



UOHSX00D3SL5

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0215/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-04205/2020/322/PJe

Brno 6. února 2020

V řízení o rozkladu ze dne 26. 11. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Vema, a.s.**, IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 9. 2019 společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh ze dne 11. 11. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Česká republika – Ministerstvo dopravy**, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1,

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

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh ze dne 11. 11. 2019

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) zahájil dne 9. 7. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Personální informační systém resortu Ministerstva dopravy“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-023222, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 133-327039, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 158-391469 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení „*pořízení licencí k personálnímu informačnímu systému, provedení předimplementační analýzy, poskytnutí komplexního programového vybavení, poskytnutí komplexní dokumentace k dodanému systému, parametrizace, integrace s okolními informačními systémy zadavatele, migrace dat, školení, podpora při souběžném zpracování mezd ve stávajícím a novém systému, zajištění rutinního provozu se zvýšenou podporou a dále zajištění servisní podpory a rozvoje dodaného systému.*“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla podle bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatelem stanovena na 7 700 000 Kč bez DPH.
4. Lze shrnout, že zadavatel v rámci plnění veřejné zakázky požadoval dodání komentovaných zdrojových kódů k dodávanému software. Alternativně umožnil plnění dodáním tzv. proprietárního software. Obsah tohoto pojmu však pro účely zadávací dokumentace svébytně vymezil tak, že se jedná o takový software, který je v době uzavření smlouvy

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

na veřejnou zakázku nabízen třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat a který je prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů. Rovněž alternativně zadavatel umožnil plnění dodáním *open source* software.

5. Dne 2. 9. 2019 doručil dodavatel – Vema,a.s., IČO 26226511, se sídlem Okružní 871/3a, 638 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 9. 2019 společností INDOC s.r.o., IČO 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 (dále jen „**navrhovatel**“) – zadavateli námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne. Rozhodnutím o námitkách ze dne 17. 9. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele v celém rozsahu odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 27. 9. 2019 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jakožto k orgánu příslušnému dle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky.
7. Navrhovatel zejména namítal, že zadavatel nepřipustně rozšiřuje obecně platnou definici proprietárního software, jak je užíván po celém světě, přičemž se odkázal na českou a anglickou mutaci encyklopedie Wikipedie. Dle navrhovatele je zřejmé, že obecně platné definice proprietárního software neberou v úvahu, zda je autor nebo vlastník autorských práv v individuálním postavení anebo je proprietární software na daném trhu nabízen a udržován vícero subjekty souběžně. Změnou definice proprietárního software údajně zadavatel zásadním způsobem omezil možnost účasti navrhovatele na zadávacím řízení.
8. Pro navrhovatele je dle jeho slov naprosto nepřijatelné, aby komukoliv poskytl zdrojový kód svého klíčového software. Požadavek na poskytnutí zdrojových kódů dle navrhovatele působí více škody než užitku – jeho vinou totiž dojde k omezení hospodářské soutěže a zadavatel obdrží výrazně méně nabídek, které budou i výrazně dražší. Zdrojový kód je navíc jen aktuálním otiskem know-how autora, a nezaručuje proto úspěšné pokračování v dílu. Požadavek, aby byl software nabízen alespoň třemi nezávislými výrobci, negarantuje dle navrhovatele, že tito výrobci podají nabídku v budoucím zadávacím řízení. Navrhovatel požadoval, aby Úřad provedl test narušení hospodářské soutěže a omezení konkurenčního prostředí v navrhovatelem předestřené podobě.
9. O návrhu je vedeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0361/2019/VZ. To bylo dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno dne 27. 9. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.

II. **Napadené rozhodnutí**

10. Dne 11. 11. 2019 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0361/2019/VZ-30614/2019/532/LOh z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh dle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Podstatné části argumentace Úřadu lze shrnout následovně.
11. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad zdůraznil, že povinností zadavatele je nastavit takové zadávací podmínky veřejné zakázky, které umožní zadání následné veřejné zakázky v rámci otevřené soutěže. Zadavatel ve zdejším případě dle Úřadu identifikoval potřebu do nyní

požadovaného systému v budoucnu zasahovat a činit v něm úpravy. Dle Úřadu je pro zdárnou realizaci otevřené soutěže na následné zakázky nezbytné, aby zadavatel disponoval oprávněním k výkonu majetkových práv autorských k předmětnému programu.

12. Dle Úřadu, přestože na zadavatelem stanovené podmínky nebudou někteří dodavatelé schopni nebo ochotni přistoupit, a tedy že tyto podmínky do jisté míry omezují množinu možných dodavatelů, Úřad ve vztahu k podmínce specifikované v bodu 9.7.1 návrhu smlouvy, kterou navrhovatel označuje za diskriminační, konstatuje, že i v případě, kdy by zadavatel obdržel v návaznosti na takto vymezené zadání jedinou nabídku se zárukou, že proprietární software, který je součástí nabízeného plnění, nabízejí další tři nezávislé nepropojené subjekty, které mají oprávnění předmětný software upravovat, měl by takto zadavatel do budoucna zaručenu širší soutěž než v případě nabídky dodavatele, který by mu neposkytl oprávnění do dodaného systému bez omezení zasahovat.
13. Dle Úřadu totiž i v případě jediné nabídky splňující navrhovatelem napadenou smluvní podmínku totiž má zadavatel garantováno, že v budoucnu může zadat navazující veřejnou zakázku na základě soutěže 4 dodavatelů, což lze označit za soutěž více dodavatelů než v případě přímého zadání zakázky jednomu dodavateli v rámci jednacního řízení bez uveřejnění. Úřad uzavřel, že z textu bodu 9.7 návrhu smlouvy je zřejmé, že zadavatel stanovil takové podmínky, které představují možnost zajistit soutěž na navazující plnění i bez toho, aby všechna oprávnění či zdrojové kódy byly nyní při dodání systému zadavateli poskytnuty.
14. Názor navrhovatele, podle něhož existence nezávislých partnerů nezaručuje, že se tito budou v budoucnu do zadávacího řízení hlásit, považoval Úřad za spekulativní a usoudil, že jej nelze potvrdit ani vyvrátit, neboť jednání blíže neurčených dodavatelů v návaznosti na zadávací podmínky, které nejsou v současné době známy, nelze nijak odhadnout, natož blíže specifikovat.
15. Úřad také uvedl, že ačkoliv je možné, že zadavatelem stanovená smluvní podmínka má vliv na rozhodování dodavatelů v tom smyslu, zda se předmětného zadávacího řízení zúčastní, nejedná se o podmínku, která by jasně vymezovala množinu dodavatelů, kteří se zadávacího řízení zúčastní, a kteří nikoliv, neboť toto bezesporu závisí na obchodním a podnikatelském postupu každého dodavatele.

III. Rozklad navrhovatele

16. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 26. 11. 2019 rozklad z téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 11. 11. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

17. Navrhovatel v rozkladu namítal zejména, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav věci, neprovedl ani důkaz navržený navrhovatelem, ani jiné vlastní šetření, natož aby nechal zpracovat znalecký posudek. Podstatná fakta Úřad dle navrhovatele bagatelizuje či opomíjí.
18. Například k té zásadní skutečnosti, že předejití *vendor lock-in* efektu lze řešit i jiným způsobem, než zvolil zadavatel, se Úřad dle navrhovatele vyjadřuje pouze velmi stručně, aniž by podrobněji analyzoval její dopad na soutěžní prostředí v této i případných

navazujících veřejných zakázkách oproti dopadu zadávacích podmínek stanovených zadavatelem.

19. Zadavatel se dle navrhovatele dopustil skryté diskriminace, kdy pod zdáním zabránění *vendor lock-in* efektu stanovil takové podmínky, které neumožňují účast většině dodavatelů požadovaného plnění na relevantním trhu, což vede k neodůvodněné překážce hospodářské soutěže pro ostatní dodavatele. Tomu dle navrhovatele odpovídá i fakt, že zadavatel obdržel jedinou nabídku.
20. Ve své dřívější rozhodovací praxi Úřad považoval skutečnost, že byla podána jen jedna nabídka, dle navrhovatele za jednu z hlavních indicií svědčících o nezákonném omezení hospodářské soutěže. Nyní se údajně od své dosavadní praxe odchýlil, aniž by pro to byly věcné důvody, a zasáhl tak do legitimního očekávání navrhovatele a případ nesprávně posoudil po právní stránce. Navrhovatel tedy očekával, že se Úřad k otázce existence pouhé jediné nabídky vyjádří zcela jinak než tak, že počet obdržených nabídek není v šetřeném případě relevantním údajem pro učinění závěru, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, či nikoliv.
21. Navrhovatel nerozporuje právo zadavatele činit opatření k předejití *vendor lock-in* efektu. Rozporuje však způsob, jakým zadavatel v tomto konkrétním případě v zájmu předejití *vendor lock-in* efektu postupoval. Vzhledem k tomu, že *vendor lock-in* efekt lze vyloučit různými způsoby, měl dle navrhovatele zadavatel v daném případě povinnost zvolit takový způsob, který bude souladný se zákonem a jeho cíli, tedy v co nejmenším rozsahu omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku.
22. Dle navrhovatele zadavatel mohl například odpovídajícím způsobem stanovit povinnosti vybraného dodavatele spolupracovat s dalším subjektem při nutnosti zásahu do informačního systému při jeho úpravě, ukončení smlouvy na veřejnou zakázku, či při přechodu na nový systém, tzn. zejména požadovat provedení exportu dat, zajištění součinnosti při migraci dat do nového systému.
23. Dle navrhovatele se „velcí“ zavedení dodavatelé informačních systémů nebudou chtít takto nastavených zadávacích řízení účastnit, neboť poskytnutí zdrojového kódu (obchodního tajemství) po nich nelze spravedlivě požadovat. Poskytnutí obchodního tajemství bude dle navrhovatele určitě znamenat vyšší úhradu, kterou se kompenzuje ztráta obchodního tajemství a know-how, navíc i zvýšené riziko zpřístupnění kódu neoprávněným osobám.
24. Stávající informační systémy jsou dle navrhovatele natolik složité, že pro konkurenci je nemožné na ně konzistentně navázat bez spoluúčasti jejich původců. Rovněž ve vztahu ke svému software považuje navrhovatel za nemožné, aby jiný subjekt, byť by se jednalo o prodejce a obchodního partnera navrhovatele, byl schopen takto komplikovaný software odborným způsobem upravit bez jakékoliv asistence navrhovatele, a to i kdyby měl k dispozici příslušné zdrojové kódy. Poskytnutí zdrojových kódů, patřících do obchodního tajemství navrhovatele, by tedy dle názoru navrhovatele mělo zásadní negativní vliv na obchodní činnost navrhovatele, aniž by současně zadavatel získal předpokládaný benefit.
25. Dle navrhovatele se Úřad otázkou, zda bude subjekt odlišný od dodavatele schopen jeho software na základě znalostí zdrojových kódů odborně upravit, nijak podrobněji nezabýval, neověřil tvrzení navrhovatele v rámci šetření na relevantním trhu, nedotázal se běžných

soutěžitelů, natož aby ustanovil znalce. Je přitom evidentní, že Úřad nemá k posouzení těchto otázek potřebné odborné znalosti.

26. Úřad se nedotázal relevantních dodavatelů, z jakého důvodu nepodali nabídku. Neprovedl tak dle navrhovatele nezbytná šetření a rozhodl „od stolu“.

Závěr rozkladu

27. Navrhovatel závěrem svého rozkladu požaduje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. Rovněž řízení, které napadenému rozhodnutí předcházelo, bylo provedeno v souladu s právními předpisy. Důvody, o které se tento závěr opírá, jsou rozvedeny níže.

V. K námitkám rozkladu

31. Pro veřejné zakázky je specifická skutečnost, že plnění veřejných zakázek je hrazeno z veřejných prostředků. Je široce přijímáno a není třeba blíže zdůvodňovat, že nejefektivnějším prostředkem vedoucím k zajištění hospodárného nakládání s veřejnými prostředky je zajištění co možná nejširšího uplatnění principů hospodářské soutěže. Z toho důvodu zákonodárce přijal právní úpravu zadávání veřejných zakázek, jejímž jádrem a klíčovým institutem je povinnost vést před uzavřením smlouvy zadávací řízení, které představuje druh formalizované soutěže o veřejnou zakázku. Zásadně přitom platí, že jsou preferovány ty druhy zadávacích řízení, které umožňují realizaci otevřené soutěže (např. otevřené řízení), před těmi, které umožňují soutěž určitým způsobem omezit (např. jednací řízení bez uveřejnění).
32. Potřeba hospodárného nakládání s veřejnými prostředky však není významná jen z pohledu postupu zadavatele při kontraktaci. Hraje svoji roli i při rozhodování zadavatele o tom, zda určitou investici uskuteční, v jakém rozsahu a za jakých podmínek.
33. V případě, že se stávající ICT řešení stane pro zadavatele nedostačujícím, může se mu mnohdy jevit ekonomicky výhodnější do stávající proprietárního software zasáhnout, změnit jej či rozvinout než pořizovat úplně nové řešení. To může zadavatel uskutečnit

bud' prostřednictvím původního dodavatele software, sám, má-li k tomu kapacity, či prostřednictvím dodavatele nového, kterého zpravidla musí vybrat v zadávacím řízení, pokud ze zákona neplyne opak.

34. Nicméně, podstatným a charakteristickým znakem proprietárního software je, že jeho autor (původní dodavatel) si zdrojové kódy takového software z důvodů obchodní strategie střeží jako své obchodní tajemství a že k jejich sdílení se zpravidla staví odmítavě. V kontextu toho lze hovořit o uzavřeném charakteru proprietárního software.
35. Má-li tedy nově vybraný dodavatel, či případně i zadavatel sám, upravovat proprietární software, který sám nevytvořil, pak zpravidla první překážkou, která se mu postaví do cesty, bude fakt, že nedisponuje zdrojovými kódy takového software. To je překážka zcela zásadní, neboť bez předchozího poskytnutí zdrojového kódu původním dodavatelem zpravidla nelze počítačový program legálně upravit. Fakticky tak zbude jediný dodavatel, který bude schopen úpravu počítačového programu provést, a sice dodavatel původní, který zdrojovými kódy disponuje.
36. Nezajistí-li si tedy zadavatel předem dostupnost zdrojového kódu i pro dodavatele plnící veřejné zakázky, jejichž předmětem bude rozšíření či rozvoj programu (dále jen „**navazující zakázka**“), dostane se do stavu tzv. proprietárního uzamčení k původnímu dodavateli, resp. stavu závislosti na původním dodavateli, který lze cizím slovem označit jako *vendor lock-in* efekt. Jeho podstatou je, že je to výhradně původní dodavatel (*vendor*), kterému je umožněno do programu zasáhnout, rozvíjet jej či upravit.
37. Lze tedy shrnout, že základní potřebou každého odpovědného zadavatele je předcházet vzniku této situace. Jednou z možností, jak toho zadavatel může docílit, je, že si **vyhradí předání zdrojových kódů** původním dodavatelem pro potřeby svoje či pro potřeby svého potenciálního nového dodavatele. Zaprvé, jenom takto si totiž legálně opatří informace (zdrojový kód), které by jinak byly chráněny zákonem jako obchodní tajemství (§ 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Zadruhé, kdyby tak neučinil, vystavil by se riziku, že mu původní dodavatel později zdrojové kódy nebude ochoten poskytnout a že *vendor lock-in* efekt skutečně vznikne.
38. S výše uvedeným je zpravidla rovněž spojená potřeba **výhrady oprávnění do počítačového programu zasahovat**, a to i prostřednictvím třetí osoby (např. nového dodavatele). Je totiž třeba připomenout, že počítačový program je dle § 2 odst. 2 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 tzv. autorským dílem. Dle § 11 odst. 3 téhož předpisu má autor právo na nedotknutelnost svého díla, které spočívá zejména v právu udělit svolení k jakékoli změně nebo jinému zásahu do svého díla.
39. Překážka obchodního tajemství a nemožnosti do počítačového programu později zasáhnout hrozí zásadně u každé veřejné zakázce, v jejímž rámci má být plněn počítačový program jako proprietární software. To vyplývá z jeho uzavřeného charakteru. Přijetí uvedených výhrad je tedy prvním a základním krokem, který odpovědný zadavatel musí učinit, poptává-li plnění ve formě proprietárního software.
40. Pokud však již zadavatel, potažmo jeho nově vybraný dodavatel zdrojové kódy získá, a je mu právně umožněno nahlédnout do „útrobní“ počítačového programu a upravit jej,

může se potýkat s dalším problémem, na který poukazuje navrhovatel, a sice že samotná znalost zdrojového kódu nemusí postačovat k tomu, aby se mu ve výsledku podařilo software podle představ zadavatele upravit či rozšířit. K tomu často mohou být zapotřebí další poznatky o předmětném počítačovém programu, jakož i zkušenosti, které pouhým studiem zdrojového kódu získat nelze. Na to nepochybně navrhovatel správně poukazuje.

41. Nicméně, odpověď na otázku, zda nově vybraný dodavatel bude schopen zdrojový kód programu k plnění navazující zakázky efektivně využít či nikoliv, závisí v konkrétním případě na větším množství proměnlivých skutečností.
42. Obecně lze říci, že to bude zpravidla záležet na vlastnostech počítačového programu (na jeho složitosti a technické vyspělosti), na předmětu navazující zakázky (co zadavatel bude poptávat), jakož i na vlastnostech dodavatele (zejména na jeho zkušenostech, technickém zázemí a ochotě věnovat potřebný čas tomu, aby se naučil se zdrojovým kódem zacházet).
43. Paušálně a bez zdůvodnění konkrétními fakty tedy zásadně nelze předem uzavírat, že určitý program je tak složitý, že jej zvládne upravit výhradně jeho tvůrce. Záleží totiž na informacích, které má nově vybraný dodavatel k dispozici. Zadavatel mu rovněž jeho úlohu může výrazně usnadnit tím, že pro potřeby nově vybraného dodavatele obstará vedle zdrojového kódu i určité doplňkové informace k počítačovému programu, např. komentáře ke zdrojovému kódu.
44. Lze shrnout, že oprávněné získání zdrojových kódů počítačového programu a práva do programu zasahovat je elementárním předpokladem k tomu, aby úpravu, rozvoj či zásah do počítačového programu bylo vůbec možno s pomocí nově vybraného dodavatele uskutečnit. Naproti tomu otázku, zda nově vybraný dodavatel bude moci navazující zakázku s přihlédnutím k technické složitosti původního řešení vůbec splnit, nelze předem bez znalostí konkrétních poměrů nově vybraného dodavatele, konkrétních rysů navazující zakázky a konkrétních charakteristik upravovaného programu s jistotou zodpovědět.
45. Výše naznačené představuje obecná východiska zdejšího případu. Nyní bude poskytnut prostor vypořádání námitek navrhovatele.

K námitce nepřiměřenosti

46. Za stěžejní považuje předseda Úřadu tu skupinu námitek rozkladu, které směřují proti požadavku na poskytnutí zdrojových kódů k počítačovému programu, který je autorským dílem, tedy že tento požadavek je nepřiměřený (jedná se o důležité obchodní tajemství), nevede ke sledovanému cíli (poskytnutí kódů negarantuje, že jiný dodavatel bude s to program upravit) a že je diskriminační.
47. Pokud jde o námitku, že výhrada předání zdrojových kódů je nepřiměřená, je třeba se v rozsahu námitek rozkladu zabývat otázkami, zda tato podmínka sleduje legitimní cíl, zda je možné jej skrze ni dosáhnout a zda by jej bylo možno dosáhnout i jinak. K tomu všemu ostatně rozkladové námitky navrhovatele také mívají.
48. Pokud jde o otázku, zda předmětná zadávací podmínka sleduje legitimní cíl, pak je třeba uvést, že předání zdrojového kódu původním dodavatelem počítačového programu je základním předpokladem k tomu, aby do počítačového programu mohl vůbec zasáhnout, upravovat jej či rozvíjet i někdo jiný než tento původní dodavatel.

49. Byť předání zdrojového kódu samo o sobě a bez dalšího negarantuje výslednou možnost do programu s úspěchem zasáhnout, neboť to závisí na dalších okolnostech, jak bylo výše popsáno, nelze si legální úpravu programu novým dodavatelem bez současné znalosti zdrojového kódu rozumně představit.
50. Jinými slovy, situace spočívající v tom, že zdrojový kód drží pouze původní dodavatel, brání legální úpravě programu jiným dodavatelem, a je tak nejpodstatnějším důvodem vzniku *vendor lock-in* efektu. Nelze samozřejmě vyloučit, že by stav závislosti na dodavateli nemohl vzniknout i z jiných důvodů či že by snad vedle předání zdrojového kódu bylo třeba k předejití *vendor lock-in* efektu učinit ještě další kroky. Výše uvedená situace však k *vendor lock-in* efektu vede s jistotou a pravidelností.
51. Takové situaci musí zadavatel jednat s náležitou obezřetností, pokud možno, účinně předcházet. Z judikatury správních soudů mu totiž plyne povinnost pečovat o zajištění hospodářské soutěže o veřejnou zakázku.
52. Lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010 -332, kde tento soud uvedl: „*Jak již uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 1771/2009, cílem ZVZ je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Zásady podle § 6 ZVZ (tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace), které je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ vždy dodržovat, je tak třeba doplnit o zásadu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Přestože tyto dvě naposledy uvedené zásady nejsou v ZVZ výslovně mezi základními zásadami uvedeny, je třeba, aby v souladu s nimi zadavatel postupoval, neboť i na nich je postaven ZVZ a v jejich naplnění je samotný smysl zadávání veřejných zakázek podle ZVZ.*“ (pozn. tučné zvýraznění doplněno předsedou; judikatura se vztahuje sice k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je však nepochybně použitelná i za účinnosti zákona).
53. To se nepochybně vztahuje i na zajištění soutěže o navazující zakázky. Může-li zadavatel předvídat budoucí potřebu zadání navazující zakázky, musí již při prvotním pořízení programu přijímat vhodná opatření, aby se vyhnul vzniku stavu závislosti na původním dodavateli, resp. efektu *vendor lock-in*. Jedním z takových možných opatření nepochybně je výhrada předání zdrojových kódů.
54. Není pravdou, co namítá navrhovatel, že zadavatel nezíská kýžený benefit. Výhrada předání zdrojových kódů nepochybně vede k odstranění hlavní a pravidelné příčiny *vendor lock-in* efektu.
55. Z toho rovněž vyplývá, že výhrada sleduje legitimní cíl, neboť předcházení *vendor lock-in* efektu legitimním cílem každého zadavatele skutečně je.
56. Pokud jde o otázku, zda zadávací podmínka k naplnění legitimního cíle skutečně vede, souvisí s tím rozkladová námitka, že ani předání zdrojového kódu negarantuje, že nový dodavatel bude schopen program na základě zdrojových kódů upravit. K tomu lze uvést následující.

57. Je možno v obecné míře souhlasit s tím, že poskytnutí zdrojových kódů výhradně samo o sobě pravděpodobně nepovede k zajištění možnosti dílo upravit či rozšířit ve stejné kvalitě, jakoby to učinil jeho prvotní dodavatel. Navrhovatel to výstižně popsal metaforou, že *„přečte-li si někdo kterékoliv dílo (nebo třeba i všechna) od Williama Shakespeare, nestane se jím samotným se schopnostmi psát další díla podobných či lepších kvalit. Takto rozsáhlý software vzniká na základě dlouholetých specializovaných znalostí a dovedností výrobce, které pochopitelně nejsou součástí předávaného zdrojového kódu.“*.
58. To však neznamena, že by snad výhrada předání zdrojového kódu nevedla k naplnění legitimního cíle. Tímto cílem a účelem výhrady je už samo odstranění základní překážky budoucích úprav počítačového programu třetí osobou, tedy zajištění otevřené cesty k plnění navazující zakázky i někým jiným než původním dodavatelem. Jestli k výsledné úspěšné realizaci navazující zakázky bude třeba splnění dalších podmínek, je v této otázce zásadně nerozhodné.
59. Na skutečnost, že k úspěšnému splnění navazující zakázky předání zdrojových kódů postačovat nemusí, navíc zadavatel přiměřeně reagoval v zadávací dokumentaci tím, že vedle výhrady předání zdrojových kódů si také vymínil, že zdrojový kód musí být předán včetně instalačních souborů, struktury a popisu databáze, vývojové, bezpečnostní a provozní dokumentace a uživatelské dokumentace (dále jen „**doprovodná dokumentace**“; viz bod 9.5 návrhu smlouvy; bod 44. odůvodnění napadeného rozhodnutí, str. 10 nahoře). Lze očekávat, že doprovodná dokumentace novému dodavateli při práci se zdrojovým kódem výrazně napomůže.
60. Zadavatel tedy vedle výhrady předání zdrojových kódů učinil i opatření k tomu, aby novému dodavateli vytvořil podmínky k práci s cizím zdrojovým kódem. Uvedené opatření se jeví jako dostatečné a přiměřené situaci.
61. Tvrdí-li navrhovatel, že stávající informační systémy jsou dle navrhovatele natolik složité, že pro konkurenci je nemožné na ně konzistentně navázat bez spoluúčasti jejich původců, a to i kdyby měla k dispozici zdrojové kódy, pak je třeba konstatovat, že samotná technická složitost poptávaného řešení ještě neznamena, že jej nový dodavatel nebude schopen při znalosti zdrojového kódu upravit. To už bylo ostatně výše vysvětleno. Uvedené nezáleží jen na složitosti původního řešení, ale i na schopnostech a zkušenostech nově vybraného dodavatele a na parametrech navazující zakázky. Jak ostatně navrhovatel poznamenává výše uvedenou metaforou, práci se zdrojovým kódem umožňují právě zkušenosti a znalosti.
62. Nově vybraný dodavatel navíc bude mít k dispozici doprovodnou dokumentaci, což navrhovatel patrně přehlíží.
63. Zadruhé namítá-li navrhovatel, že stávající informační systémy i poptávaný informační systém jsou příliš složité (body 16. a 17. rozkladu), je třeba konstatovat, že navrhovatel neuvádí žádné konkrétní důvody, v nichž by spočívala složitost poptávaného systému či systémů jiných. Logicky tedy nespecifikuje ani vliv takových důvodů na možnost potenciálního nového dodavatele provést úpravy poptávaného programu. Námitku v podobě takového obecného konstatování nelze jakkoliv projednat. Úřad by musel za navrhovatele domýšlet důvody tvrzené složitosti poptávaného informačního systému a vymezit okruh srovnávaných systémů. Lze podotknout, že navrhovatel konkrétní důvody složitosti netvrdí ani ohledně vlastního software.

64. Z namítaných důvodů tedy nelze uzavřít, že by předmětná zadávací podmínka jistě nevedla k cíli, který sleduje. Je tomu právě naopak.
65. Pokud jde o otázku, zda mohl zadavatel namísto přijetí sporné zadávací podmínky učinit jiná vhodná opatření, namítá navrhovatel, že namísto požadavku na předání zdrojových kódů mohl zadavatel např. odpovídajícím způsobem stanovit povinnosti vybraného dodavatele spolupracovat s dalším subjektem při nutnosti zásahu do informačního systému při jeho úpravě, ukončení smlouvy na veřejnou zakázku či při přechodu na nový systém, tzn. zejména požadovat provedení exportu dat, zajištění součinnosti při migraci dat do nového systému apod. (bod 14. rozkladu).
66. K tomu je třeba uvést, že navrhovatel přehlíží, že jediným problémem *vendor lock-in* efektu nejsou komplikace při přechodu na nový systém. Daleko větším problémem je právě sama podstata stavu proprietárního uzamčení, tedy že původní dodavatel je výlučným pánem zdrojového kódu, což má za následek, že navazující zakázku spočívající v úpravě jeho počítačového programu nemůže bez jeho souhlasu plnit někdo jiný.
67. Negativní ekonomické dopady takového stavu na zadavatele mohou být značné. V případě, že zadavatel chce rozvíjet či upravovat již pořízený software, může se ve stavu závislosti obracet pouze na původního dodavatele, což je ideálním předpokladem k tomu, aby původní dodavatel diktoval zadavateli podmínky navazující zakázky včetně podmínek cenových.
68. Zadavatel v takové situaci má v zásadě dvě možnosti, a sice buď zadat navazující zakázku původnímu dodavateli, anebo navazující zakázku ve smyslu rozvoje či úpravy stávajícího software vůbec nezadávat a pořídit namísto toho zcela nový systém.
69. Navrhovatelem predestinovaná alternativní opatření tyto negativní vlivy stavu závislosti nikterak nepostihují ani jim nepředcházejí. Nelze tedy na základě námitek navrhovatele uzavřít, že by existovalo jiné srovnatelné a méně invazivní řešení.
70. Ze všeho výše uvedeného lze uzavřít, že výhrada předání zdrojových kódů je ve zdejší situaci přiměřená svému účelu, neboť sleduje legitimní cíl, dále že je možno skrze ni tohoto cíle dosáhnout a že namítané alternativní metody řešení nemají stejný efekt.

K námitce nevhodnosti

71. Namítá-li navrhovatel, že nabídky, které zadavatel v zadávacím řízení obdrží, budou výrazně dražší, než pokud by k výhradě předání zdrojových kódů zadavatel nepřistoupil, míří tato námitka nepochybně k zásadě hospodárného nakládání s veřejnými prostředky. Přínos zadávací podmínky je totiž jistě třeba vážit a poměřovat s ekonomickým dopadem takové podmínky na zadavatele.
72. Zde je třeba uvést, že zadavatel je nepochybně povinen postupovat v souladu s touto zásadou. Samotný fakt, že si zadavatel vyhradí předání zdrojových kódů, což může vést k růstu nabídkových cen, však ještě neznamená, že tuto zásadu porušuje. *Vendor lock-in* efekt totiž s sebou rovněž může nést vysoké náklady plynoucí zejména z toho, že původní dodavatel je jako dodavatel výhradní schopen zadavateli diktovat cenu navazujících zakázek. Zadavatel je následně vystaven volbě, zda zadat navazující zakázku původnímu dodavateli pod jeho podmínkami, anebo se původně pořízeného software zbavit a koupit si nový, tedy „zahodit“ svoji původní investici.

73. S ohledem na to, že potřeba zadání navazující zakázky může vzejít i z příčin na zadavateli nezávislých, jako jsou např. změna právních předpisů či rozvoj ICT technologií, které navíc nastávají často a pravidelně, lze obecně konstatovat, že zadavatel zpravidla nemůže mít postaveno na jisto, kdy, jestli a v jakém rozsahu mu potřeba zadat navazující zakázku vyvstane. Obezřetný zadavatel by měl každopádně počítat s tím, že taková jednou potřeba vyvstane.
74. Ve zdejší případě zadavatel neměl k dispozici žádné informace, na základě kterých by mohl na jisto postavit, že potřeba zadat navazující zakázku nikdy nevyvstane a že tedy z podstaty věci nemůže být levnější výhradu předání zdrojových kódů nečinit.
75. Zprvce tedy nelze z ničeho uzavřít, že by postupoval neekonomicky, neboť náklady potenciálních budoucích navazujících zakázek nemohl vyčíslit ani zadavatel a nemůže je vyčíslit ani Úřad.
76. Zadruhé, v situaci zadavatele bylo zcela ekonomicky racionální, pochopitelné a přiměřené, že se rozhodl k výhradě přistoupit. Riziko, že dojde k *vendor lock-in* efektu a ke vzniku s ním spojených nákladů v případě zadávání navazujících zakázek, bylo totiž zcela reálné.
77. Z výše uvedeného je třeba uzavřít, že rozkladová námitka týkající se ekonomických dopadů podmínky předání zdrojového kódu na zadavatele, není důvodná. Podmínku nelze považovat za jakkoli excesivní.

K námitce diskriminace

78. Pokud navrhovatel namítá, že výhrada předání zdrojových kódů je diskriminačně stanoveným požadavkem, je třeba uvést následující.
79. Ve zdejší zadávacím řízení mají dodavatelé dokonce více možností – mohou buď předat zdrojové kódy, nebo dodat proprietární software ve smyslu definice zavedené zadavatelem anebo dodat tzv. *open source* software. Dodavatelé tak nejsou nuceni dodat právě jeden určitý druh řešení. Lze konstatovat, že zadavatel nastavil zadávací podmínky relativně široce. Využil totiž hned tři opatření, od kterých očekával zamezení budoucímu *vendor lock-in* efektu.
80. Skutečnost, že zadavatel požaduje něco, na co dle tvrzení navrhovatele není velká část dodavatelů na relevantním trhu ochotna přistoupit, sama o sobě zásadně nemůže být důvodem k závěru, že zadavatel jedná diskriminačně.
81. Ve zdejší případě si všichni dodavatelé mohou z těchto tří řešení vybrat. Nelze tedy hovořit o tom, že by zadavatel zacházel s dodavateli různě. Podmínka předání zdrojového kódu ani nevyklučuje sama o sobě žádného dodavatele na relevantním trhu. Dodavatelé však musí nabídnout to, co zadavatel požaduje. Rozhodnutí, zda dodavatelé přistoupí na podmínky zadavatele, je obchodním rozhodnutím dodavatelů. Z výše uvedených důvodů není možno námitce diskriminace přisvědčit.

K rozšíření definice proprietárního software

82. Pokud jde o námitku, že je diskriminační a excesivní ustanovení bodu 9.7.1 návrhu smlouvy, které umožňuje dodat proprietární software ve smyslu „*software výrobců, jenž je na trhu běžně dostupný, tj. nabízený na území České republiky alespoň třemi na sobě nezávislými a vzájemně nepropojenými subjekty oprávněnými takový software upravovat a který je v době uzavření této Smlouvy prokazatelně užíván v produktivním prostředí nejméně u deseti na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů.*“ (pozn. tučné zvýraznění doplněno předsedou) a že tímto ustanovením zadavatel nepřípustně rozšiřuje obecně platnou definici pojmu *proprietární software*, je třeba uvést následující.
83. Zprvée, pro zadavatele nepředstavují jakékoliv doktrinální či encyklopedické definice závazná pravidla, jejichž porušení či odchýlení se od nich by samo o sobě automaticky představovalo porušení zákona zadavatelem.
84. Zadruhé, i kdyby došlo k odchylce od určité obecně platné definice proprietárního software, nemohlo by to v kontextu zdejšího případu mít za následek porušení zákona. Jak už bylo dříve řečeno, navrhovatel si mohl vybrat ze tří řešení to, které nabídne. Pokud by si nevybral poskytnutí proprietárního software v podobě shora vymezené, mohl si vybrat další dva druhy řešení.
85. Obecně lze konstatovat, že lze mít určité pochyby o tom, do jaké míry zajistí podání většího množství nabídek, pokud zadavatel uzavře smlouvu na veřejnou zakázku s dodavatelem, který bude plnit pomocí redefinovaného proprietárního software. Tyto pochyby mohou vyvstat jak z důvodů tvrzených navrhovatelem, tedy že není zaručeno, že dodavatelé redefinovaného proprietárního software budou mít motivaci podávat nabídky konkurující nabídce jeho původního výrobce, či například z důvodu, že přítomnost předmětných tří nepropojených dodavatelů na trhu v době uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ještě nezaručuje, že na trhu budou přítomni i v době, kdy nastane potřeba zadat zakázku navazující.
86. Úkolem Úřadu však pouze je zachytit ty zadávací podmínky, které prokazatelně vedou k bezdůvodnému omezení konkurenčního prostředí v soutěži o veřejnou zakázku.
87. Naopak není jeho úkolem bránit takovým zadávacím podmínkám, které by teoreticky za splnění dalších okolností, o nichž není v době vedení správního řízení jisté, že nastanou, mohly vést k faktické redukci počtu účastníků zadávacího řízení na navazující zakázku. Takovými budoucími nejistými okolnostmi lze rozumět například právě budoucí rozhodnutí dodavatelů neúčastnit se z ekonomických či obchodně strategických důvodů soutěže o navazující zakázku či například budoucí rozhodnutí dodavatelů z trhu odejít či ukončit svoji činnost.
88. Nastavení strategie, jak zadávací řízení na navazující zakázku učinit atraktivním pro co největší množství dodavatelů, je primárně věcí zadavatele. Limitem s ohledem na zadávací podmínky původní zakázky je mu samozřejmě § 36 odst. 1 zákona, který stanoví, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

89. Redefinice pojmu proprietární software nepředstavuje bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, protože prokazatelně sleduje obdobný legitimní cíl (důvod), jako sleduje výhrada předání zdrojových kódů, tedy odbourat základní překážku stojící v cestě soutěži o navazující zakázku. Pomocí této redefinice se totiž odstraňuje možnost dodat takový proprietární software, nad nímž původní dodavatel vykonává výlučné panství, a umožňuje se dodat pouze takový proprietární software, s nímž nakládá více subjektů. Tím se vytváří předpoklady k uplatnění budoucí hospodářské soutěže o navazující zakázku.
90. Redefinice pojmu proprietární software ani nezaručuje žádnou konkurenční výhodu určitým dodavatelům. Jak již bylo uvedeno, navrhovatel si mohl vybrat stejně jako ostatní dodavatelé na trhu z několika řešení. Nebylo s ním tedy zacházeno rozdílně ani nebyl ze zadávacího řízení apriorně vyloučen.
91. Pochybnosti o efektivitě předmětné podmínky ve vztahu ke garanci širšího okruhu účastníků zadávacího řízení na navazující zakázku mohou být relevantní například v situaci, kdy zadavatel později zjistí, že na trhu kromě původního dodavatele software již nejsou další subjekty, které by mohly navazující zakázku plnit, a v důsledku toho použije pro tuto zakázku jednacím řízení bez uveřejnění. Pak se lze teoreticky zabývat otázkou, zda zadavatel vyvinul při zadávání původní veřejné zakázky dostatečnou péči, aby *vendor lock-in* efektu zabránil. To je však věcí posouzení legality případného užití jednacím řízení bez uveřejnění, tedy zcela jiného správního řízení.
92. Předmětná podmínka není ani excesivní, protože z jinak přísného požadavku na poskytnutí zdrojového kódu pro určité případy slevuje a umožňuje proprietární software dodat alespoň v určité podobě, která byla zadavatelem nastavena tak, aby umožňovala uplatnění hospodářské soutěže o navazující zakázky. Ve vztahu k zachování panství dodavatelů nad zdrojovým kódem programu se při srovnání s ostatními variantami plnění (plnění pomocí tzv. *open source* software či předání zdrojového kódu) jedná vlastně o variantu nejmírnější.
93. Z toho důvodu nelze rozkladové námitce přisvědčit. Předmětná podmínka totiž není diskriminační, není ani excesivní, nezakládá ani bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže a samotnou redefinicí pojmu *proprietární software* zadavatel zákon nemohl porušit.
- Ke skutečnosti, že byla podána jen jedna nabídka*
94. Navrhovatel v rozkladu poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu, z níž dle jeho názoru plyne, že Úřad trvale klade zásadní důraz na počet nabídek podaných v zadávacím řízení a skutečnost, že byla podána jediná nabídka, považuje za jednu z hlavních indicií svědčících o omezení volné hospodářské soutěže prostřednictvím nezákonně stanovených zadávacích podmínek.
95. Dle navrhovatele je proto závěr Úřadu, že „(...) počet obdržených nabídek jakkoliv nerozhoduje o zákonnosti či protiprávním postupu v zadávacím řízení, a tudíž ‚počet obdržených nabídek není v šetřeném případě relevantním údajem pro učinění závěru, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, či nikoliv (...)‘“ (bod 69. odůvodnění napadeného rozhodnutí in fine, str. 22) v rozporu s jeho dosavadní rozhodovací praxí.

96. K tomu předseda konstatuje, že počet obdržených nabídek může být – společně s dalšími okolnostmi – důležitou indicií o tom, že došlo k nezákonnému omezení hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Jedná se však skutečně pouze o indicii, nikoliv o důkaz, jak tvrdí navrhovatel v bodě 10. rozkladu. Fakt, že byla podána jen jedna nabídka, by primárně mohlo svědčit spíše o omezení hospodářské soutěže. O tom, že k takovému omezení mohlo dojít v rozporu se zákonem, by vypovídaly zpravidla spíše ony další okolnosti případu.
97. Na okraj a bez vyvozování konkrétních závěrů pro zdejší případ lze podotknout, že v dobách ekonomické konjunktury, jakou stále prožíváme ještě i dnes, se navíc význam této indicie podstatně oslabuje, protože zkrátka dodavatelé mají práce dostatek a nemají dostatečnou motivaci podávat nabídky v zadávacích řízeních.
98. Ve zdejších případech Úřad předložil argumentaci, proč dle jeho názoru nejsou napadené zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Ačkoliv tedy snad existovala ona indicie, že mohlo dojít k nezákonnému omezení hospodářské soutěže v důsledku nezákonných zadávacích podmínek, Úřad zadávací podmínky přezkoumal a uzavřel, že k tomu nedošlo. Úřad tedy uvedenou indicii nikterak nezanedbal a věnoval se skutečností, o kterých mohla vypovídat. Na základě toho učinil příslušné právní závěry. Pokud snad právní závěry Úřadu trpěly určitými nedostatky, zhojil je jeho předseda v odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu.
99. Nelze než konstatovat, že Úřad v napadeném rozhodnutí ze své rozhodovací praxe fakticky nevybočil. Pokud snad konstatoval, že počet nabídek není vůbec rozhodující, vztáhl takové tvrzení ke zde šetřenému případu za předchozího zdůvodnění, proč v šetřeném případě k porušení zákona nedošlo. Indicie byla zohledněna řádně. Úřad proto postupoval v souladu s dřívější rozhodovací praxí a k porušení legitimního očekávání navrhovatele nemohlo dojít.

Ke zjišťování skutkového stavu

100. Navrhovatel vytýká Úřadu, že neprovedl jím navržený důkaz, konkrétně, že se nezeptal navrhovatelem vypočítaných subjektů, z jakého důvodu nepodali nabídku.
101. K tomu je třeba uvést, že pro zdejší řízení by byl ze všech myslitelných důvodů, pro které mohli navrhovatelem uvedení dodavatelé nabídku nepodat, relevantní maximálně ten, že nechtěli akceptovat zadavatelem nastolené zadávací podmínky. K tomu ostatně směřuje i zadavatel v bodě 22. rozkladu.
102. To však není ve zdejším správním řízení nic nového. Ani Úřad, ani předseda nemají sebemenších pochybností, že existují dodavatelé, pro něž je neakceptovatelné předávat zadavateli zdrojové kódy svého software. Na tom ostatně stojí celé procesní stanovisko navrhovatele.
103. Není ani pochyb o tom, že v současné době je takových dodavatelů mnoho. To je, nicméně, velmi pravděpodobně dáno situací na trhu spočívající v tom, že dodavatelé softwaru ještě nejsou zvyklí zadavatelům poskytovat software za takových podmínek, které by je zbavily jejich výlučného panství nad zdrojovými kódy.
104. Právní řád nicméně ukládá zadavateli, aby této výlučnosti a s ní spojenému stavu závislosti na dodavateli (efektu *vendor lock-in*) účinně bránil. Vyplývá to ze zásady zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí dovozené judikaturou. Tento právní stav nutí zadavatele k tomu, aby si buď vyhrazoval přístup ke zdrojovému kódu a právo jej

upravovat, a to třeba i s pomocí třetích osob, anebo aby přijímal jiná efektivní opatření k zajištění budoucího soutěžního prostředí v soutěži o navazující zakázku.

105. Fakt, že dodavatelé nejsou ochotni poskytovat zadavateli plnění za podmínek, které vedou k odvrácení *vendor lock-in* efektu, na to nemá vliv. Nákup proprietárního software, u něž není možná úprava třetími subjekty, však nepředstavuje z dlouhodobého hlediska pro oblast veřejné správy hospodárnou strategii. Podnikatelské prostředí se tomu musí přizpůsobit a začít nabízet software za takových podmínek, které *vendor lock-in* efekt působit nebudou. Předseda uznává, že v současné chvíli se taková adaptace může jevit jako problematická, obtížná a z obchodního hlediska nikoliv atraktivní, neboť se nacházíme v období, kdy se trh s takovým konceptem teprve seznamuje a hledá si k němu cesty. Pokud však má podnikatelské prostředí zájem o plnění veřejných zakázek, bude k uvedené adaptaci muset nakonec přistoupit.
106. I kdyby tedy snad případným šetřením Úřad zjistil, že všichni navrhovatelem jmenovaní dodavatelé nepodali nabídku právě proto, že nebyli ochotni akceptovat zadavatelem zvolené způsoby předcházení *vendor lock-in* efektu, nemohlo by to na výsledku správního řízení ničeho změnit. Důvodem jejich neúčasti v zadávacím řízení by totiž nebylo tvrzené diskriminační nastavení zadávacích podmínek či bezdůvodné omezení konkurenčního prostředí, nýbrž jejich rozhodnutí odůvodněné jejich obchodní strategií neposkytovat zdrojové kódy. To však nezákonnost zadávacích podmínek nezpůsobuje.
107. Z výše uvedených důvodů předseda nevidí dále důvod, proč by Úřad měl ve zdejším případě provádět jiná šetření.
108. Lze uzavřít, že Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy, a to na základě řízení, které bylo vedeno rovněž v souladu s právními předpisy.

VI. Závěr

109. Ze všech výše uvedených důvodů nebyly shledány důvody ani ke změně, ani ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu. Napadené rozhodnutí bylo proto potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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