ať už časových, finančních či odborných) spojených s užíváním druhotných licencí. Zadavatel konkrétně jmenuje obtíže (rizika) právní, technické, operační i reputační, k čemuž Úřad uvádí následující.
231. Na základě zjištěných skutečností lze v šetřeném případě dle Úřadu samotný požadavek zadavatele na dodání „nových“ licencí označit za legitimní, neboť nelze zadavateli upřít právo požadovat dodání zboží nového, když mezi licencemi „novými“ a „druhotnými“ mohou existovat rozdíly ovlivňující naplnění potřeb zadavatele.
232. Ve vztahu k druhotným („použitým“) licencím lze na základě získaných podkladů uvést, že ačkoli novému nabyvateli licencí je umožněno získat ze strany dodavatele „použitých“ licencí příslušné doklady a informace v podobě, jež zajistí splnění podmínek pro legální převod licencí a získání následného oprávnění ku užívání daných licencí, jak uvádí sám navrhovatel, nedochází obvykle zároveň k převodu vlastní smlouvy, k jejímuž uzavření je přistupováno u licencí typu open. Jak uvádí např. společnost T-Mobile Czech Republic a.s.,

může v takovém případě nastat situace, kdy následná správa ze strany výrobce bude stále aktivní na prvotním nabyvateli licence.

233. V souvislosti s výše uvedeným uživatel druhotných licencí ztrácí přístup k centrálnímu portálu provozovanému výrobcem softwaru pro správu aktivačních klíčů a též k podpoře poskytované výrobcem pro technologie aktivací jednotlivých produktů, jak dokládá např. vyjádření společnosti ORBIT s.r.o. Z obdržných stanovisek též vyplývá (viz stanovisko společnosti ORBIT s.r.o. a T-Mobile Czech Republic a.s.), že v nastalých situacích se pak lze obtížně domoci opakovaného vygenerování aktivačních klíčů (přičemž tyto problémy mohou nastat i u RDS CALů, jež jsou součástí poptávaného plnění zadavatele v předmětném případě).
234. Ačkoli zadavatel součástí poptávaného předmětu plnění neučinil též výslovný požadavek na realizaci plnění přes VLSC portál (portál pro správu multilicenčních smluv), mohou se licence „nové“ a „použité“ lišit rovněž tím, že licence se na VLSC portálu subjektu, jenž je pořídil jako licence druhotné, nezobrazí, což může mít vliv minimálně na uživatelský komfort ve vztahu ke správě licencí jako celku. Úřad v této souvislosti dodává, že ačkoli zadavatel výslovně neuvedl požadavek na plnění prostřednictvím VLSC portálu, není sporu, že VLSC portál je jedním z možných licenčních serverů licenčně a technicky podporovaných výrobcem. Zadavatel přitom nejenže učinil součástí poptávaného předmětu plnění požadavek na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů, nýbrž stanovil i požadavek na nerušené užívání poptávaného předmětu plnění a na zajištění následné správy poskytnutých užívacích práv právě prostřednictvím daného typu licenčního serveru.
235. Hlavní odlišnost „nových“ a „druhotných“ licencí, a rovněž jako zásadní důvod pro poptání licencí nových, zadavatel vnímá zejména v samotných podmínkách pořízení a následného užívání software získaného prostřednictvím licencí. Je-li zadavatel vystaven softwarovému auditu či jinému obdobnému typu kontroly ve vztahu k jím užívanému softwaru (získanému na základě pořízených licencí), není dáno pochyb, že i důkazní břemeno leží právě na něm (jakožto na koncovém uživateli daného software). Zadavatel tak je ve vztahu k „novým“ i „druhotným“ licencím povinen prokázat legálnost a řádnost jejich užívání. Ve vztahu k „novým“ licencím tak zadavatel činí zejména prostřednictvím podkladů a informací, jež získává jakožto prvotní nabyvatel/uživatel těchto licencí, tedy které získává přímo z distribučního zdroje výrobce.
236. V případě pořízení „druhotných“ licencí získává nabyvatel těchto licencí doklady a informace potřebné k vlastnímu užití poptávaného software od dodavatele daných „použitých“ licencí (o čemž svědčí i skutečnosti a informace předkládané v šetřeném případě navrhovatelem). Na rozdíl od „nových“ licencí je však u licencí „použitých“ nezbytné mj. prokázat tzv. vyčerpání práva autora na distribuci (rozšiřování) díla, tedy splnění podmínky legálnosti převodu licence k softwarové rozmnoženině. Mezi účastníky řízení není sporu, že jednou z těchto podmínek je i skutečnost, že předchozí (původní) nabyvatel daných licencí nebude mít tyto licence (jež jsou předmětem dodání) dále nainstalovány, nebude je používat a znemožní i jejich použití v budoucnu.
237. Dotčenou legálnost užití potvrzují zejména doklady v podobě čestných prohlášení původních držitelů daných licencí, jež obvykle předává dodavatel těchto druhotných licencí novému

nabyvateli společně s údaji nezbytnými pro užití těchto licencí. V této souvislosti je však nutné rozlišovat mezi samotným splněním podmínek pro převod licencí (v praxi dokládané právě prostřednictvím dokladů ve vztahu k výše uvedenému požadavku, avšak pouze ve formě, byť čestných, prohlášení) a splněním požadavků na prokázání výše uvedeného ze strany zadavatele, např. v případě probíhajícího softwarového auditu či jiné obdobné kontroly. V takové situaci má zadavatel zřejmě k dispozici právě pouze předmětná prohlášení třetích subjektů, kdy není objektivně schopen ověřit, že předchozí (původní) nabyvatel licencí dotčené požadavky (podmínky) fakticky splnil, tedy že mj. dané licence skutečně ze svých zařízení odinstaloval, dále je nepoužívá a že znemožnil jejich užití ze své strany i v budoucnu (popř., že je nepřeprodal též jinému subjektu). V případě, že reálně předchozí (původní) nabyvatel licencí nedodrží skutečnosti uváděné v daných prohlášeních, a vyjdou-li tyto skutečnosti najevo v souvislosti s probíhajícím softwarovým auditem (či obdobným druhem kontroly), tedy budou-li známy minimálně ze strany kontrolního subjektu, nelze již legálnost užívání těchto licencí zajistit právě pro nesplnění potřebných podmínek.

238. Skutečnost, že zadavatel není schopen zaručit splnění kritéria (respektive alespoň si dané splnění reálně ověřit), že licence nejsou původním (předchozím) nabyvatelem stále používány (či že nedošlo k jejich prodeji i jinému subjektu, jenž je rovněž využívá), potvrzují kromě zadavatele i závěry vyplývající ze stanoviska společnosti ORBIT s.r.o., dle něhož koncový uživatel není schopen zaručit, že licence není stále využívána původním nabyvatelem či že nedošlo k prodeji licence i nějaké další straně, která ji rovněž užívá, přičemž k výrobci softwaru je plně odpovědný koncový uživatel a nikoli prodejce druhotného softwaru.
239. S ohledem na možné obtíže spjaté se zajištěním a prokázáním legálnosti užívání druhotných licencí a software z nich nabývaného, se zadavatel může dostat, bez možnosti ovlivnit danou situaci, do stavu, že v konečném důsledku nemůže pořízený software využívat (je-li na druhotnou licenci pohlíženo jako na neplatnou). V takovém případě bude nucen za účelem zajištění řádného užití software vynaložit další náklady (ať už z hlediska dalších finančních prostředků, zejména za účelem náhrady pokuty/vzniklé škody nebo za účelem pořízení nového software, či z hlediska zátěže časové a odborné při řešení dané situace). Právě uvedené potvrzují nejen závěry zadavatele, ale i společností ORBIT s.r.o. a T-Mobile Czech Republic a.s., dle nichž nabyvatel druhotné licence může být vystaven situaci, že bude mít nefunkční software (druhotná licence nebude považována za platnou), popř. mu bude hrozit postih za to, že licence nebyly užívány v souladu s licenčním ujednáním a bude nucen zakoupit licenci novou.
240. Objektivně tedy nelze vyloučit, že zadavatel za účelem splnění svých potřeb (mezi něž spadá i požadavek na nerušené užívání plnění) může vnímat rozdíl mezi plněním uskutečňovaným prostřednictvím „nových“ a „použitých“ licencí. Existuje-li objektivní důvod zadavatele (poptání nerušeného užívání plnění, respektive plnění nezátíženého možnými dodatečnými náklady, ať již finančními, časovými či odbornými, na jejichž vznik nemá zadavatel vliv), tedy potenciál existence vyšší náročnosti spojené s pořízením a užíváním poptávaného software na základě druhotných licencí (kdy je zadavatel v určitých aspektech odkázán na jednání třetích subjektů a poctivost jejich nakládání s licencemi), nelze v šetřeném případě vypsání veřejné zakázky pouze na pořízení „nových“ licencí (pořizovaných v podobě multilicence poskytnuté formou jedné nově otevřené licence, open licence, kdy k převzetí plnění má dojít

jednorázově v jednom okamžiku a má být zároveň zajištěna příslušná podpora předepsaná výrobcem) shledávat jako postup excesivní, jenž je schopen zapříčinit nezákonnost zadávacích podmínek veřejné zakázky a zejména rozpor se zásadou zákazu diskriminace.

241. Jsou-li v šetřeném případě naplněny objektivní důvody na straně zadavatele ve vztahu ke stanovení pouze určitého druhu poptávaného předmětu plnění (dodání „nových“ licencí), pak jej nelze označit za požadavek rozporný se zákonem právě s ohledem na specifika daného případu.
242. Je-li zadavatel v případě „nových“ licencí na rozdíl od licencí „použitých“ schopen ovlivnit legálnost jejich nabytí a používání (kdy se nemusí spoléhat na dodržení podmínek třetími subjekty), pročez i případné obtíže v rámci „nových“ licencí (vyskytnou-li se) může zadavatel řešit z pozice prvotního nabyvatele licencí (jenž je přímo seznámen se všemi okolnostmi prodeje, nabytí a užívání licencí a má v držení vlastní doklady získané při pořízení těchto licencí), není ze strany Úřadu dáno pochyb o existenci možné rozdílné náročnosti legálního nabytí a užívání poptávaného plnění z hlediska pořízení licencí „nových“ a „použitých“.
243. V šetřeném případě nelze závěrem odhlédnout ani od skutečnosti, že součástí skladby softwarových produktů nabývaných na základě poptávaných licencí je mj. i operační systém pro servery, pročez nutnost řešení případných obtíží ve vztahu k užívání druhotných licencí (kdy důsledkem může být až nutnost pořízení nového softwaru) má potenciál zasáhnout i do vlastních interních procesů zadavatele, zejména do řádného chodu informačních systémů, tedy má potenciál vyvolat nežádoucí situaci spadající svým charakterem pod riziko operační. Pouze pro úplnost lze dodat, že zadavatel vystupuje na trhu v pozici úvěrové pojišťovny, pro níž je řízení operačního rizika jednou z nezanedbatelných činností.
244. S ohledem na vše výše uvedené Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky, kdy je zřejmé, že z jeho strany existovaly objektivní důvody pro rozlišení nabytí plnění prostřednictvím licencí „nových“ a „použitých“, nestanovil zadávací podmínku spočívající v poptání pouze „nových“ licencí v rozporu se zákonem. Jinými slovy, ačkoli se v případě licencí „nových“ a „použitých“ jedná z hlediska formy užití o technicky shodný produkt, mohou v rámci předmětu plnění mezi těmito způsoby pořízení software ve svém důsledku vznikat reálné rozdíly vedoucí k tomu, že zadavatel vnímá z hlediska naplnění svých potřeb licence „nové“ a „použité“ jako plnění rozdílná, pročez nelze po zadavateli požadovat, aby poptával plnění, které jeho objektivní potřeby nenaplní. Úřad tak v daném případě podmínku dodání „nových“ licencí za excesivní, bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž, neshledává.
245. Pro úplnost lze dodat, že uvedený závěr je v souladu s rozhodovací praxí Úřadu, kdy lze zopakovat základní východisko nejen tohoto případu, a to, že obecně je právem zadavatele vymezit vlastní potřeby, které se následně odrazí ve vymezení předmětu poptávaného plnění, kdy nelze vyloučit, aby měl zadavatel za určitých okolností právo požadovat výhradně „nové“ zboží, tedy nikoli zboží skládající se z komponentů repasovaných, zboží „z druhé ruky“ či ze zdrojů neoficiálních, a mít tak požadované garantováno přímo od výrobce (z oficiálních zdrojů výrobce) poptávaného plnění (srov. např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt ze dne 8. 2. 2019, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu ze dne 30. 4. 2019, a v němž bylo stanoveno, že „[s]amotný požadavek zadavatele na dodání nového,

tj. nerepasovaného zboží je podle názoru Úřadu pochopitelný, smysluplný a zcela legitimní, neboť nelze zadavateli upřít právo požadovat dodání nového zboží, neboť z logiky věci je zřejmé, že mezi zbožím zcela novým a zbožím již repasovaným mohou existovat kvalitativní rozdíly“).

K požadavku na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů

246. Navrhovatel svým návrhem brojí nejen proti požadavku na dodání „nových“ licencí, ale též proti požadavku na převzetí plnění formou odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem uvedených produktů, který v textu návrhu dále označuje jako VLSC portál.
247. K argumentaci zadavatele, že námitky navrhovatele směřovaly pouze proti požadavku na „novost“ licencí, uvádí Úřad následující. Navrhovatel ve svých námitkách ze dne 22. 7. 2020 napadá porušení zásady zákazu diskriminace, k níž mělo dojít ze strany zadavatele „jednak přímo – stanovením podmínky ‚novosti‘ licence tak nepřímo – stanovením podmínky dodání prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem“. S ohledem na znění námitek navrhovatele tedy nejsou dány pochyby, že navrhovatel již prostřednictvím nich brojil nejen proti požadavku na novost licence, ale i proti požadavku na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem. Nelze tedy přisvědčit argumentaci zadavatele, že této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
248. Navrhovatel uvádí, že VLSC portál představuje online evidenční nástroj, jenž umožňuje nabyvatelům licencí v multilicenčních programech v rámci účtu evidenci jednotlivých licencí a přidružených informací o nich (aktivační klíče, instalační soubory, aj.). Dle navrhovatele však zápis do tohoto účtu není důkazem oprávněné držby licence, ani podmínkou jejího převodu, nemá žádný vliv na její funkci, ani na její obsah a rozsah. Navrhovatel nespornuje, že správa licencí v portálu určeném pro jejich evidenci nabízí určitou přidanou hodnotu, avšak VLSC portál dle něj nepředstavuje jedinou možnost jak licence, související informace a dokumentaci evidovat. Navrhovatel sdělil, že kromě VLSC portálu existují i portály další, které slouží ke stejnému účelu, přičemž navrhovatel využívá konkrétně platformu swtp.eu (z popisu daného serveru vyplývá, že se jedná zřejmě o server využívaný pro správu druhotných licencí, pozn. Úřadu).
249. Úřad uvádí, že na základě skutečností uvedených ve stanoviscích dodavatelů lze dospět k závěru, že licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem je ve vztahu k „novým“ licencím běžně využíván (zejména v rámci správy těchto licencí), což ve své podstatě potvrzuje i sám navrhovatel, když v návrhu v této souvislosti uvádí, že „[z]ápis licence do VLSC portálu je možný pouze v případě nových licencí, o něžž mohou požádat pouze subjekty v distribuční síti společnosti Microsoft“.
250. Je-li tedy možné v šetřeném případě označit požadavek zadavatele na dodání „nových“ licencí za podmínku, jež nebyla stanovena v rozporu se zákonem (jak bylo dovozeno výše), pak v návaznosti na tento závěr je nutné rovněž konstatovat, že ani ve vztahu ke stanovení požadavku na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem nelze shledat postup zadavatele nezákonným. S ohledem na poptání „nových“ licencí (ve formě multilicence) nejsou v šetřeném případě

dány předpoklady rozporovat způsob převzetí plnění právě prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem, tedy zjevně s využitím obvyklého nástroje pro správu „nových“ licencí.

251. Ke sdělení oslovených dodavatelů, že existují i jiné licenční servery licenčně a technicky podporované výrobcem než VLSC portál lze předně dodat, že zadavatel ani součástí zadávacích podmínek neučinil výslovný požadavek na využití právě a pouze VLSC portálu jako jediného možného nástroje. Zadavatel naopak stanovil obecný požadavek na licenční server licenčně a technicky podporovaný výrobcem. Lze přitom předpokládat, že užití konkrétního druhu licenčního serveru licenčně a technicky podporovaného výrobcem je odvislé zejména od konkrétního druhu a způsobu realizace poptávaného plnění (čemuž napovídají i závěry ze stanoviska společnosti T-Mobile Czech Republic a.s.). Úřad dodává, že však ani skutečnost, že by reálně (s ohledem na charakter poptávaného plnění) ve vztahu ke zde řešeným novým licencím (jejichž pořízení má být realizováno prostřednictvím multilicence) byl dodavateli použit právě VLSC portál, nezapřičiňuje namítanou nezákonnost zadávacích podmínek.
252. S ohledem na argumentaci navrhovatele v návrhu, v níž mj. uvádí, že VLSC portál nepředstavuje jedinou možnost, jak licence a související informace a dokumentaci evidovat, Úřad pro úplnost připomíná, že jeho úkolem není posuzovat, zda zadavatel z řešení, jež by přicházela v úvahu, zvolil řešení nejvhodnější, pokud takové řešení není v rozporu se zákonem. Jelikož v šetřeném případě zadavatel zvolil převzetí plnění (nových licencí) způsobem, o němž nejsou dány pochybnosti, že se jedná o běžnou, tedy obvyklou metodu právě pro tento druh plnění, pak nelze činit ani závěr o nezákonnosti dané zadávací podmínky.
253. Úřad též ve vztahu k poskytnutému stanovisku navrhovatele k dotazům Úřadu doplňuje, že se mj. seznámil i se závěry navrhovatele ve vztahu k odpovědi na dotaz č. 3.2, jež se však na rozdíl od výše uvedeného zabývaly zejména problematikou aktivace produktů. Navrhovatel přitom ve stejném dokumentu uvedl, že pro licence nové nabízí společnost Microsoft mj. portál VLSC, v rámci něhož má zákazník možnost evidovat své nové licence. Obdobný závěr učinil navrhovatel též součástí svého stanoviska k vyjádření zadavatele, kde sdělil, že do VLSC účtu lze přiřadit výhradně licence nové. Lze tedy souhlasit s tím, že v nyní šetřeném případě je stanovení poptávaného předmětu plnění z hlediska požadavku na novost licencí a z hlediska podmínky na převzetí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem problematikou související.
254. Vzhledem k výše uvedenému tak lze shrnout, že za situace, kdy lze za oprávněnou shledat podmínku dodání nových licencí (formou multilicence, kdy dodání má být uskutečněno ze strany autorizovaného prodejce produktů), nelze hodnotit požadavek na jejich převzetí prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem produktů (tedy zjevně obvyklou cestou jejich převzetí a zejména správy těchto licencí) jako požadavek nezákonný. S ohledem na skutečnost, že ani tento požadavek nelze s ohledem na charakter nyní šetřeného případu označit jako požadavek excesivní, vedoucí k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže, neshledal rovněž Úřad ve vztahu k této podmínce důvody pro konstatování závěru o nezákonnosti postupu zadavatele.

255. S ohledem na argumentaci navrhovatele, že zápis do VLSC portálu je možný pouze v případě nových licencí, o něž mohou požádat pouze subjekty v distribuční síti společnosti Microsoft, čímž dle něj opětovně dochází k vyloučení dodavatelů, kteří chtějí dodat zadavatelem poptávané licence mimo tuto distribuční síť, se Úřad zabýval též požadavkem zadavatele, aby vybraný dodavatel za účelem uzavření smlouvy doložil doklad či potvrzení výrobce software nebo jiné certifikační autority, z něhož vyplývá, že dodavatel je autorizovaným prodejcem pro zadavatelem poptávané produkty (viz čl. 14 výzvy k podání nabídek).
256. Úřad uvádí, že v nyní šetřeném případě nelze na základě zjištěných skutečností shledat ani podmínku, aby dodavatel byl autorizovaným prodejcem pro zadavatelem poptávané produkty, jako požadavek nezákonný. V rámci veřejné zakázky má dojít k pořízení „nových“ licencí a k převzetí plnění má dojít prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem. Za této situace Úřad shledává doložení potvrzení výrobce software či jiné certifikační autority o tom, že daný dodavatel je autorizovaným prodejcem pro zadavatelem poptávané produkty, jako požadavek logický a racionálně odůvodnitelný, neboť daným potvrzením získává zadavatel ve vztahu k dodávanému plnění jistotu, že je dodáváno řádným způsobem, ve smyslu dodržení nezbytných náležitostí ve vztahu k poptávanému novému plnění (zde k „novým“ licencím), což je dokládáno právě požadovanou autorizací.
257. K požadavku na splnění pozice autorizovaného prodejce poptávaných produktů, tedy k získání „certifikace“ autorizovaného prodejce, Úřad též dodává, že zde nelze negativně nahlížet na skutečnost, pokud výrobce zboží, popř. jiná certifikační autorita, nehodlá spolupracovat s určitým dodavatelem a učinit jej autorizovaným prodejcem, jestliže daný dodavatel vyvíjí svoji podnikatelskou činnost směrem, jenž neodpovídá podmínkám, na základě nichž je daná autorizace udělována. Jak již Úřad uvedl např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0522/2018/VZ-04135/2019/532/KSt ze dne 8. 2. 2019, *„každý subjekt má nastavenou obchodní a podnikatelskou strategii, jakým způsobem bude na relevantním trhu postupovat a fungovat, přičemž zvolená obchodní strategie určí, na kolik bude daný subjekt konkurenceschopný na relevantním trhu“*. Záleží tedy na dodavateli, jakou obchodní strategii zvolí a zda se přizpůsobí požadavkům výrobce (popř. jiné certifikační autority).
258. Ačkoli obecně lze konstatovat, že požadavkem na doložení potvrzení výrobce software či jiné certifikační autority, že dodavatel je autorizovaným prodejcem pro zadavatelem poptávané produkty, může dojít určitým způsobem ke zúžení hospodářské soutěže, tedy ke zúžení okruhu subjektů, kteří se předmětného zadávacího řízení zúčastní, nelze v nyní šetřeném případě, s ohledem na poptávaný předmět plnění (zajištění novosti licencí a poskytnutí plnění prostřednictvím odkazu na licenčním serveru licenčně a technicky podporovaném výrobcem), shledávat tento požadavek jako nedůvodný, tedy nelegitimní. Ani ve vztahu k požadavku na doložení potvrzení, že dodavatel je autorizovaným prodejcem nyní poptávaných produktů, tak nejsou dle Úřadu dány předpoklady k závěru, že se jedná o podmínku bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž, tedy o podmínku nezákonnou.
259. S ohledem na všechny shora popsané skutečnosti tak Úřad ve vztahu k námitkám navrhovatele neshledal, že by zadavatel při stanovení navrhovatelem namítaných zadávacích podmínek postupoval v rozporu se zákonem, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka



JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. 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