



UOHSX00GJT1J

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0534/2021/VZ  
Číslo jednací: ÚOHS-31229/2022/500

Brno 8. 9. 2022

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 11. 11. 2021 na návrh podaný téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – Proconom Software, s.r.o., IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „Podpora a rozvoj ASPE“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy,

rozhodl takto:

**Návrh** navrhovatele – Proconom Software, s.r.o., IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec – podaný dne 11. 11. 2021 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „**Podpora a rozvoj ASPE**“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění

pozdější opravy, 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**.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 8. 9. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Podpora a rozvoj ASPE“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy (dále jen „dynamický nákupní systém“ nebo „DNS“).
2. Zadavatel zahájil zadávací řízení na zavedení dynamického nákupního systému z pozice centrálního zadavatele ve smyslu § 9 zákona, přičemž centralizované zadávání je prováděno i pro další zadavatele, jimiž jsou subjekty z resortu dopravy (viz čl. 1 zadávací dokumentace a předmětné smlouvy o centralizovaném zadávání).
3. Účelem zavedení dynamického nákupního systému je dle čl. 2.1 zadávací dokumentace zavedení *„plně elektronického, otevřeného systému pro zadávání dílčích veřejných zakázek, jejichž předmětem budou plnění spojená s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE tak, jak je definováno v Příloze č. 5 této zadávací dokumentace (dále jen ‚ASPE‘), zejména:*
  - *poskytování služeb podpory a údržby programového vybavení ASPE;*
  - *poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE;*
  - *poskytování kontinuální maintenance k užívání programového vybavení ASPE;*
  - *poskytování dalších souvisejících plnění vztahujících se k programovému vybavení ASPE, u nichž může vyvstát potřeba jejich poskytnutí.“*
4. Dle odkazované přílohy č. 5 zadávací dokumentace týkající se specifikace programového vybavení ASPE, se tímto programovým vybavením ASPE v době zavedení DNS rozumí: *„aplikační IS pro přípravu a řízení staveb reprezentující souhrnně následující bloky aplikace:*
  - *ve verzi 10 se jedná o CDSS (centrální datový sklad stavby), Aspe online (datový sklad stavby), MIP (manažerský informační portál);*
  - *ve verzi 11 tomu odpovídá složení AspeEsticon, AspeHub, AspeMip.“*
5. V čl. 2 zadávací dokumentace zadavatel rovněž stanovil, že *„[p]oskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace. (...) Předmětem tohoto zadávacího řízení je zavedení DNS s názvem ‚Podpora*

*a rozvoj ASPE'. Cílem zadavatele je disponovat okruhem dodavatelů, kteří budou schopni v reakci na aktuální potřeby zadavatele plnit předmět dílčích veřejných zakázek na základě jednotlivých dílčích veřejných zakázek zadávaných centrálním zadavatelem nebo dalšími zadavateli, a to v průběhu doby zavedeného DNS. Vstup do DNS je tak umožněn všem dodavatelům, kteří splní podmínky pro zařazení do DNS kdykoliv v průběhu jeho trvání, tedy i po dokončení zadávacího řízení na jeho zavedení.“*

6. Předpokládaná hodnota veřejných zakázek, které zadavatel plánuje zadat v dynamickém nákupním systému byla dle čl. 4 zadávací dokumentace stanovena ve výši 135 000 000 Kč bez DPH za celou dobu trvání dynamického nákupního systému.
7. V čl. 6 zadávací dokumentace je k zavedení DNS a zařazení do DNS dále mj. uvedeno: „*V rámci zadávacího řízení dodavatelé podají žádost o účast dle čl. 7 níže, které zadavatel posoudí před zavedením DNS. Dodavatele, jehož žádost o účast podaná v zadávacím řízení nesplní zadávací podmínky, zadavatel do DNS nezařadí. To nicméně nebrání dodavateli podat žádost o účast po zavedení DNS, a to i opakovaně. (...) Okamžikem zavedení DNS platí, že dodavatelé, kteří podali řádnou a úplnou žádost o účast, jsou do DNS zařazeni. DNS je otevřený po celou dobu zavedení, to znamená, že dodavatelé mohou požádat o zařazení do DNS též po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast po zavedení DNS v souladu s podmínkami stanovenými touto zadávací dokumentací.“*
8. Dle čl. 7 zadávací dokumentace „*obsah, rozsah a způsob podání žádostí o účast je shodný, bez ohledu na to, zda se podávají před zavedením DNS nebo po zavedení DNS.“* Dále zadavatel stanovil následující požadavky:
 

*„Žádost předložená dodavatelem musí mít elektronickou formu a musí obsahovat alespoň:*

  - a) krycí list žádosti (příloha č. 1 zadávací dokumentace);*
  - b) doklady o kvalifikaci dle čl. 9 níže (příloha č. 2 zadávací dokumentace), přičemž podmínkou pro zařazení dodavatele je dále:*
  - c) doložení dokladu, ze kterého jasně vyplývá, že dodavatel je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe®, a*
  - d) prokázání, že alespoň jedna osoba v realizačním týmu dodavatele uvedená v čl. 9.4 této zadávací dokumentace disponuje platnou certifikací Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin.“*
9. Podle čl. 9 zadávací dokumentace je předpokladem pro zařazení dodavatele do DNS „*prokázání splnění kvalifikace dle níže uvedeného čl. 9.1 a dále podání žádosti o účast dle čl. 7 a čl. 8 zadávací dokumentace výše.“*
10. Podle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace „*[v] případě společné účasti dodavatelů zadavatel požaduje, aby každý z dodavatelů doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe®, tj. doklad dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace.“<sup>1</sup>*
11. Z vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 2 uveřejněné na profilu zadavatele dne 4. 10. 2021 vyplývá, že v souvislosti se zněním čl. 9.5.5 zadávací dokumentace

<sup>1</sup> Ve znění vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 2 uveřejněné na profilu zadavatele dne 4. 10. 2021.

byl zadavatel dotazován mj. na okolnost, „z jakého důvodu Zadavatel požaduje předložení dokladu, ať již podle odst. 7 písm. c) nebo podle odst. 7 písm. d) zadávací dokumentace, od všech dodavatelů podávajících společnou nabídku (...)“, zadavatel reagoval sdělením, že „požadavek, aby každý z dodavatelů podávající společnou nabídku předložil doklad dle odst. 7 písm. c) zadávací dokumentace, jakož i požadavek, aby tito společně prokázali, že disponují alespoň jednou certifikovanou osobou dle čl. 9.4 zadávací dokumentace, je zcela opodstatněný a nemá nikterak diskriminační charakter. Veškeré plnění poskytované na základě dílčích zakázek bude totiž spojené s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE, k čemuž jsou vyžadovány potřebné znalosti a zkušenosti s tímto systémem. Kdyby tak zadavatel umožnil účast i necertifikovaných dodavatelů, neměl by dostatečnou jistotu, že nedojde k neodbornému zásahu do programového vybavení ASPE. Zadavateli navíc ani není zřejmé na jakou část plnění by mohl být využit dodavatel bez certifikace ASPE, když zásah do programového vybavení dodavatelem bez osvědčení nebude ze strany výrobce, tj. IBR Consulting, s.r.o., umožněn.“

12. V rámci vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 4 uveřejněné na profilu zadavatele dne 12. 10. 2021 k žádosti o vysvětlení „na základě jakého certifikačního procesu a kým je vydán doklad prokazující oprávnění dodavatele realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe, a to v takovém rozsahu, který je požadován v části 7 „Žádost o účast“ zadávací dokumentace,“ zadavatel sdělil, že „požadavek na doložení dokladu prokazujícího oprávnění dodavatele realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE stanovený v zadávací dokumentaci byl stanoven na základě Podmínek a pravidel partnerského programu IBR při poskytování Maintenance produktů rodiny Aspe Zákazníkům z rezortu Ministerstva dopravy ČR výrobce a vlastníka produktů rodiny ASPE, tj. společnosti IBR Consulting, s.r.o. (dále jen ‚IBR‘), přičemž zadavatel byl povinen nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, aby zamezil jakémukoliv neoprávněnému zásahu do programového vybavení ASPE. Co se týče certifikačního procesu, platí, že společnost IBR jakožto výrobce a vlastník produktů rodiny ASPE umožní zásah do programového vybavení ASPE pouze svým partnerům, tj. právníkům osobám zaměřeným na poskytování služeb a dodávek IT/SW, které mají s touto společností uzavřenou tzv. partnerskou smlouvu, tedy smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů ASPE (partnerská smlouva). Z uvedeného plyne, že dodavatel musí za účelem uzavření partnerské smlouvy a tím i pro získání dokladu potřebného ke splnění podmínek účasti v zadávacím řízení kontaktovat společnost IBR. Součástí partnerské smlouvy je zejména závazek partnera respektovat a dodržovat pravidla partnerského programu IBR při prodeji a poskytování podpory produktů rodiny ASPE, která stanovují základní rámec a principy fungování partnerské sítě IBR. Zadavatel pak pro účely účasti v zadávacím řízení nepožaduje přímo předložení této smlouvy, neboť ta by s ohledem na její povahu mohla obsahovat obchodní tajemství. Zadavateli postačí právě doklad vydaný společností IBR, ze kterého bude patrné, že dodavatel má uzavřenu partnerskou smlouvu a je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE.“
13. V témže dokumentu pak na žádost o objasnění požadavku čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace, kde zadavatel požaduje doložit v žádosti o účast i oprávnění k realizaci prodeje produktů ASPE, přičemž dle tazatele není zřejmý žádný budoucí úmysl ani aktuální potřeba jakékoliv obchodní činnosti s produkty ASPE, zadavatel v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 sdělil, že „partnerem zařazeným do partnerského programu společnosti IBR se může stát pouze dodavatel, který splní podmínky stanovené společností IBR a uzavře

*partnerskou smlouvu s touto společností. Společnost IBR neumožňuje uzavřít partnerskou smlouvu pouze na podporu produktů ASPE, a nikoliv na jejich prodej. Jedná se o komplexní balíček 3 plnění, díky kterému má společnost IBR garantováno, že dodavatel zná systém ASPE jako komplex a ví, jak s tímto systémem dále pracovat – a to právě i poskytovat jeho prodej. Dodavatel tak může získat výhradně jediný doklad, který společnost IBR vystavuje a umožňuje jeho získání, kdy tento bude obsahovat, jak oprávnění systém ASPE rozvíjet, tak prodávat. Pokud by zadavatel nepožadoval předložení takového dokladu, nemohl by předmětný dynamický nákupní systém (DNS) vůbec provozovat, neboť by v něm nebyli dodavatelé, kteří by měli potřebné znalosti a zkušenosti se systémem ASPE, kdy navíc jakýkoliv zásah do programového vybavení by nebyl jeho výrobcem, společností IBR, umožněn. Požadavek zadavatele je navíc zcela přiměřený a oprávněný i s ohledem na tu skutečnost, že předmětem veřejných zakázek zadávaných v zavedeném DNS může být i poskytování dalších souvisejících plnění vztahujících se k programovému vybavení ASPE, předmětem těchto veřejných zakázek tak nebude toliko podpora a rozvoj produktů ASPE v užším slova smyslu. A byť prodej produktů ASPE skutečně není základním typem plnění, které bude v rámci veřejné zakázky realizováno, nelze do budoucna ani potřebu této formy základní obchodní činnosti vyloučit. V tomto ohledu je třeba podotknout, že DNS bude zavedeno na celých 10 let, zadavatel proto musí být připraven i na situaci, kdy dojde k obměně požadovaných plnění a vyvstane právě např. potřeba prodeje ASPE. Tato skutečnost je zadavatelem reflektována i do samotného účelu zavedení DNS uvedeného v odst. 2.1 zadávací dokumentace (...).“*

14. Lhůta pro podání žádostí o účast byla ve smyslu vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 3 a příslušného opravného formuláře oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovena do dne 18. 10. 2021.
15. Dne 15. 10. 2021 obdržel zadavatel od navrhovatele – Proconom Software, s.r.o., IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec (dále jen „navrhovatel“ nebo též „stěžovatel“) – námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne. Dne 1. 11. 2021 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí o námitkách, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
16. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 11. 11. 2021 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž Úřad konstatuje, že obsah návrhu ve smyslu § 249 zákona, kterým je vymezen předmět řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je tvořen toliko námitkovými tvrzeními navrhovatele, jež byly obsahem podaných námitek ze dne 15. 10. 2021. Stejnopis návrhu, resp. námitková tvrzení navrhovatele, byl téhož dne též doručen rovněž zadavateli (k otázce včasnosti doručení návrhu Úřadu a zadavateli blíže dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

## **II. OBSAH NÁVRHU**

17. V úvodu návrhu navrhovatel uvádí, že zadávací dokumentace na zavedení dynamického nákupního systému je v rozporu se zákonem, neboť dle názoru navrhovatele zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci na zavedení dynamického nákupního systému vedou k omezení okruhu soutěžitelů o veřejnou zakázku. Navrhovatel dále tvrdí, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval diskriminačně a netransparentně, v důsledku čehož „může stěžovatel utrpět újmu spočívající ve svém důsledku v tom, že nebude zařazen

*do dynamického nákupního systému a zakázky budou přiděleny dodavatelům, kteří jsou či mohou být v zadávacím řízení na úkor stěžovatele či jiných dodavatelů zvýhodněni.“*

18. Navrhovatel předně cituje v čl. 2 zadávací dokumentace stanovenou zadávací podmínku, že *„[p]oskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace“*, k čemuž uvádí, že se jedná o podmínku, jež je v rozporu se zásadou transparentnosti i se zásadou zákazu diskriminace.
19. Výše uvedená podmínka je dle názoru navrhovatele netransparentní, neboť *„nedává účastníkům zadávacího řízení jasný návod pro způsob jejího prokázání“*. Dle názoru navrhovatele se v tomto případě jedná o podmínku neurčitou.
20. Rozpor se zásadou zákazu diskriminace pak navrhovatel spatřuje v tom, že dle názoru navrhovatele Pravidla partnerského programu IBR nejsou stanovena objektivně, nýbrž záleží na libovůli soukromého subjektu IBR Consulting s. r. o., zda poskytne případnému zájemci o vstup do partnerského programu IBR informace o podmínkách vstupu či nikoliv, o čemž dle navrhovatele svědčí i jím vedená komunikace s tímto subjektem z května roku 2021, kdy zmíněná společnost dle vyjádření navrhovatele na žádost o sdělení podmínek vstupu do partnerské sítě reagovala tak, že tyto podmínky navrhovateli odmítla sdělit, neboť jej jako partnera nechce. Dle navrhovatele platí, že *„[t]akto nastavená pravidla jsou ovšem ze strany Zadavatele nezákonná. Dané ‚partnerství‘ totiž nevystihuje objektivně stanovenou potřebu pro Zadavatele, ale vytváří nesmyslné překážky pro dodavatele, kteří se ‚nelíbí‘ IBR Consulting s. r. o.“*
21. Navrhovatel dále poukazuje na vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 12. 10. 2021, z něhož je dle názoru navrhovatele patrné, *„že zadávací podmínky splní pouze ten, který má uzavřenou partnerskou smlouvu s IBR Consulting s. r. o., což s ohledem na to, že podmínky partnerství jsou založeny na neobjektivně stanovených podmínkách soukromého subjektu, znamená, že zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně.“*
22. Dále navrhovatel poukazuje na čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace, v němž je zakotven požadavek zadavatele, aby dodavatel v žádosti o účast doložil doklad, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE [písm. c)] a prokázal, že alespoň jedna osoba v realizačním týmu dodavatele uvedená v čl. 9.4 této zadávací dokumentace disponuje platnou certifikací Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin [písm. d)]. Navrhovatel v této souvislosti též poukazuje na vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 12. 10. 2021, přičemž shledává, že takto stanovené zadávací podmínky jsou v rozporu se zákonem.
23. Navrhovatel je přesvědčen, že se v případě obou podmínek jedná o podmínky, jež představují skrytou kvalifikaci a jež nejsou obsaženy ve výčtu dokladů, které může zadavatel dle zákona v nadlimitním režimu požadovat k prokázání základní způsobilosti podle § 74 zákona, k prokázání profesní způsobilosti podle § 77 zákona, k prokázání ekonomické kvalifikace podle § 78 zákona nebo k prokázání technické kvalifikace podle § 79 zákona. Dle navrhovatele představují tyto doklady požadavek zadavatele na kvalifikaci účastníka zadávacího řízení, přičemž se dle názoru navrhovatele jedná o podobné certifikáty prokazující partnerství,

o nichž již Úřad dříve rozhodoval (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv ze dne 10. 2. 2021).

24. Dle navrhovatele je požadavek na doložení dokladu, že dodavatel je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE, nezákonný také v tom ohledu, že přesahuje rámec předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel v tomto kontextu uvádí, že předmětem zakázek zadávaných v dynamickém nákupním systému má být podpora a údržba programového vybavení ASPE, nikoliv prodej produktů ASPE, dle navrhovatele je tudíž požadavek na předložení dokladu, že je účastník oprávněn realizovat prodej těchto produktů nezákonný.
25. Navrhovatel uvádí, že z vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 12. 10. 2021 vyplývá, že zadávací podmínky ve větší míře určuje soukromý subjekt IBR Consulting s. r. o. a zadavatel byl povinen nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, aby zamezil jakémukoliv neoprávněnému zásahu do programového vybavení produktů ASPE. *„Z výše uvedeného vyplývá, že Zadavatel je jako uživatel díla ASPE v situaci, kdy je zcela závislý na službě konkrétního dodavatele (IBR Consulting s. r. o.). Taková situace je učebnicovým příkladem tzv. vendor lock-inu.“*
26. Navrhovatel dále uvádí, že dle jeho informací není zadavatel vlastníkem zdrojových kódů produktů ASPE. Dle navrhovatele tedy zadavatel *„vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě IBR Consulting s. r. o., přičemž o tom, kdo bude partnerem této sítě rozhoduje výlučně pouze IBR Consulting s. r. o. na základě subjektivních pocitů. V tomto případě je stav exkluzivity pouze zastřen otevřeným dynamickým nákupním systémem, který byl zvolen jako ‚kreativní‘ řešení, i když zde je reálně nemožné zadat Veřejnou zakázku někomu jinému než původnímu dodavateli, resp. někomu, koho si sám tento původní dodavatel zvolí.“*
27. Navrhovatel též napadá ustanovení čl. 9.5.5 zadávací dokumentace, jež stanovuje, že v případě společné účasti dodavatelů požaduje, aby každý z dodavatelů doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE. Dle navrhovatele je tento požadavek nezákonný, neboť není v souladu s § 82 zákona. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na znění důvodové zprávy k § 84 zákona, z níž vyplývá, že zadavatel nemůže vyloučit pravidla uvedená v § 82 zákona a musí dodržovat základní zásady podle § 6 zákona. Dle názoru navrhovatele zadavatel *„nemůže v případě společné účasti vyžadovat přísnější úroveň kvalifikace než u jednotlivých dodavatelů, což se v daném případě stalo, neboť je daný požadavek požadován hned několikrát podle toho, kolik členů bude společně podávat nabídku.“*
28. Navrhovatel rovněž dále napadá, že v rozporu se zněním § 138 odst. 1 zákona se v případě předmětného zadávacího řízení na zavedení dynamického nákupního systému nejedná o běžné, obecně dostupné zboží, služby nebo stavební práce, neboť zadavatel podporu a údržbu programového vybavení ASPE *„zatížil tolika podmínkami, jako jsou certifikace, partnerské podmínky, oprávnění prodávat produkty ASPE, že se již rozhodně nejedná a o běžné a obecně dostupné služby. Podstatou DNS je především zjednodušení opakovaného zadávání veřejných.“*

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

29. Úřad obdržel návrh dne 11. 11. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ.
30. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
31. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-38822/2021/536/GHo ze dne 16. 11. 2021.
32. Usnesením č. j. ÚOHS-38823/2021/536/GHo ze dne 16. 11. 2021 byla zadavateli stanovena lhůta k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení.
33. Dne 22. 11. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele a dokumentaci o zadávacím řízení.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 22. 11. 2021**

34. Ve vyjádření k návrhu ze dne 22. 11. 2021 se zadavatel věnuje ryze procesním aspektům podaného návrhu. Předně zadavatel upozorňuje, že podle § 251 odst. 2 zákona, není-li stanoveno jinak, musí navrhovatel návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele doručit Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítl.
35. V kontextu výše uvedeného zadavatel odkazuje na den doručení rozhodnutí o námitkách, z čehož dovozuje, že návrh navrhovatele měl být v předmětném případě doručen Úřadu a ve stejnopisu i zadavateli nejpozději dne 11. 11. 2021.
36. Dále zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že dne 11. 11. 2021 byla zadavateli prostřednictvím datové schránky doručena datová zpráva označená jako „Námitky proti zadávacím podmínkám Proconom Software s.r.o.“, jež obsahovala celkem osm příloh. Zadavatel dále upozorňuje na to, že z výše uvedených dokumentů (osmi příloh) mu nebylo a ani nemohlo být zřejmé, že se jedná o návrh k Úřadu ve smyslu § 250 odst. 1 zákona.
37. Zadavatel dále uvádí, že dne 15. 11. 2021 mu byla prostřednictvím datové schránky doručena další datová zpráva označená jako „Námitky proti zadávacím podmínkám Proconom Software s.r.o.“. Tato datová zpráva obsahovala celkem tři přílohy. Jednou z těchto příloh byl i dokument nazvaný „Návrh k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.pdf“, z čehož dle zadavatele plyne, že *„stěžovatel si byl vědom svého pochybení, když zadavateli dne 15. 11. 2021 opětovně zaslal datovou zprávu, ve které nyní zadavateli doručil také předmětný návrh na zahájení řízení před Úřadem“*.
38. Zadavatel shrnuje, že *„v zákonné lhůtě mu ze strany stěžovatele nebyl doručen stejnopis návrhu, a to ani datovou schránkou ani jiným způsobem. Ze zadavateli dostupných informací je přitom zřejmé, že stěžovatel nedodržel zákonnou lhůtu ani ve vztahu k Úřadu, když návrh Úřadu doručil až po uplynutí zákonné lhůty.“* Dle názoru zadavatele tedy Úřad nemá jinou možnost, než v souladu s § 257 písm. e) zákona zahájené řízení obligatorně zastavit.



## Další průběh správního řízení

39. Přípisem č. j. ÚOHS-43534/2021/536/V Sv ze dne 20. 12. 2021 se Úřad obrátil na společnost IBR Consulting, s.r.o., IČO 25023446, se sídlem Sokolovská 352/215, 190 00 Praha 9 (dále jen „společnost IBR“) s žádostí o sdělení informací týkajících se v čl. 2.1 zadávací dokumentace zmiňovaných pravidel partnerského programu IBR a uzavírání partnerských smluv o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů ASPE. Konkrétně se Úřad dotazoval na (1) počet a identitu subjektů, které jsou aktuálně členy této partnerské sítě; dále na (2) podmínky, které dodavatelé musí splnit, aby s nimi byla uzavřena partnerská smlouva; (3) zda se dodavatel stane „automaticky“ (tj. ve 100 % případů) spolupracujícím partnerem, pokud požadované podmínky spolupráce v plném rozsahu splní, či se naopak společnost IBR může rozhodnout nepřistoupit na partnerskou spolupráci, a to i při splnění požadovaných podmínek partnerské spolupráce tímto dodavatelem; (4) rovněž na to, jakým konkrétním způsobem probíhá partnerská spolupráce, a co je její náplní, či jaké výhody dodavateli z partnerské spolupráce plynou.
40. V reakci na danou žádost obdržel Úřad dne 22. 12. 2021 od společnosti IBR vyjádření ze dne 20. 12. 2021, v němž tato společnost sdělila, že k dnešnímu dni má její partnerská síť šest partnerů, kteří mají uzavřenou partnerskou smlouvu a tyto subjekty označila. Dále společnost IBR sdělila k jednotlivým otázkám následující:
- 2) *„Pro uzavření partnerské smlouvy musí zájemce splnit kritéria definovaná v dokumentu ‚Pravidla partnerského programu IBR při prodeji a poskytování podpory a rozvoji produktů Aspe®‘, odstavec 2. bod 2.1:*
2. *Podmínky pro začlenění do partnerské sítě IBR*
- 2.1 *Kritéria*
- Právnícké osoby – zájemci se mohou do otevřeného partnerského programu přihlásit a stát se Partnerem IBR po splnění následujících kritérií:*
- *Zájemce je právnícká osoba, jejíž podnikatelská činnost je zaměřena převážně na poskytování služeb a dodávek v oblasti IT/SW s minimálně 3 zaměstnanci na hlavní PP pro tuto činnost.*
  - *Zájemce uzavřel s IBR Smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory Produktů Aspe (dále též jen jako ‚Partnerská smlouva‘).*
  - *Zaměstnanci Zájemce, kteří mají vykonávat služby prodeje a podpory absolvovali školení a získali následnou Certifikaci na úroveň Admin pro příslušné Produkty Aspe (Aspe 10, Aspe Online, MIP, Aspehub, AspeEsticon, AspeMip).*
  - *Zájemce získal na podkladě certifikací zaměstnanců na úroveň Admin pro příslušné Produkty Aspe (Aspe 10, Aspe Online, MIP, Aspehub, AspeEsticon, AspeMip) certifikaci Partnera.*
  - *Zájemce nesmí současně vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči Produktům Aspe konkurenční produkt.*
- 3) *Pokud zájemce splňuje obecné podmínky umožňující vstup do partnerské sítě (první a poslední podmínka), musí dále splnit ostatní podmínky proškolení a Certifikace určených*

*zaměstnanců a následné získání Certifikátu Partner, až poté je možné s ním uzavřít Partnerskou smlouvu. Samotná skutečnost, že zájemce splňuje podmínky pro vstup do partnerské sítě samozřejmě nemůže, a tedy ani nezakládá automaticky nárok zájemce na uzavření partnerské smlouvy, nicméně dosud každý zájemce, který podmínky splnil, se stal členem partnerské sítě, tj. se 100% zájemců splňujících stanovené podmínky byla uzavřena partnerská smlouva.*

4) *Partneři jsou oprávněni na základě Partnerské smlouvy provádět pro zákazníky:*

- *Akvizici licencí produktů Aspe*
- *Maintenance, tedy technickou podporu a školení*
- *Rozvoj Produktů Aspe včetně tvorby a poskytnutí technické dokumentace*

*příčemž tuto činnost partneři provádějí v rámci svého podnikání a za úplatu sjednanou se zákazníky, tj. dosahují tím vlastního zisku.*

*Pro výše uvedenou činnost dále poskytuje IBR partnerům odbornou podporu a školení, sdílí s partnery informace týkající se užívání software, poskytuje partnerům možnost aktivně se účastnit na rozvoji (upgrade) předmětného software a na jeho přizpůsobení potřebám zákazníků, ať již potřebám individuálním dle požadavku konkrétního zákazníka partnera, nebo na rozvoji obecném.“*

41. Usnesením č. j. ÚOHS-43749/2021/536/JSz ze dne 21. 12. 2021 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání stanoviska k podmínce uvedené v čl. 9.5.5 „Prokázání kvalifikace v případě společné žádosti o účast“ zadávací dokumentace ve vztahu k čl. 9.5.4 zadávací dokumentace, v rámci něhož zadavatel umožňuje prokázání části kvalifikace prostřednictvím jiných osob, a rovněž objasnění důvodu zařazení požadavku vyplývajícího z čl. 9.5.5 zadávací dokumentace do části zadávací dokumentace vztahující se k prokazování kvalifikace.

42. Dne 28. 12. 2021 obdržel Úřad od zadavatele podání, v němž se zadavatel sdělil svůj postoj k otázkám Úřadu.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 28. 12. 2021**

43. K dotazu Úřadu na objasnění důvodu zařazení požadavku 9.5.5 zadávací dokumentace do části týkající se prokazování kvalifikace [v kontextu požadavku vyplývajícího z čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace], zadavatel uvedl, že společnost IBR „*poskytuje organizacím v resortu Ministerstva dopravy komplexní služby vztahující se k programovému vybavení z ‚rodiny ASPE‘. Poskytování těchto služeb podléhá podmínkám Partnerského programu společnosti IBR (viz příloha č. 6 zadávací dokumentace), která je oprávněným vykonavatelem majetkových autorských práv k programovému vybavení z ‚rodiny ASPE‘. Organizace z resortu Ministerstva dopravy, mezi kterými je taxativně vyjmenován i zadavatel, jsou jakožto zákazníci, kteří využívají programové vybavení z ‚rodiny ASPE‘, vázáni těmito podmínkami Partnerského programu společnosti IBR při zajišťování poskytování maintenance produktů ASPE. Zadávací podmínky zadávacích řízení, jejichž předmětem je poskytování maintenance příp. dalších služeb k produktům ASPE tak musí být stanoveny tak, aby nedošlo k neautorizovanému zásahu do programového vybavení. V opačném případě by došlo k nepřípustnému zásahu do programového vybavení z ‚rodiny ASPE‘ a ke vzniku příslušných odpovědnostních povinností*

na straně příslušné resortní organizace. Zásahy do programového vybavení ASPE tedy každopádně může provádět pouze takový dodavatel, který disponuje potřebnými právními, organizačními i technickými kapacitami – je členem Partnerského programu IBR. Cílem tohoto zadávacího řízení je zavedení dynamického nákupního systému, v rámci něhož budou následně zadávány jednotlivé veřejné zakázky na podporu, údržbu a rozvoj programového vybavení ASPE (viz. čl. 2 zadávací dokumentace). Výsledkem tohoto zadávacího řízení má tak být vytvoření užšího okruhu dodavatelů, u kterých bude postaveno najisto, že disponují odpovídající kvalifikací a zejména též autorskoprávním oprávněním pro práci s programovým vybavením ASPE. Z tohoto důvodu – a v souladu s podmínkami Partnerského programu IBR – tedy zadavatel vymezil zadávací podmínky tak, jak vyplývá z čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace.“ Zadavatel dále uvedl, že požadavek vyplývající z čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace na předložení dokladu o partnerství zopakoval v čl. 9.5.5 zadávací dokumentace s ohledem na jeho obligatorní charakter a zejména v zájmu srozumitelnosti a přehlednosti pro účastníky zadávacího řízení.

44. K otázce Úřadu na podmínky případné účasti poddodavatelů v kontextu stanovené podmínky čl. 9.5.5 zadávací dokumentace na předložení dokladu dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace v situaci, kdy je podávána společná žádost o účast, zadavatel sdělil, že „[v] návaznosti na výše uvedený záměr spočívající ve vyloučení nekvalifikovaných a neoprávněných osob z faktické realizace veřejné zakázky přistoupil zadavatel také k vymezení podmínek v případě plurality na straně dodavatele ve formě podání společné nabídky. Zadavatel přistoupil k formulaci čl. 9.5.5 zadávací dokumentace tak, aby v případě podání společné nabídky nevznikla v zadávacích podmínkách směřujících k zajištění poskytování plnění výhradně od k tomu kvalifikovaných dodavatelů ‚mezera‘ – proto zadavatel v případě podání společné nabídky stanovil požadavek, aby každý z dodavatelů podávajících společnou nabídku mimo jiné doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE [dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace]. Jedině tak zadavatel mohl účinně zabránit situaci, že budou do dynamického nákupního systému zařazeni i dodavatelé, kteří potřebnou (technickou) kvalifikací a potřebným autorskoprávním oprávněním nedisponují.“
45. Ve svém vyjádření se zadavatel též vrací k otázce včasnosti podání návrhu navrhovatelem, přičemž opakuje uvedenou argumentaci ohledně toho, že dle jeho názoru navrhovatel nedodržel zákonem požadované lhůty ve smyslu § 251 odst. 2 zákona, přičemž zadavatel dodává, že navrhovatel v požadované lhůtě nedoručil ani blanketní návrh, za nějž nelze považovat elektronickou zprávu, kde návrh zcela absentuje. Dle zadavatele nelze přehlížet skutečnost, že jemu adresovaná datová zpráva (obdobně jako podání adresované Úřadu), obsahovala toliko 8 příloh a byla nazvána jako „Námítky proti zadávacím podmínkám Proconom software s.r.o.“, nelze tedy dle zadavatele ani z obsahu a označení datové zprávy dovodit, že „by se (ani hypoteticky) mohlo jednat o blanketní návrh, když ani zaslané přílohy nemohou ‚nahradit‘ podání návrhu“. Zadavatel má za to, že „v ‚elektronické zprávě‘ ze dne 11. 11. 2021 chyběly podstatné náležitosti návrhu, které nemohly být doplněny později, konkrétně nebylo uvedeno, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Návrh podaný nejdříve 12. 11. 2021 tak trpí neodstranitelnou vadou návrhu a Úřadu nezbyvá, než řízení v souladu s § 257 písm. b) a e) ZZVZ zastavit.“ Zadavatel též zdůrazňuje, že lhůty podle § 251 odst. 2 zákona jsou formulovány jako lhůty prekluzivní, které mají v řízení koncentrační účinek, jak to ostatně plyne i z § 251

odst. 4 zákona, při jejímž uplynutí již nemůže být návrh stěžovatelem dále (jakkoliv) měněn či doplňován.

46. Závěrem zadavatel požádal o prodloužení určené lhůty k poskytnutí vyjádření.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 7. 1. 2022**

47. V usnesení č. j. ÚOHS-44404/2021/536/ASo ze dne 28. 12. 2021 prodloužené lhůtě zadavatel k předchozím otázkám Úřadu doplnil své vyjádření o následující.

48. K dotazu Úřadu na objasnění důvodu zařazení požadavku 9.5.5 zadávací dokumentace do části týkající se prokazování kvalifikace [v kontextu požadavku vyplývajícího z čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace], zadavatel nad rámec již uvedeného doplnil, že z důvodu, že výsledkem tohoto zadávacího řízení má být vytvoření užšího okruhu dodavatelů, u kterých bude postaveno najisto, že disponují odpovídající kvalifikací a zejména též autorskopravním oprávněním pro práci s programovým vybavením ASPE, zadavatel „vymezil zadávací podmínky tak, jak vyplývá z čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace, tedy v kapitole ‚Žádost o účast‘ – nikoliv v čl. 9 ‚Podmínky kvalifikace‘“, přičemž dále sdělil, že „zejména v zájmu srozumitelnosti a přehlednosti pro účastníky, a tedy v zájmu zvýšení transparentnosti zadávacího řízení – přistoupil ke zmínění této podmínky (vyplývající jinak již ze samotného čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace), též mezi doklady, které je třeba předložit vedle dokladů o kvalifikaci, neboť právě takto úplný výčet komplexně popisuje všechny požadavky zadavatele na dodavatele.“

49. Zadavatel dále upřesnil, že za „uvedené situace, kdy bude předmětem veřejných zakázek zadávaných v rámci zavedeného dynamického nákupního systému mj. rozvoj stávajícího programového vybavení ASPE, pak zadavatel nemůže přistoupit k takovému řešení, kterým by se dopustil porušení soukromoprávních práv a závazků (majících zejména autorskopravní povahu), kterými je vázán. Zadavatel se jako veřejnoprávní subjekt musí vyvarovat porušování (i soukromoprávních) povinností, které na něj dopadají. Zadavatel tak shrnuje, že podmínka dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace tak představuje podmínku nezbytnou pro realizaci předmětu plnění, zcela přiměřenou tomuto předmětu plnění, která však není kvalifikačním požadavkem ve smyslu § 79 ZZVZ.“

50. K dotazu Úřadu ohledně stanovení čl. 9.5.5 zadávací dokumentace s ohledem na situace podání společné žádosti o účast a případné účasti poddodavatelů, zadavatel uvedl, že požadavek dle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace v případě podání společné nabídky uvedl „spíše pro přehlednost“ a zejména pro to, aby v případě podání společné nabídky nevznikla v zadávacích podmínkách směřujících k zajištění poskytování plnění výhradně od dodavatelů disponujících nezbytným autorskopravním oprávněním „mezera“. Zadavatel též upozornil, že „předmětem tohoto řízení je ‚pouze‘ zavedení dynamického nákupního systému. Není tedy vyloučeno, aby do dynamického nákupního systému byli později zařazeni ti dodavatelé, kteří v tuto chvíli nesplňují zadávací podmínky a současně nedochází k uzavření smlouvy na konkrétní veřejnou zakázku. Zároveň však již v této fázi musel zadavatel přistoupit k limitaci okruhu dodavatelů účastných v dynamickém nákupním systému, a to proto, aby bylo v konkrétních zadávacích řízeních vyloučeno, že veřejnou zakázku bude realizovat ‚neoprávněná‘ osoba – tento požadavek přitom souvisí se samotným předmětem (budoucích) veřejných zakázek zadávaných v rámci zavedeného dynamického nákupního systému, neboť právě řádné splnění předmětu dílčí veřejné zakázky může po právu realizovat pouze dodavatel disponující autorskopravním oprávněním [dokladem dle čl. 7 písm. c)]. (...) V rovině

*poddodavatelů se přitom zadavatel držel zcela dikce ZZVZ, neboť neměl důvod se od ní ve vztahu k prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob jakkoliv odchýlit – s ohledem na skutečnost, že požadavek na předložení dokladu dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace se vztahuje k předmětu plnění (nikoliv k osobě dodavatele) a nejedná se tedy (ani materiálně) o požadavek kvalifikační, pak se vůči němu ustanovení o možnosti prokázání kvalifikace prostřednictvím jiných osob vůbec neaplikuje. Současně je vhodné pro úplnost konstatovat, že doklad podle čl. 7 písm. c) fakticky představuje autorskoprávní oprávnění dodavatele (obecně řečeno) pracovat a zasahovat do produktů ASPE, což bude i předmětem zakázek zadávaných v dynamickém nákupním systému. Naopak, doklad podle čl. 7 písm. d) dokládá profesní kvality konkrétních fyzických osob působících u dodavatele, tedy zejména jejich proškolení apod. Oba doklady se tak vzájemně nenahrazují a nepředstavují duplicitu požadavků zadavatele, ale jakkoli se oba doklady týkají produktů ASPE, ošetřují jiné faktické aspekty, a tedy se vzájemně doplňují. Oba druhy dokladů jsou tak pro realizaci předmětu plnění nezbytné.“*

### **Další průběh správního řízení**

51. Žádostí č. j. ÚOHS-01155/2022/536 ze dne 11. 1. 2022 požádal Úřad společnost IBR o sdělení stanoviska k situaci, kdy jedna z uvedených podmínek pro vstup do partnerského programu předpokládá, že „[z]ájemce nesmí současně vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči Produktům Aspe konkurenční produkt,“ přičemž zároveň v dřívější korespondenci s navrhovatelem společnost IBR uvedla, že „software Proconom, který Vaše společnost vyvíjí, provozuje a prodává (poskytuje na trhu), vykazuje nepříjemně vysoké množství nápadných podobností, resp. přesněji řečeno identit, se softwarem ASPE (...)“. V tomto kontextu Úřad požádal společnost IBR o vyjádření, zda shora citovaná podmínka pro začlenění do partnerského programu týkající se vývoje, nabídky a/nebo prodeje konkurenčního produktu vylučuje možnost navrhovatele stát se partnerem společnosti IBR.
52. Dne 14. 1. 2022 obdržel Úřad odpověď společnosti IBR z téhož dne. Společnost IBR se nejdříve vyjádřila k situaci ohledně proběhlého jednání s navrhovatelem. Společnost IBR rekapitulovala, že se na ni obrátil navrhovatel dopisem ze dne 20. 5. 2021 s žádostí o sdělení podmínek vstupu do partnerské sítě podpory informačního systému ASPE. „Na tuto žádost společnost IBR reagovala dopisem ze dne 28. 5. 2021, v němž, mimo jiné, vyjádřila konkrétní pochybnosti o způsobilosti společnosti Proconom stát se členem Partnerské sítě, nicméně, a to zcela explicitně, tuto možnost nevyločila, přičemž společnost IBR v předmětném dopise vyzvala společnost Proconom k projednání možnosti stát se členem Partnerské sítě a požádala společnost Proconom o sdělení návrhu možných termínů takové schůzky. Na tento dopis již společnost Proconom nereagovala. V současné chvíli je tedy reálnou překážkou, která brání potenciálnímu vstupu společnosti Proconom do Partnerské sítě fakt, že společnost Proconom o vstup do Partnerské sítě nejeví zájem a nečiní žádné úkony směřující k tomu, aby bylo možno její případný vstup do Partnerské sítě projednat a rozhodnout, zda společnost Proconom bude členem Partnerské sítě, či nikoliv.“
53. Dále společnost IBR ve svém stanovisku předložila příklady tří stávajících členů partnerské sítě, kteří současně s tím disponují a provozují (klientům nabízí, prodávají a podporují) vlastní informační softwarové systémy, jejichž funkcionality nabízejí softwarové řešení pro stejné nebo obdobné problematiky jako produkty ASPE, jedná se tedy v tomto smyslu o plně konkurenční software s produkty ASPE. „Jak plyne z výše uvedeného, účasti jakéhokoliv subjektu v Partnerské síti není na překážku, pokud daný subjekt vyvíjí, nabízí a/nebo prodává

*svůj vlastní nebo jiný, vůči Produktům Aspe konkurenční produkt. Citovaná a Úřadem dotazovaná podmínka cílí pojmově na jinou situaci (a jak plyne ze shora uvedeného, je tak i ze strany IBR aplikována), a to na situaci, kdy daný subjekt, který má zájem být členem Partnerské sítě, případnou konkurenční činnost vykonává způsobem, který je nebo může být v rozporu se zákonem, tj. tehdy, jedná – li se o konkurenci nekalou. Jde tedy především o možné naplnění materiálních znaků nekalosoutěžního jednání či důvodných obav z něj, jak je patrné z výběru výše uvedených členů Partnerského systému, kteří jsou nepochybně konkurenty IBR, a přesto tato skutečnost není překážkou jejich členství v Partnerském systému. V tomto smyslu také společnost IBR vyjádřila své pochybnosti v dopise ze dne 28.5.2021, zaslaném společnosti Proconom.“ Pochybnosti společnosti IBR o nezávadnosti konkurenčního chování navrhovatele pak jsou dle jejího vyjádření podloženy i znaleckým posouzením, v němž byl učiněn závěr, že shody a podobnosti obou programů (ASPE a Proconom), s vědomím, že program Aspe vznikl o řadu let dříve a déle než program Proconom, zakládají závažné podezření na využití zdrojového kódu programového vybavení Aspe při vývoji programu Proconom. Společnost IBR uvedené dává též do souvislosti s tím, že „v období let 2016 – 2018 celkem 17 zaměstnanců společnosti IBR (kteří se v různé, mnohdy zcela klíčové) míře systematicky podíleli na vývoji software Aspe, ukončilo své pracovní poměry ke společnosti IBR a přešlo ke společnosti Contract management, s.r.o. (...), který vyvíjí software Proconom.“ Společnost IBR dále dodává, že v souvislosti se zjištěními ohledně neoprávněného zásahu do software Aspe a jeho zneužití ze strany navrhovatele podala též trestní oznámení, přičemž trestní řízení stále probíhá. V této souvislosti tedy společnost IBR dle svého vyjádření žádala v odpovědi ze dne 28. 5. 2021 navrhovatele, aby nabídl „vysvětlení, doklady či jakékoliv informace či argumenty, které by rozptýlily oprávněné obavy společnosti IBR, týkající se případné účasti společnosti Proconom v Partnerské síti a dopadů takové účasti na Produkty Aspe. Tento svůj postup ve světle shora uvedeného považuje společnost IBR za zcela legitimní, neboť je přesvědčena, že ochrana tak citlivého obchodního tajemství, jakým je zdrojový kód Produktů Aspe, vyžaduje opatrnost o to větší, má – li být předmětem zvažování účast právě společnosti Proconom v Partnerské síti, tj. v síti, jejíž členové mohou mít přístup k citlivým informacím, které se týkají jak samotných principů softwarového fungování Produktů Aspe, tak i jejich budoucího směřování stran vývoje.“*

54. Dále Úřad žádostí č. j. ÚOHS-01158/2022/536 ze dne 11. 1. 2022 požádal KARAT Software, a.s., IČO 25352687, se sídlem Dvořákova 2881/77, 750 02 Přerov (dále jen „společnost KARAT“) o informace vztahující se k neúčasti tohoto dodavatele v předmětném zadávacím řízení, konkrétně o sdělení, zda měla na rozhodování společnosti KARAT v tomto směru vliv podmínka uvedená v čl. 9.5.5 zadávací dokumentace týkající požadavku zadavatele, aby při společné účasti dodavatelů doklad dle čl. 7 písm. c) zákona předložil každý z dodavatelů, neboť společnost KARAT je dodavatel, jenž má uzavřenou se společností IBR partnerskou smlouvu a je součástí partnerské sítě IBR při prodeji a poskytování podpory a rozvoji produktů ASPE, avšak jako jediný ze stávajících členů partnerské sítě nepodal v předmětném zadávacím řízení žádost o účast. Společnost KARAT reagovala na uvedenou žádost sdělením ze dne 14. 1. 2022, v němž uvedla, že předmětná podmínka neměla na její rozhodování žádný vliv.
55. Usnesením č. j. ÚOHS-02793/2022/536 ze dne 24. 1. 2022 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání stanoviska k podřazení požadavku uvedeného v čl. 7 písm. c), d) a čl. 9.5.5 zadávací dokumentace pod příslušné ustanovení zákona, resp. z jakého zákonného ustanovení plyne zadavateli dle jeho postoje oprávnění požadovat po dodavatelích výše

citované požadavky, tj. požadavky stanovené v čl. 7 písm. c) a d) a čl. 9.5.5 zadávací dokumentace.

### **Vyjádření zadavatele ze dne 31. 1. 2022**

56. Dne 31. 1. 2022 obdržel Úřad v reakci na uvedené usnesení od zadavatele vyjádření, v němž zadavatel nejdříve zopakoval svá dřívější tvrzení ohledně povahy předmětu poptávaného plnění, které se vztahuje k programovému vybavení ASPE, autorskoprávních oprávnění k produktům ASPE a nutnosti nastavení zadávacích podmínek v případě zadávacích řízení, jejichž předmětem je poskytování maintenance, příp. dalších služeb k produktům ASPE tak, aby nedošlo k neautorizovanému zásahu do programového vybavení, neboť v takovém případě by zadavatel porušil svou povinnost dodržovat smluvní podmínky užívání tohoto programového vybavení jakožto autorského díla, a nesl by tomu odpovídající právní odpovědnost, z čehož důvodu je tak nedílnou součástí předmětu plnění zajištění nezbytného právního, organizačního a technického rámce, což dle zadavatele garantuje právě (a pouze) partnerský program IBR.
57. Zadavatel dále sděluje své důvody, proč primárně neshledává za nastalé situace relevantní důvod pro identifikování konkrétního ustanovení zákona, na jehož základě formuloval předmětnou zadávací podmínku, nicméně i přesto zadavatel uvádí, že byl plně oprávněn využít ustanovení § 104 písm. a) zákona a předmětnou zadávací podmínku tak lze pod toto ustanovení podřadit. *„Předmětné ustanovení ZZVZ se nikterak neomezuje pouze na podklady týkající se kvalifikace dodavatele, ale rovněž na další, blíže neidentifikované požadavky. Nelze pak dovozovat, že by těmito ‚jinými požadavky‘ byly pouze požadavky výslovně formulované jinými ustanoveními ZZVZ, protože pak by potřeby zadavatele saturovala tato jiná ustanovení ZZVZ a § 104 ZZVZ by byl v tomto smyslu zcela nadbytečný (obsolentní).“*

### **Další průběh správního řízení**

58. Usnesením č. j. ÚOHS-04216/2022/536 ze dne 3. 2. 2022 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit ke shromážděným podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě obdržel Úřad dne 9. 2. 2022 vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Zadavatel se ve stanovené lhůtě, ani později, k podkladům pro rozhodnutí nevyjádřil.

### **Vyjádření navrhovatele ze dne 9. 2. 2022**

59. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 9. 2. 2022 v první řadě odkazuje na svá dřívější vyjádření a rekapituluje důvody, které jej vedou k přesvědčení o nezákonnosti postupu zadavatele. Navrhovatel opakuje, že zadavatel stanovil zadávací podmínky diskriminačním a netransparentním způsobem, když přenesl část podmínek kvalifikace v rozporu se zákonem na třetí subjekt (společnost IBR) a podmínil účast v zadávacím řízení splněním netransparentně stanovené podmínky partnerství s tímto subjektem, který však žádosti o partnerství posuzuje subjektivně a bez jasně stanovených pravidel. Požadavek na certifikaci, tedy požadavek dle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace je dle navrhovatele zcela zjevně požadavkem na kvalifikaci, ale zároveň jej nelze označit za požadavek k prokázání kvalifikace nad rámec zákonem stanovených podmínek kvalifikace. Za nezákonný navrhovatel rovněž považuje požadavek dle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace, který dle navrhovatele omezuje okruh potenciálních dodavatelů a jde proti smyslu institutu společné nabídky. Zadavatel tak dle

navrhovatele zatížil zadávací řízení hned několika nezákonnými skutečnostmi, které ve svém důsledku neumožňují otevřenou soutěž a v rozporu se zákonem poskytují společnosti IBR pravomoc zasahovat do zadávacího řízení a nezákonným způsobem omezovat okruh potenciálních soutěžitelů. Navrhovatel též setrvává na názoru, že zadavatel pro zadávací řízení použil v rozporu se zákonem dynamický nákupní systém.

60. Navrhovatel k obsahu vyjádření společnosti IBR ze dne 14. 1. 2021 zejména zdůrazňuje, že trestní oznámení může podat libovolný subjekt na kohokoli a jeho samotná existence nenasvědčuje ničemu dalšímu a odkaz na tyto skutečnosti tak nemůže být uváděn jako legitimní důvod pro negativní postoj k připuštění k účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel dále též uvádí, že z vyjádření zadavatele ze dne 31. 1. 2022 údajně vyplývá, že zadavatel je srozuměn se situací vendor lock-in, která byla společností IBR vytvořena, přestože existuje způsob, jak pomocí např. zpřístupnění zdrojových kódů otevřenou soutěž realizovat, ale zadavatel pouze akceptoval stávající stav a omezil soutěž nezákonnou podmínkou spočívající v nutnosti spolupráce se společností IBR požadavkem na partnerský program IBR.
61. Dle navrhovatele neobstojí ani úvaha zadavatele, že předmětné zadávací podmínky mohl stanovit jako podmínky dle § 104 zákona. Navrhovatel je přesvědčen, že aby zadávací řízení probíhalo transparentně, každá podmínka v zadávací dokumentaci skutečně musí být podřaditelná pod ustanovení zákona. Zpětné přiřazování podmínek pod libovolná ustanovení, jak tomu ve své odpovědi dle navrhovatele činí zadavatel, je pak v rozporu se zásadou transparentnosti, případně s ustanoveními § 36 a § 37 zákona.
62. Navrhovatel závěrem též vyjadřuje svůj nesouhlas s tvrzeními zadavatele ohledně toho, zda byl návrh podán v souladu s § 251 odst. 2 zákona.

#### **Další průběh správního řízení**

63. Na základě výše uvedených skutečností Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-07473/2022/500 ze dne 1. 3. 2022 (dále jen „původní rozhodnutí“) rozhodl tak, že návrh zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
64. Proti původnímu rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 15. 3. 2022 rozklad předsedovi Úřadu, ve kterém navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **Námítky rozkladu**

65. Navrhovatel v rozkladu brojí proti zákonnosti požadavku č. 2.1.4 zadávací dokumentace, kdy jde podle něj o diskriminační neobjektivně stanovenou podmínku třetí strany. Dále pak rozporuje čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace, kdy podle navrhovatele jde o požadavek na doklady vztahující se k osobě dodavatele, nikoliv předmětu plnění a nelze jej tak podle § 104 písm. a) zákona požadovat. Obě podmínky jsou dle názoru navrhovatele skrytou kvalifikací, přičemž požadované doklady nejsou obsaženy ve výčtu dokladů, které zadavatel může požadovat k prokázání kvalifikace. Podle navrhovatele se v případě podmínky podle čl. 7 písm. c) jedná o doklad obdobný dokladům, které byly předmětem rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv ze dne 10. 2. 2021. Tato kvalifikace má být nezákonná. Další námitka rozkladu se týká tvrzeného stavu vendor lock-in, kdy dle navrhovatele je zadavatel zcela závislý na službě konkrétního výrobce (IBR Consulting s. r. o.), kdy pro účast v dynamickém nákupním systému požaduje členství v Partnerském programu IBR, čímž vytváří stav exkluzivity. Tento



výrobce zároveň rozhoduje o tom, kdo bude jeho partnerem na základě neobjektivně stanovených skutečností. Navrhovatel v rozkladu dále namítá nezákonnost požadavku čl. 9.5.5 zadávací dokumentace, podle kterého v případě společné účasti dodavatelů zadavatel požaduje, aby každý z dodavatelů doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe, čímž nezákonným způsobem omezuje okruh potenciálních dodavatelů.

66. Poslední námitkou rozkladu je nemožnost samotného využití dynamického nákupního systému pro zadavatelem požadované plnění. Navrhovatel namítá, že DNS může zadavatel zavést pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací, což není podpora a údržba programového vybavení ASPE, která je zatížena tolika podmínkami, jako jsou certifikace, partnerské podmínky a oprávnění prodávat produkty ASPE. Úřad sice dospěl k tomu, že se o běžné služby jedná, ale v bodě 135. odůvodnění původního rozhodnutí uvedl, že pokud by tyto služby byly pořizovány v jiném „standardním“ zadávacím řízení, nebylo by možné považovat postup zadavatele za souladný se zákonem. Potvrzení závěrů Úřadu by dle navrhovatele mohlo znamenat, že zadavatelé budou využívat dynamický nákupní systém v rozporu se zákonem, budou přes něj pořizovat ne zcela běžné zboží či služby, a navíc by nemuseli dodržovat pravidla, která by museli dodržovat např. v užším nebo otevřeném řízení pro uzavření rámcové dohody, kterou by pro pořízení uvedených služeb bylo rovněž možné využít. Závěry Úřadu nejsou dle názoru navrhovatele v souladu s důvodovou zprávou a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.
67. Zadávací podmínka podle čl. 2.1.4 zadávací dokumentace je podle navrhovatele stanovena diskriminačně, neboť je založena na neobjektivně stanovených podmínkách soukromého subjektu. Tyto podmínky nejsou veřejně dostupné. Jedná se také o neurčitou podmínku, která nedává jasný návod pro způsob jejího prokázání, a tedy podmínku i v rozporu se zásadou transparentnosti. Navrhovatel odkazuje na svoji žádost z května 2021, kdy žádal o sdělení podmínek vstupu do partnerské sítě a kdy měl být odmítnut. Podle navrhovatele nebude potenciální dodavatele schvalovat zadavatel, ale společnost IBR.
68. Podle navrhovatele zadavatel začlenil do zadávacích podmínek podmínky skryté, když soukromý subjekt na základě předem neznámých pravidel rozhoduje o tom, kdo bude skutečně účastníkem DNS. Zadavatel se měl vzdát kontroly nad průběhem zadávacího řízení. Neexistuje obrana proti odmítnutí stát se součástí partnerské sítě společnosti IBR.
69. Ze strany společnosti IBR nebyla vůči navrhovateli podána žádná žaloba na ochranu autorského práva, tedy neprobíhá žádný soukromoprávní spor. Úřad se však s tímto tvrzením spokojil a uzavřel, že se jedná o mimořádnou okolnost. Podání trestního oznámení není relevantní. Vztah navrhovatele a společnosti IBR vykazuje znaky, které by se daly označit za obdobné podjatosti – značně komplikují objektivitu při běžném styku. Ani v případě nepravomocného odsouzení nedává zákon zadavateli možnost účastníka zadávacího řízení vyloučit. Taková možnost není ani v případě soukromoprávního sporu.
70. Navrhovatel dále namítá rozpor zadávacích podmínek podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace se zákonem. Podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace musí žádost předložená dodavatelem obsahovat alespoň:

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

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

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

71. Odůvodnění Úřadu je dle názoru navrhovatele v rozporu s jeho dřívější praxí. Zadavatel si nemohl ex post stanovit zadávací podmínky v souladu s § 104 písm. a) zákona. Každá podmínka v zadávací dokumentaci musí být podřaditelná pod zákon. Zpětné přiřazování je v rozporu minimálně se zásadou transparentnosti. K nutnosti jasně deklarovat, co zadavatel požaduje a jak s ohledem na zákon hodlá s daným požadavkem nakládat, cituje navrhovatel rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-09154/2019/531/MHo a č. j. ÚOHS-S0007/2016/VZ-00419/2016/522/JKr ze dne 5. 1. 2016.
72. Doklad podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace ani nemůže být požadován v souladu s § 104 písm. a) zákona. Doklad se vztahuje k osobě dodavatele, nikoliv k plnění. Požadavek na partnerství je dle názoru navrhovatele svým charakterem požadavkem na kvalifikaci, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí. I v tomto případě zadavatel požaduje uzavřenou partnerskou smlouvu. Zařazení podmínek dle § 104 písm. a) zákona v žádosti o účast nemá oporu v zákoně.
73. Zadavatel je podle navrhovatele jako uživatel díla ASPE v situaci, kdy je zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Zadavatel není vlastníkem zdrojových kódů produktů ASPE a nemůže s tímto softwarovým vybavením disponovat tak, aby neomezil soutěžní prostředí. Zadavatel nevyužil získání zdrojových kódů, a tedy umožnění otevřené soutěže, ačkoliv tak dle smlouvy ze dne 12. 7. 2018 se společností IBR učinit mohl. Zadavatel tak dle názoru navrhovatele vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách vůbec nevěnoval vztahu mezi ním a společností IBR a tuto skutečnost pominul i Úřad.
74. Úřad podle navrhovatele přisvědčil skutečnosti, že pokud je zde původní dodavatel systému, který je potřeba dále 10 let spravovat a rozvíjet, pak je v pořádku, že tento původní dodavatel systému ovlivňuje, kdo získá veřejnou zakázku.
75. Požadavek podle čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace je dle navrhovatele v rozporu se samotnou podstatou společné účasti. Důvodem, proč dodavatelé tvoří tzv. sdružení dodavatelů, je totiž nemožnost plnit předmět veřejné zakázky samostatně. Dodavatelé při

společné účasti však podle zadávacích podmínek museli splňovat daný požadavek jednotlivě. To je v rozporu s § 82 a § 84 zákona. Úřad se tímto v napadeném rozhodnutí dle navrhovatele vůbec nezabýval. Úřad pouze v bodě 132. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že dosavadním účastníkům tento požadavek nebránil podat žádost o účast. Takový závěr je ovšem nepřezkoumatelný, neboť skutečnost, že některá podmínka bránila potenciálním účastníkům se do zadávacího řízení přihlásit, nemůže být zhojena pouze doptáním se těch, kterým nebránila.

### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

76. Dne 28. 3. 2022 doručil zadavatel Úřadu vyjádření k rozkladu navrhovatele. Zadavatel uvedl, že nedílnou součástí předmětu plnění je zajištění nezbytného právního, organizačního a technického rámce, což garantuje partnerský program společnosti IBR. Výsledkem zadávacího řízení je vytvoření užšího okruhu dodavatelů, u kterých bude postaveno najisto, že mohou realizovat plnění, neboť disponují mimo jiné autorskoprávním oprávněním pro práci s programovým vybavením ASPE. Zadavatel se dále vyjádřil k zákonnosti zadávací podmínky podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace, přičemž má za to, že § 104 písm. a) zákona jeho postup aprobuje. Zadavatel odkázal na odpovědi na otázky z 1. metodického dne Úřadu ze dne 18. 3. 2021<sup>2</sup>, přičemž i tímto má být potvrzena možná aplikace § 104 písm. a) zákona. Zadavatel cituje rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-33258/2021/500/Alv ze dne 4. 10. 2021, ve kterém spatřuje analogii k právě řešené věci, když dle zadavatele ani požadavek na originalitu plnění není výslovně připuštěn v žádném ustanovení zákona (obdobně jako aktuální požadavek), přesto jej Úřad i předseda Úřadu označili za zákonný. Zadavatel proto navrhoval, aby předseda Úřadu rozklad zamítl.

### **Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu**

77. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0037/2022/VZ, č. j. ÚOHS-12744/2022/163 ze dne 22. 4. 2022 (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“) napadené rozhodnutí zrušil a vrátil jej Úřadu k novému projednání.
78. V rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu korigoval závěr Úřadu učiněný v původním rozhodnutí o možnosti poptávat softwarové vybavení v dynamickém nákupním systému. Podle předsedy Úřadu je nutné rozlišovat mezi péčí o současný stav (podpora a údržba), kterou považuje za běžnou službu ve smyslu § 138 odst. 1 zákona, a rozvojem systému, kdy dodavatel bude na základě požadavků zadavatele měnit či rozšiřovat funkcionality stávající verze softwaru. Podle předsedy Úřadu *„[j]iž jen samotná fáze, při které zadavatel specifikuje své požadavky na rozvoj systému, často obsahuje složitou komunikaci, ladění vzájemných představ, možných výsledků. Dále pak jde ale především o fázi realizace, návrhu výsledku, testování, nasazování a dalších úkonů, které dané plnění dělají složité a nemožné k označení spojením ‚běžná služba‘. Rozvoj systému či jeho modernizace v tomto případě znamená přidávání významné nebo zcela nové vlastnosti a funkce programu nebo její zásadní změnu. Ve vztahu ke konkrétnímu informačnímu systému tak rozvoj vyžaduje kreativitu a může být i personálně náročný. K tomu přistupuje i rychlost, s jakou je možné požadavek na rozvoj systému vyřídit. Zcela jistě se také jedná o plnění komplexní, které není opakované ve smyslu zaměnitelnosti.“*

---

<sup>2</sup> Dostupné z [www.uohs.cz/download/Metodicke\\_dny/Metoden1\\_2021\\_03\\_18\\_dotazy.pdf](http://www.uohs.cz/download/Metodicke_dny/Metoden1_2021_03_18_dotazy.pdf)

79. Z rozhodnutí předsedy je patrné, že při zjištění, co je předmětem zajištění centrální údržby a podpory ASPE/MIP, konkrétně položky „Aktualizace a modernizace Systému“, též z dokumentu „Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“, který označil za podklad zadávací dokumentace, a tam uvedené položky „Aktualizace a modernizace Systému“, k čemuž citoval z jejího obsahu následující: „Povýšení softwaru (upgrade či modernizace) představuje podle chápání RO rozsáhlejší aktualizaci softwaru, která přidává významné nebo zcela nové vlastnosti a funkce programu nebo ho zásadně mění. Modernizace si klade za cíl lepší stabilitu a vyšší výkon programu spolu s funkcemi, které v předchozích verzích nebyly k dispozici.“
80. Dle předsedy Úřadu se Úřad v původním rozhodnutí „zabýval ve vztahu k posouzení předmětu dynamického nákupního systému spíše podporou a servisem programového vybavení, nikoliv jeho rozvojem, který byl taktéž předmětem plnění v rámci dílčích zakázek zadávaných v DNS. Odůvodnění Úřadu tak směřuje právě k podpoře, údržbě či servisu a rozvoj programového vybavení je k těmto službám připojován a dále neposuzován samostatně, byť naopak svou složitostí vyčnívá. Rozvoj programového vybavení je totiž zcela odlišným plněním, které zákonné požadavky podle § 138 odst. 1 zákona nemůže naplnit a které nelze shrnout do jedné kategorie s prostým servisem systému.“
81. Předseda Úřadu rovněž nesouhlasil se závěrem Úřadu učiněným v původním rozhodnutí ohledně zařazení do kategorie „správa softwaru“. Podle předsedy Úřadu správou softwaru nemůže být rozvoj systému, jelikož pod pojmem „správa“ je nutno rozumět právě zmiňovanou péči o současný stav, a nikoliv rozšiřování stávajících funkcionalit.
82. Předseda Úřadu dále uvedl, že jím učiněný závěr a priori nevylučuje zavedení dynamického nákupního systému ve vztahu k IT službám, když uvedl: „Podpora a údržba informačních systémů mohou být dle mého názoru typickým příkladem služby, kterou lze zadávat v dynamickém nákupním systému (být konkrétní skutkové okolnosti mohou být příčinou nemožnosti i tyto služby zadávat v dynamickém nákupním systému). Jedná se totiž především o službu obecného rázu, službu spíše opakovanou. Dynamický nákupní systém však nelze využívat k zajištění tak specifického plnění, jako je v tomto případě rozvoj či vývoj software, neboť to neodpovídá znění § 138 odst. 1 zákona.“
83. V rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu připustil, že „je obtížné stanovit přesnou linii a obecně určit, které plnění běžným je a které už nikoliv, aby byla naplněna díkce zákona“. Uvedl, že v průběhu existence institutu dynamického nákupního systému došlo k posunu ve vnímání jeho přípustnosti ve smyslu možnosti širšího využití (starší komentářová literatura zmiňuje nákup kancelářských potřeb, pohonných hmot či informačních technologií – hardwaru, zatímco v současné době jej lze využít například k zadávání běžně se opakujících právních služeb). Podle jeho názoru však míra specifčnosti poptávaného plnění v šetřeném případě překračuje i tuto neostrou hranici, a proto dynamický nákupní systém využít nelze. Z toho důvodu předseda Úřadu zrušil původní rozhodnutí, kdy Úřad zároveň zavázal k opětovnému posouzení, zda lze postup zadavatele spočívající v poptávání služeb rozvoje programového vybavení ASPE v dynamickém nákupním systému (a obecně stanovení předmětu dynamického nákupního systému) považovat za souladný se zákonem.

**Pokračování správního řízení**

84. Přípisem č. j. ÚOHS-13764/2022/536 ze dne 25. 4. 2022 oznámil Úřad účastníkům řízení pokračování ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ.
85. Usnesením č. j. ÚOHS-15276/2022/536 ze dne 6. 5. 2022 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit ke shromážděným podkladům rozhodnutí. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě nevyjádřil.

**Vyjádření zadavatele ze dne 13. 5. 2022**

86. K podkladům rozhodnutí se vyjádřil zadavatel přípisem ze dne 13. 5. 2022. V tomto svém vyjádření zadavatel rozporoval již dříve namítané procesní pochybení navrhovatele, kdy setrvává na názoru, že návrh (a následně stejnopis návrhu) byl Úřadu (respektive zadavateli) doručen po lhůtě stanovené § 251 odst. 2 zákona a Úřad by tedy měl správní řízení zastavit. Nesouhlasí zde se závěry Úřadu, že *„včasné učiněné podání ze dne 11. 11. 2021 vzhledem ke svému obsahu představuje jednoznačný a zřetelný projev vůle navrhovatele zahájit na návrh navrhovatele řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 249 zákona“*. Úřad podle zadavatele ignoroval zjevný úmysl navrhovatele, kdy dokumenty zaslané Úřadu (i zadavateli) datovou zprávou ze dne 11. 11. 2021 měly tvořit toliko přílohy návrhu a neobsahovaly návrh samotný. To dokazuje i skutečnost, že návrh doplnil navrhovatel Úřadu až následně, a to datovou zprávou ze dne 12. 11. 2021 obsahující samotný text návrhu (respektive datovou zprávou ze dne 15. 11. 2021 obsahující stejnopis návrhu pro zadavatele). Sám navrhovatel si byl dle zadavatele vědom nesprávnosti svého postupu, jelikož součástí průvodního dopisu ke stejnopisu návrhu uvádí: *„k námítkám podaným dne 11.11.2021 v 15:50 hod. Předmět: ‚Námítky proti zadávacím podmínkám Proconom Software s.r.o.‘, odesláno s ID zprávy ‘966659422’, přijato na ÚOHS pod Identifikátorem dokumentu: UOHSX00FFKJ s datem zaevidování: 11.11.2021 16:10:37 Vám dodatečně zasíláme chybějící dokument vlastních Námitek (zjevně myšleno návrhu). Omlouváme se, při vkládání příloh do datové zprávy se pravděpodobně tento dokument neuložil a nebyl tedy její součástí“*. Z toho je zadavateli zřejmé, že podání navrhovatele ve skutečnosti návrh nebyl a šlo pouze o jeho přílohy. Pokud by Úřad setrval na svém názoru, znamenalo by to podle zadavatele, že ad absurdum aprobuje výklad, že *„institut návrhu a jeho obsahových náležitostí je v ZZVZ obsoletní“* a ignoruje úmysl zákonodárce o odlišení institutu námitek a návrhu. Úřad tak dle zadavatele vytváří nebezpečný precedens zakládající nepřijatelnou právní nejistotu na straně zadavatele.
87. Dále zadavatel odmítl závěr navrhovatele týkající se exkluzivity plnění a stavu vendor lock-in. S ohledem na to, že ač je pro jeho potřeby nutné zajistit produkt konkrétního výrobce, tento nepodal žádost o účast v dynamickém nákupním systému a na relevantním trhu existuje volná soutěž dodavatelů, kteří jsou schopni poptávané plnění zajistit.
88. Zadavatel se rovněž poměrně obsáhle zabýval (ne)možností poptávat rozvoj softwarového vybavení prostřednictvím dynamického nákupního systému. Polemizuje zde se závěrem předsedy Úřadu, že *„vývoj programového vybavení (či obecně informačního systému) nemůže být běžnou záležitostí, neboť, jak již bylo uvedeno, jde o vysoce kvalifikovanou službu reagující na konkrétní požadavky zadavatele nikoliv běžného charakteru. Rozvoj programového vybavení není ani službou typickou pro správu softwarového systému, tedy součástí kategorie, do které jej Úřad zařadil. Správou systému může být podpora i servis, ale nemůže jí být rozvoj (vývoj). Správa totiž v sobě zahrnuje starost o současný stav, nikoliv jeho změnu a vylepšování“*

(modernizaci)". Podle zadavatele však není možné posuzovat obecnou dostupnost produktu pohledem „člověka z ulice“, ale výhradně optikou relevantního trhu. Předsedou Úřadu nastíněný výklad by dle zadavatele vedl k silně restriktivnímu výkladu k možnosti aplikace dynamického nákupního systému a zároveň interpretační nejistotu zadavatelů stran toho, jak široký musí být okruh „kvalifikovaných“ dodavatelů, kteří poptávané plnění poskytují, aby se již stal „obecně dostupným“ a zadavatel byl oprávněn zavést DNS na poptávání takového plnění. Zadavatel má za to, že z pohledu poptávaného produktu i relevantního trhu se o běžnou službu jedná.

89. Ohledně samotného pojmu „rozvoj“ použitého v kontextu šetřeného DNS zadavatel uvádí, že *„neshledává zásadní rozdíly mezi poskytováním podpory a údržby, která je službou opakovanou, nicméně taktéž vysoce kvalifikovanou, a poskytováním služeb (základního) rozvoje“*. Jím poptávaná služba základního rozvoje se svým charakterem a složitostí limitně blíží poskytování služeb podpory či údržby informačního systému, kteroužto předseda Úřadu ve svém rozhodnutí označuje za typický příklad služby, kterou v dynamickém nákupním systému zadávat lze. Podle zadavatele *„[p]odpora a rozvoj ASPE tak není rozvoj v pravém slova smyslu, nýbrž toliko programová servisní podpora ve smyslu doplňování nových funkcí a dalších modulů poskytovaných zejména výrobcem, případně implementace aktualizací poskytovaných rovněž výrobcem. Zadavatel tak v rámci DNS nebude od zařazených dodavatelů poptávat zajištění vývoje/rozvoje softwaru, nýbrž pouze implementaci produktů (aktualizací) vydaných výrobcem softwaru – který jak již bylo uvedeno není účastníkem DNS“*. V podstatě se tedy jedná rozvoj prostřednictvím výrobcem vyvíjených komponent, které se do stávajícího systému pouze implementují a samotní účastníci dynamického nákupního systému tyto komponenty nevytváří. Tento postup je podle zadavatele běžnou praxí na relevantním trhu, kdy zpravidla k dlouhodobému rozvoji softwarových produktů dochází prostřednictvím výrobce softwaru a distributoři jej provádí toliko prostřednictvím těchto připravených „balíčků“ a následným nastavením konfigurace a parametrů na konkrétním technickém řešení. Závěrem k tomuto zadavatel uvádí, že *„[a]rgumentaci předsedy Úřadu, že rozvoj systému není běžná služba, lze akceptovat toliko u vysoce specializovaných softwarových řešení ‚na míru‘, např. pro řízení technologických procesů apod., ale i tam se zavádí obecná software řešení, která se pouze konfiguruji pro příslušné nasazení u zákazníka. Ani jedno z uvedených ovšem není součástí plnění v posuzovaném případě“*.
90. Posledním rozporovaným bodem v rámci tohoto vyjádření je oprávněnost požadavku zadavatele na účast dodavatelů v Partnerském programu IBR. Společnost IBR poskytuje organizacím v resortu Ministerstva dopravy (tedy i zadavatelé) komplexní služby vztahující se k programovému vybavení z „rodiny ASPE“. Poskytování těchto služeb podléhá podmínkám Partnerského programu společnosti IBR. Zadavatel je tak vázán podmínkami tohoto Partnerského programu IBR při zajišťování poskytování maintenance produktů ASPE. Vzhledem k tomu, že právě toto je předmětem DNS, je nutné stanovit zadávací podmínky tak, aby nedocházelo k neautorizované zásahu do programového vybavení. Jedná se tak *de facto* o požadavek certifikace dodavatelů, kteří se budou účastnit dynamického nákupního systému. Zadavatel souhlasí se závěrem uvedeným ve zrušeném rozhodnutí Úřadu, podle kterého *„[v] případě podmínky doložení certifikátu dodavatele o partnerství se společností IBR se jedná o podmínku, která má přímý vztah k předmětu plnění, neboť bez členství v partnerském programu IBR nelze realizovat předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS. Předmětný požadavek byl stanoven s ohledem na předmět plnění a z pohledu vztahu daného požadavku“*

*k charakteru zadávaného plnění se tedy požadavek na partnerství se společností IBR jeví nepochybně jako odůvodněný*". Bez členství v Partnerském programu IBR by tak vybraný dodavatel nemohl provádět zásahy do programového vybavení a tento požadavek je proto dle zadavatele oprávněný.

#### **Další průběh správního řízení**

91. Usnesením č. j. ÚOHS-21842/2022/536 ze dne 29. 6. 2022 určil Úřad zadavateli lhůtu 7 dnů ke sdělení skutečností, v čem konkrétně spočívá poptávaná služba drobného rozvoje charakterizovaná v čl. 4.4 dokumentu „Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“, sloužícímu jako věcný podklad pro zadávací dokumentaci v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 7. 7. 2022**

92. Zadavatel ve svém vyjádření nejprve uvedl, že odkazovaný dokument Úřad ve svém prvostupňovém rozhodnutí nijak nevyužil, a poprvé jej ve svém rozhodnutí zmínil až předseda Úřadu, kdy na zjištění z něj vyplývajících postavil těžiště své argumentace o nemožnosti poptávat rozvoj programového vybavení v dynamickém nákupním systému (jak vyplývá z odstavce 30 rozhodnutí o rozkladu). Tento dokument, vůči němuž směřovaly dotazy Úřadu, však není a nikdy nebyl součástí zadávací dokumentace. Dle zadavatele jde „*toliko o analytický dokument, který byl zadavatelem pořízen v rámci strategických úvah a identifikace cílů, kterých má být poptávaným plněním dosaženo. Jde tedy o analytický dokument vypracovaný nezávislým třetím subjektem (společností Deloitte), který má koncepční a strategický charakter*“. Nejedná se tak o veřejně dostupný dokument, který by mohl jakkoliv sloužit zadavateli či dodavatelům v rámci zadávacího řízení, a to ani jako podkladový materiál a zadavateli sloužil pouze jako interní analytický dokument, jehož přezkum nespadá do pravomoci Úřadu. Podle zadavatele tak měl předseda Úřadu (a i Úřad sám) posuzovat pouze předmět dynamického nákupního systému vymezený v čl. 2.1 zadávací dokumentace, a nikoliv vyvozovat závěry z podkladových dokumentů. Zadavatel nadále setrvává na argumentaci, že předmětem dynamického nákupního systému není rozvoj programového vybavení Aspe v pravém slova smyslu, ale „*maintenance aplikační infrastruktury zadavatele, v rámci které nedochází k rozvoji softwaru výrobce (ASPE) jako takového, ale k pouhé správě tohoto softwaru ve formě zajištění podpory při provádění aktualizací operačních a databázových systémů, které jsou pro chod softwaru nezbytné*“. Dále se pak jedná o vytváření integračních vazeb na systémy třetích stran nebo jejich uprady, kdy ani toto nelze považovat za rozvoj v pravém slova smyslu. Závěry Úřadu tak dle zadavatele vychází z dokumentů, které netvoří zadávací dokumentaci a jako takové je tedy nelze použít.

#### **Další průběh správního řízení**

93. Pro vyloučení pochybností zaslal Úřad dne 19. 7. 2022 účastníkům šetřeného zadávacího řízení žádost o stanovisko č. j. ÚOHS-24156/2022/536, kdy žádal tyto dodavatele o sdělení, jakým způsobem chápou podmínku dle čl. 2.1.2 zadávací dokumentace – „*poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE*“, kterou zadavatel v rámci definování účelu zavedení tohoto dynamického nákupního systému stanovil, přičemž zároveň Úřad poukázal též na znění přílohy č. 6 zadávací dokumentace (partnerský program IBR), kdy je v rámci katalogu produktů ASPE, tvořícího přílohu A partnerského programu IBR, na straně 12 zmíněna činnost „*rozvoj*

a zákaznické úpravy“, která mj. zahrnuje „poskytování konzultací, analýz, rozšiřování a provádění jeho zákaznických úprav či jiných služeb poskytovaných na vyžádání“. Jednalo se o dodavatele Digital transformation systems s.r.o., IČO 08725616, se sídlem Rybná 716/24, Staré Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „dodavatel DTS“), GRAITEC s.r.o., IČO 15891658, se sídlem Praha 4, Jeremenkova 90a, PSČ 14000 (dále jen „dodavatel Graitec“), Hyperon advisory s.r.o., IČO 08165599, se sídlem Sokolovská 352/215, Vysočany, 190 00 Praha 9 (dále jen „dodavatel Hyperon“) a VARS BRNO a.s., IČO 63481901, se sídlem Kroftova 3167/80c, Žabovřesky, 616 00 Brno (dále jen „dodavatel Vars Brno“).

94. Téhož dne odeslal Úřad žádost o stanovisko č. j. ÚOHS-24265/2022/536 společnosti IBR (jakožto výrobci softwaru ASPE), ve kterém v kontextu zmiňované podmínky dle čl. 2.1.2 zadávací dokumentace žádal o vyjádření, do jaké míry jsou jednotliví členové partnerského programu IBR oprávněni zasahovat do programového vybavení rodiny ASPE.

#### **Vyjádření dodavatelů**

95. Dodavatel DTS se ve svém stanovisku ze dne 25. 7. 2022 vyjádřil v tom smyslu, že daná činnost (poskytování analýz, konzultací apod.) spočívá v „možnostech úpravy kódu a drobných i zásadních individuálních úprav softwaru pro daný konkrétní projekt nebo investora či jeho část“. Dále že „[k]onzultacím a analýzám však předchází vlastním úpravám vzhledem k náročnosti požadavků i celkové funkčnosti software. K výše uvedené činnosti nemusí, ovšem, docházet, pokud bude investor/zákazník spokojený s celkovou funkčností vzhledem ke svým stávajícím i plánovaným procesům a projektům.“ Podrobnější rozlišení možnosti rozvoje ve své odpovědi nezmínil.
96. Dodavatel Graitec se dne 26. 7. 2022 vyjádřil tak, že plně odkázal na podmínky partnerského programu společnosti IBR s tím, že každý případný rozvoj systému probíhá v součinnosti skoncovým uživatelem softwaru (zde zadavatelem) striktně podle pravidel partnerského programu IBR.
97. Dodavatel Hyperon ve svém vyjádření ze dne 26. 7. 2022 uvedl, že na základě partnerské smlouvy se společností IBR je pro své odběratele oprávněn provádět
- a) „Akvizici licencí produktů Aspe,
  - b) Maintenance provozu, tedy technickou podporu a školení,
  - c) Maintenance licencí (avšak s výjimkou provádění Rozvoje Backend, na který se toto oprávnění nevztahuje),
  - d) Update a Upgrade za účelem jeho dalšího poskytnutí zákazníkům“.

Dodavatel Hyperon uvedl, že je oprávněn samostatně, na vlastní účet, pod vlastním jménem a vlastními silami provádět rozvoj produktu Aspe v části „Frontend“ (přičemž tuto skutečnost musí společnosti IBR pouze oznámit). Stran rozvoje „Backend“ pak toto oprávnění neplatí a tento případně musí probíhat ve spolupráci se společností IBR. Ve vztahu k rozvoji „Backend“ je úlohou dodavatele Hyperon, jako partnera společnosti IBR, pouze sběr „zákazníky požadovaných úprav, změn, rozšíření funkcionalit a přizpůsobení programového vybavení“, které předává společnosti IBR, která sama určí priority a provedení rozvoje „Backend“ programového vybavení Aspe.



98. Dodavatel Vars Brno jako vedoucí společník ve sdružení „VARS – KUBITA“ ve vyjádření ze dne 26. 7. 2022 sdělil, že „[s]lužby rozvoje programového vybavení ASPE představují sběr uživatelských požadavků na změny programového vybavení (produktů) ASPE, formulaci požadavků, reakci na požadavky a realizaci vybraných požadavků. Rozvoj programového vybavení ASPE na základě uživatelských požadavků může vést k neprogramátorským úpravám v produktech ASPE, např. konfigurace uživatelských práv a uživatelských nastavení, konfigurace číselníků a ceníků, nastavení struktur pro ukládání projektové dokumentace, změna v nastavení produktů na základě změny business procesů v rámci organizace nebo k programátorským úpravám v produktech ASPE.“ Dále tento dodavatel sdělil, že služby rozvoje programového vybavení ASPE plánuje plnit prostřednictvím svého společníka v uvedeném sdružení (tj. prostřednictvím společnosti KUBITA s.r.o., IČO 26945584, se sídlem Palackého náměstí 91/2, Řečkovice, 621 00 Brno), který je součástí partnerského programu společnosti IBR, přičemž rovněž odkázal na pravidla partnerského programu společnosti IBR, podle kterých je oprávněn k evidenci požadavků k rozvoji „Backend“ a samostatnému rozvoji „Frontend“ produktů Aspe.

#### **Vyjádření společnosti IBR**

99. Společnost IBR ve svém vyjádření ze dne 25. 7. 2022 k žádosti Úřadu ze dne 20. 7. 2022 plně odkázala na podmínky svého partnerského programu, podle kterého je rozvojem myšleno provádění zásahů v úseku „Frontend“ a „Backend“. Konkrétně společnost IBR uvedla, že „[v]šichni partneři jsou oprávněni na základě Partnerské smlouvy provádět pro zákazníky:

- a) *Akvizici licencí produktů Aspe*
- b) *Maintenance, tedy technickou podporu a školení*
- c) **Rozvoj Produktů Aspe včetně tvorby a poskytnutí technické dokumentace**

*Pro výše uvedenou činnost dále poskytuje IBR partnerům odbornou podporu a školení, sdílí s partnery informace týkající se užívání software, poskytuje partnerům možnost aktivně se účastnit na rozvoji (upgrade) předmětného software a na jeho přizpůsobení potřebám zákazníků, ať již potřebám individuálním dle požadavku konkrétního zákazníka partnera, nebo na rozvoji obecném.*

*V Partnerském programu IBR, který je nedílnou přílohou Partnerské smlouvy, je definováno, že Rozvojem se rozumí provádění zásahů (změn, úprav, rozšíření atd.) v částech Produktů Aspe Frontend nebo Backend. Partner v rámci partnerské sítě IBR může poskytovat službu Rozvoje Frontend na vlastní účet a vlastním jménem za cenu či odměnu sjednanou autonomně mezi Partnerem a Zákazníkem s přihlédnutím k oprávněným zájmům IBR, tj. vždy tak, aby nedošlo k poškození dobrého jména IBR.*

*Partner v rámci partnerské sítě IBR může spolupracovat na sběru Zákazníky požadovaných úprav, změn, rozšíření funkcionalit a přizpůsobení programového vybavení (dále též jen jako ‚Změny‘) a jejich evidenci v rámci jednotného systému Evidence požadavků (dále též jen jako ‚Evidence‘). Tato Evidence bude sloužit jako jednotný systém pro stanovení plánu Rozvoje, ke stanovení priorit a harmonogramů vývoje Produktů Aspe.*

*V Partnerské smlouvě jsou dále upřesněna pravidla pro rozvoj částí Frontend i Backend takto:*

*Partner může provádět Rozvoj Frontend po předchozím oznámení IBR ve formě předložení analýzy rozvojového požadavku, odsouhlasené Zákazníkem; Partner je oprávněn se smluvně zavázat Zákazníkovi požadovaný Rozvoj Frontend zajistit za podmínek (termín, cena, funkcionality) sjednaných se Zákazníkem.*

*Partner je oprávněn realizovat Rozvoj Frontend sám, nebo prostřednictvím IBR, nebo prostřednictvím jiného Partnera. Služby Rozvoje Frontend případně poskytuje IBR Partnerovi dle jeho jednotlivých požadavků, a to za ceny stanovené podle Ceníku. Partner v rámci služeb Rozvoje může spolupracovat na vývoji Produktů na základě Evidence požadavků dle jeho certifikace až do rozsahu Frontend autonomně bez omezení ze strany IBR.*

*Případné požadavky na Rozvoj Backend musí Partner řešit výlučně s IBR a není oprávněn je provádět samostatně.“*

### **Další průběh správního řízení**

100. Usnesením č. j. ÚOHS-26293/2022/536 ze dne 3. 8. 2022 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit ke shromážděným podkladům rozhodnutí. Dne 8. 8. 2022 zaslal zadavatel Úřadu žádost o prodloužení této lhůty, které Úřad usnesením č. j. ÚOHS-27085/2022/536 ze dne 9. 8. 2022 vyhověl a lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí prodloužil účastníkům správního řízení do dne 15. 8. 2022.

### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí**

101. Navrhovatel ve svém podání ze dne 14. 8. 2022 nejprve obecně odkázal na svá předchozí vyjádření ve věci. Setrvává na závěru učiněném předsedou Úřadu v rozhodnutí o rozkladu, podle kterého nelze rozvoj programového vybavení zadavatele poptávat prostřednictvím dynamického nákupního systému. Poukazuje na jednotlivá vyjádření účastníků šetřeného zadávacího řízení, kdy podle navrhovatele tito připouští rozvoj programového vybavení zadavatele ve smyslu změny či rozšiřování funkcionalit stávající verze softwaru, což je dle navrhovatele v rozporu se závěrem předsedy Úřadu vysloveným v rozhodnutí o rozkladu, že žádný rozvoj možný není. Jako doplnění své argumentace poukazuje navrhovatel rovněž na celkovou předpokládanou hodnotu dynamického nákupního systému (tj. 135 000 000,- Kč za dobu 10 let), kdy to podle navrhovatele znamená, že „při běžné hodinové sazbě osoby, která se podílí jen na podpoře systému, nikoliv jejím rozvoji, se na této podpoře bude podílet na full time 4,5 lidí, což dle názoru Navrhovatele není běžná podpora systému“. Rovněž poukazuje na skutečnost, že zadavatel v čl. 9.5 zadávací dokumentace požaduje jednoho člena týmu se zkušenostmi s realizací min. 2 projektů v oblasti dodávky programových úprav a úprav zdrojových kódů SW, což dle zadavatele rozhodně není běžná údržba systémů, ale lze z toho dovodit úmysl o jeho rozšíření. Nadále tak navrhovatel setrvává na názoru, že zadavatel postupoval nezákonně a Úřad by měl uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

### **Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí**

102. Zadavatel v úvodu svého vyjádření ze dne 15. 8. 2022 zopakoval argumenty týkající se tvrzení, že návrh nebyl podán řádně a včas, a Úřad jej tedy neměl vyřizovat a pouze měl usnesením zastavit řízení. Stejně tak opakovaně popírá tvrzený stav exkluzivity a vendor lock-in, kdy odkazuje na původní rozhodnutí Úřadu. Hlavní argumentaci svého vyjádření směřoval

zadavatel k možnosti zadávání rozvoje programového vybavení v DNS. Zadavatel nesouhlasí s argumentací předsedy Úřadu v rozhodnutí o rozkladu ohledně přílišné specifčnosti poptávaného plnění, a tedy rozporu s § 138 odst. 1 zákona. Předseda Úřadu dle zadavatele svou argumentaci opřel výhradně o dokument „Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“ (dále jen „podklady k zadávací dokumentaci“). Podklady k zadávací dokumentaci nicméně nikdy nebyly součástí zadávací dokumentace samotné, a tedy ani veřejně dostupné, a jedná se o analytický dokument ryze interní povahy bez závaznosti pro zadavatele nebo další subjekty. Podle zadavatele měl předseda Úřadu (potažmo Úřad sám) vycházet toliko z předmětu zadávací dokumentace definovaného pomocí technických podmínek v čl. 2.1 zadávací dokumentace a v příloze č. 5 zadávací dokumentace. Toto ustanovení sice rozvoj systému rovněž poptává, nicméně jej omezuje na rozvoj v souladu s partnerským programem IBR a nejedná se o rozvoj v pravém slova smyslu, když jeho předmětem je toliko úprava integračních vazeb mezi stávajícím vybavením zadavatele a aktualizacími balíčky poskytovanými přímo společnostmi IBR (která není účastníkem zadávacího řízení). Zadavatel navazuje na vyjádření účastníků zadávacího řízení a společnosti IBR, kdy za zásadní považuje skutečnost, že jednotliví členové partnerského programu IBR jsou samostatně oprávněni k rozvoji toliko v části „Frontend“ (tedy v uživatelském rozhraní) a nikoliv v samotném zdrojovém kódu softwarového vybavení zajišťujícím konkrétní funkcionality systému (tj. v části „Backend“). Nejedná se tak o rozvoj ve smyslu úpravy funkcionalit softwaru na vyžádání zadavatele. Zadavatel uvádí, že rozvoj části „Frontend“, ke kterému jsou účastníci partnerského programu oprávněni, není součástí předmětu DNS a *„logicky tedy, pokud partneři IBR nemohou realizovat rozvoj pro část ‚Backend‘, a pokud část ‚Frontend‘ není součástí předmětu plnění, pak předmětem VZ nemůže být rozvoj v pravém slova smyslu, což plně potvrzuje dřívější vyjádření zadavatele, že žádný rozvoj nepožadoval“*. Zadavatel je tak přesvědčen, že se v případě předmětu dynamického nákupního systému jedná o plnění na relevantním trhu běžně dostupné a lze jej proto touto cestou poptávat. Poslední bod vyjádření zadavatele se dotýká oprávněnosti požadavku na členství v partnerském programu IBR. Zadavatel zde v zásadě opakuje svou argumentaci z předchozích vyjádření a jde podle něj *de facto* o potvrzení skutečnosti, že je příslušný dodavatel disponuje potřebnými právními, organizačními i technickými kapacitami. Úřad by tak dle zadavatele měl návrh zamítnout.

#### IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

103. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek účastníků řízení, závěrů obsažených v rozhodnutí předsedy a na základě vlastního zjištění rozhodl, že návrh navrhovatele se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

##### Relevantní ustanovení právních předpisů

104. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
105. Podle § 6 odst. 2 zákona musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

106. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami 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.
107. Podle § 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.
108. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
109. Podle § 37 odst. 1 zákona podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit 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.
110. Podle § 73 odst. 4 zákona platí, že v nadlimitním režimu není zadavatel oprávněn požadovat prokázání jiné kvalifikace, než která je uvedena v odstavcích 1 až 3; tím není dotčen § 48 odst. 5 až 7 zákona.
111. Podle § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
112. Podle § 79 odst. 2 písm. d) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným dodávkám, službám nebo stavebním pracem, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou dodávky, služby nebo stavební práce poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům.
113. Podle § 104 písm. a) zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele jako další podmínky pro uzavření smlouvy předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele.

114. Podle § 138 odst. 1 zákona zadavatel může zavést dynamický nákupní systém, kterým se pro účely tohoto zákona rozumí plně elektronický, otevřený systém pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací. Zadavatel zavede dynamický nákupní systém v zadávacím řízení, ve kterém postupuje přiměřeně podle pravidel pro užití řízení. Zadavatel může rozdělit dynamický nákupní systém do kategorií, které jsou objektivně vymezeny na základě předmětu veřejných zakázek nebo jejich územního rozsahu.
115. Podle § 139 odst. 7 písm. c) zákona se dynamický nákupní systém považuje za uzavřený v okamžiku, kdy v případě podání návrhu podle § 251 odst. 1 nabude právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu.
116. Podle § 251 odst. 1 zákona platí, že návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
117. Podle § 251 odst. 2 zákona platí, že návrh musí být, není-li stanoveno jinak, doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námítky odmítnul.
118. Podle § 251 odst. 4 zákona platí, že náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námítkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
119. Podle § 257 písm. e) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 251 odst. 2 nebo 3 zákona nebo podle § 254 odst. 3 zákona.
120. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
121. Podle § 37 odst. 1 správního řádu platí, že podání je úkonem směřujícím vůči správnímu orgánu. Podání se posuzuje podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno.
122. Podle § 37 odst. 2 správního řádu z podání musí být patrné, kdo je činí, které věci se týká a co se navrhuje. Fyzická osoba uvede v podání jméno, příjmení, datum narození a místo trvalého pobytu, popřípadě jinou adresu pro doručování podle § 19 odst. 4. V podání souvisejícím s její podnikatelskou činností uvede fyzická osoba jméno a příjmení, popřípadě dodatek odlišující osobu podnikatele nebo druh podnikání vztahující se k této osobě nebo jí provozovanému druhu podnikání, identifikační číslo osob a adresu zapsanou v obchodním rejstříku nebo jiné

zákonem upravené evidenci jako místo podnikání, popřípadě jinou adresu pro doručování. Právník osoba uvede v podání svůj název nebo obchodní firmu, identifikační číslo osob nebo obdobný údaj a adresu sídla, popřípadě jinou adresu pro doručování. Podání musí obsahovat označení správního orgánu, jemuž je určeno, další náležitosti, které stanoví zákon, a podpis osoby, která je činí.

#### **K procesní otázce nezastavení správního řízení – otázka včasnosti podání návrhu**

123. Než Úřad přistoupí k meritornímu posouzení návrhu navrhovatele, vyjádří se k otázce splnění zákonných podmínek vedení tohoto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a předmětu zde vedeného řízení.
124. Zadavatel opakovaně poukazuje na skutečnosti spojené s podáním návrhu na zahájení zde vedeného řízení, přičemž dle jeho názoru mělo být správní řízení především Úřadem zastaveno ve smyslu § 257 písm. e) zákona, neboť návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona.
125. Po přezkoumání splnění zákonných podmínek vázících se k úkonu podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřad konstatuje, že navrhovatel naplnil požadavky stanovené v § 251 odst. 2 zákona, resp. nelze shledat, že by předmětným podáním, které Úřad i zadavatel obdržel dne 11. 11. 2021, nebyly splněny některé z obligatorních podmínek vedení tohoto řízení, k čemuž uvádí následující.
126. Úřad konstatuje, že v dané věci je, na základě zjištěných skutečností ohledně doručení námitek zadavateli dne 15. 10. 2021 a doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovateli dne 1. 11. 2021, nesporné, že poslední den zákonné desetidenní lhůty pro doručení návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 251 odst. 2 zákona připadl na den 11. 11. 2021. Úřad v této souvislosti považuje za důležité zdůraznit, že zákonná lhůta pro podání návrhu Úřadu a doručení stejnopisu návrhu zadavateli stanovená v § 251 odst. 2 zákona je lhůtou prekluzivní, kdy jejím marným uplynutím oprávnění podat návrhu ve smyslu § 249 zákona zaniká a Úřad je v takových případech povinen zahájení správního řízení usnesením zastavit.
127. Ve zde řešeném případě lze za problematické považovat následující okolnosti, na které upozorňuje i zadavatel. Dne 11. 11. 2021 bylo Úřadu i zadavateli prostřednictvím datové schránky doručeno podání navrhovatele, které obsahovalo celkem osm dokumentů, mezi nimiž se vyskytoval i dokument svým označením a obsahem totožný s podanými námitkami ze dne 15. 10. 2021 (soubor pdf. „Příloha\_2\_Namitky\_proti\_zadavacim\_podminkam“), dále potvrzení o složení částky ve výši 100 000 Kč na účet Úřadu dne 11. 11. 2021 (soubor pdf. „Příloha\_1\_Doklad\_o\_složení\_kauce“), detail zprávy o doručení námitek zadavateli prostřednictvím elektronického nástroje dne 15. 10. 2021 (soubor pdf. „Příloha\_3\_Doklad\_o\_doručení\_námitek\_zadavateli“), rozhodnutí zadavatele o námitkách (soubor pdf. „Příloha\_4\_Rozhodnutí\_zadavatele\_o\_námitkách“) a detail zprávy o doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovateli prostřednictvím elektronického nástroje dne 1. 11. 2021 (soubor pdf. „Příloha\_5\_Doklad\_o\_doručení\_rozhodnutí\_o\_námitkách“).
128. Součástí předmětného podání ze dne 11. 11. 2021 však nebyl dokument, který by byl výslovně označen jako návrh, přičemž se lze i na základě následující reakce navrhovatele domnívat, že původním úmyslem navrhovatele bylo učinit součástí podání ze dne 11. 11. 2021 rovněž další,

v tomto podání absentující dokument výslovně označený jako „Návrh k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“ datovaný a podepsaný dne 11. 11. 2021, který však byl Úřadu doručen až dne 12. 11. 2021 spolu s textovou zprávou: „Dobrý den, ke včera podaným ‚Námitkám proti zadávacím podmínkám Proconom Software s.r.o.‘, odeslaným s ID zprávy ‚966667437‘, přijato pod Identifikátore dokumentu: UOHSX00FFFKJ s datem zaevidování: 11.11.2021 16:10:37 Vám dodatečně zasíláme chybějící dokument vlastních Námitek. Omlouváme se, při vkládání příloh do datové zprávy se pravděpodobně tento neuložil a nebyl tedy její součástí.“ Ve vztahu k zadavateli pak navrhovatel totožné „doposlání“ textu návrhu učinil dne 15. 11. 2021.

129. K popsané situaci Úřad předně opakovaně zdůrazňuje, že zákon rozlišuje náležitosti návrhu, jejichž absenci lze odstranit ve lhůtě stanovené Úřadem [srov. § 257 písm. a) zákona], a náležitosti, resp. podmínky řízení, jejichž absence je bez dalšího důvodem pro zastavení řízení, kam patří mimo jiné i situace uvedená v § 257 písm. e) zákona, že návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli v zákonné 10denní lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona nebo v § 257 písm. b) zákona, že návrh neobsahuje, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Pro tyto situace zákonodárce možnost zhojení absentující podmínky řízení později či v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem nezakotvil, Úřad proto nemůže navrhovatele k odstranění takové vady řízení vyzvat, či zkoumat důvody, které danou situaci zapříčinily.
130. Úřad tudíž konstatuje, že při posuzování otázky, zda byly splněny všechny procesní podmínky vedení řízení, Úřad k opožděným podáním navrhovatele ze dne 12. 11. 2021 a 15. 11. 2021 směřovaných vůči Úřadu a zadavateli jakkoliv nepřihlížel, a to ani k obsahu těmito podáními zasílanému dokumentu označenému jako „Návrh k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“. Úřad tudíž ani nepřipouští jakoukoliv možnost, že by snad daným opožděným podáním byl jakkoliv ovlivněn předmět zde vedeného řízení. Zároveň však Úřad konstatuje, že nelze shledat, že by byl vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem tohoto případu naplněn některý ze zákonných důvodů pro zastavení správního řízení dle zákona či správního řádu, resp. že by již skutečně učiněným podáním navrhovatele ze dne 11. 11. 2021 doručeným téhož dne Úřadu i zadavateli nebyly naplněny všechny zákonné podmínky pro vedení tohoto řízení.
131. Úřad připomíná, že v souladu s § 37 odst. 1 správního řádu je nutné podání posuzovat podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno, přičemž Úřad je přesvědčen, že navrhovatelem včasné učiněné podání ze dne 11. 11. 2021 vzhledem ke svému obsahu představuje jednoznačný a zřetelný projev vůle navrhovatele zahájit na návrh navrhovatele řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 249 zákona. Tento záměr navrhovatele je z obsahu učiněného podání zcela nepochybně zřejmý, byť tak výslovně v žádném z přiložených dokumentů není označeno. Dané podání se skládalo z vícero dokumentů, a to včetně všech obligatorních součástí návrhu ve smyslu § 251 odst. 1 věty třetí zákona, tedy dokladu o složení kauce a dokladu o doručení námitek zadavateli. To znamená dokladů, které jsou již ze zákona jedinečně a výlučně obligatorně spojeny s jediným možným úkonem navrhovatele (resp. stěžovatele), a to podáním návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Zároveň dané podání ze dne 11. 11. 2021 bylo učiněno osobou nesporně aktivně legitimovanou k podání předmětného návrhu dle § 249 zákona, tedy osobou stěžovatele, který dříve směřoval vůči zadavateli své námitky, které zadavatel následně odmítl, tudíž i z perspektivy zadavatele lze

shledat, že podání návrhu navrhovatelem dne 11. 11. 2021 musel být z pohledu zadavatele očekávatelný a logický krok, nezaměnitelný s žádným jiným procesním postupem navrhovatele (stěžovatele). Pokud tedy následně v logické návaznosti na podané námítky a jejich odmítnutí zadavatelem navrhovatel vůči Úřadu i zadavateli učinil dne 11. 11. 2021 předmětné podání, jehož součástí jsou dříve podané námítky spolu s doklady o složení kauce a doručení námitek, z těchto skutečností jasně vyplývá, a muselo to být zjevné i z pohledu zadavatele, že navrhovatel (stěžovatel) se v návaznosti na konkrétní dříve podané námítky rozhodl v zadávacím řízení bránit svá tvrzená práva podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 a násl. zákona.

132. Rovněž zadavatel ve vyjádření učiněném dne 22. 11. 2021 výslovně označuje osm dokumentů, které mu byly datovou zprávou navrhovatele doručeny dne 11. 11. 2021, jako „pravděpodobně“ přílohy návrhu, byť zároveň tvrdí, že mu nebyl a ani nemohl být zřejmý úmysl stěžovatele podat návrhu k Úřadu, s čímž však vzhledem k výše uvedenému nelze dle názoru Úřadu souhlasit.
133. Dále zadavatel tvrdí, že mu nemohl být znám ani obsah takového návrhu. V této souvislosti Úřad poukazuje na to, že součástí podání navrhovatele (stěžovatele) ze dne 11. 11. 2021 byl dokument námitek ze dne 15. 10. 2021. Současně dle § 251 odst. 4 zákona platí, že Úřad přihlédne k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námítkách podaných zadavateli jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, což musí navrhovatel prokázat. Uvedené je ve vztahu k navrhovateli vyjádřením zásady koncentrace řízení. Již ze zákona tedy vyplývá, že zásadně není přípustné rozšiřování návrhových tvrzení o nové skutečnosti, které nebyly uplatněny stěžovatelem již v podaných námítkách. I pokud bychom tudíž zcela odhlédli od zde nastalé situace, zásadně vždy bude obsah návrhu, a tedy i návrhových tvrzení tvořících předmět vedeného řízení determinován obsahem již dříve podaných námitek.
134. V souladu s právě uvedeným principem je pak dle názoru Úřadu nezbytné přistupovat i k obsahu návrhu, resp. předmětu zde vedeného řízení, který je jasně a určitě vymezen již námítkovými tvrzeními navrhovatele (stěžovatele) učiněnými v podaných námítkách ze dne 15. 10. 2021, jejichž text byl též součástí podání doručeného dne 11. 11. 2021 Úřadu a zadavateli. V tomto kontextu Úřad konstatuje, že nad rámec znění předmětných námitek ze dne 15. 10. 2021 při přezkumu postupu zadavatele v tomto řízení nepřihlížel k žádným případným dalším později učiněným návrhovými tvrzeními. Opožděné podání učiněné navrhovatelem vůči Úřadu dne 12. 11. 2021 tudíž nijak neovlivnilo průběh a předmět zde vedeného správního řízení. Úřad opakuje, že již ze zákona platí, že všechny skutečnosti, které navrhovatel nepovažuje za souladné se zákonem, musí být nejprve obsaženy v námítkách a tytéž případně následně v návrhu podaném za účelem přezkumu postupu zadavatele Úřadem. Jedinou výjimku představují skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli (v námítkách) a tedy jediné k takovým skutečnostem, které jsou obsaženy v návrhu (avšak nebyly tvrzeny v námítkách) Úřad při přezkumu přihlíží, ovšem v tomto řízení žádné takové nové skutečnosti nebyly včas uplatněny, resp. k nim Úřad pro opožděnost nepřihlíží. Úřad se tudíž při přezkumu postupu zadavatele nadále zabýval jen skutečnostmi, které navrhovatel o údajném nezákonném postupu zadavatele namítal již v podaných námítkách a které následně podáním ze dne 11. 11. 2021 uplatnil v návrhu za účelem přezkumu postupu zadavatele Úřadem. Obsah návrhu ve smyslu § 249 zákona, kterým je vymezen předmět řízení



o přezkoumání úkonů zadavatele, je tudíž tvořen toliko námitkovými tvrzeními navrhovatele, jež byly obsahem podaných námitek ze dne 15. 10. 2021 (viz dříve v odůvodnění tohoto rozhodnutí shrnutý obsah návrhu).

135. Úřad doplňuje, že z podání navrhovatele ze dne 11. 11. 2021 tedy bylo zřejmé, že se jedná o návrh ve smyslu § 249 zákona, dále i kdo jej činí, které věci se týká a co navrhuje. Zcela jasně v něm bylo uvedeno, kterého zadavatele a zadávacího řízení se týká a popsáno, v čem dle navrhovatele spočívá porušení zákona (viz body 17. až 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech („V důsledku diskriminačního a netransparentního postupu Zadavatele může Stěžovatel utrpět újmu spočívající ve svém důsledku v tom, že nebude zařazen do dynamického nákupního systému a zakázky budou přiděleny dodavatelům, kteří jsou či mohou být v Zadávacím řízení na úkor Stěžovatele či jiných dodavatelů zvýhodněni.“) a jaké nápravy se navrhovatel domáhá (zrušení zadávacího řízení). Veškeré uvedené skutečnosti, resp. náležitosti podle § 251 odst. 1 zákona byly obsahem dokumentů, které byly součástí podání, které Úřad i zadavatel obdrželi v zákonné lhůtě dle § 251 odst. 2 zákona. V zákonné lhůtě tedy bylo vůči zadavateli i Úřadu učiněno navrhovatelem podání, ze kterého bylo zřejmé, že se jedná o návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, dále byly seznatelné obecné náležitosti podání stanovené správním řádem, byl jasně identifikován zadavatel a zadávací řízení, kterého se týká, i z něj jasně vyplývá, v čem je spatřováno porušení zákona a újma, která v důsledku toho navrhovateli údajně vzniká, rovněž bylo zcela jasné, že se navrhovatel domáhá zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel rovněž uhradil v zákonem stanovené lhůtě požadovanou kauci spojenou s návrhem a doklad o složení kauce učinil součástí podaného návrhu, rovněž tak i doklad o doručení námitek zadavateli. Úřad tudíž konstatuje, že pro zastavení správného řízení není dán žádný z důvodů uvedených v § 257 zákona.

#### **K okruhu námitek navrhovatele ohledně oprávněnosti požadavku zadavatele na doložení certifikovaného partnerství se společnostmi IBR**

136. Úřad nejprve uvádí, že dynamický nákupní systém podle § 138 a násl. zákona je plně elektronický systém pro pořizování běžného a obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací, který je časově omezený a otevřený po celou dobu svého trvání všem dodavatelům, kteří splní podmínky pro zařazení do dynamického nákupního systému a podají žádost o účast v souladu s požadavky zadavatele. Otevřenost systému se projevuje především v tom, že dynamický nákupní systém je otevřený neomezenému okruhu dodavatelů, kteří podávají svoji žádost o účast, a to jednak v průběhu zadávacího řízení na zavedení dynamického nákupního systému, tak i těm, kteří tak učiní po jeho zavedení (ukončení zadávacího řízení na jeho zavedení).
137. Zadávání veřejných zakázek v rámci dynamického nákupního systému se dělí na dvě fáze. V první fázi dochází k zavedení dynamického nákupního systému, a to formou zadávacího řízení ve smyslu § 139 zákona. V průběhu první fáze při zavádění dynamického nákupního systému zadavatel posuzuje žádosti o účast pouze z pohledu splnění podmínek pro zařazení do systému. Dodavatelé musí v této fázi při podání žádosti o účast splnit pouze podmínky pro zařazení do dynamického nákupního systému (které spočívají především ve splnění kvalifikačních předpokladů, příp. jiných stanovených požadavků zadavatele), přičemž žádost o účast mohou po celou dobu trvání dynamického nákupního systému upravit, resp. podávat i opakovaně.

138. Ve druhé fázi dochází v zavedeném dynamickém nákupním systému k zadávání jednotlivých veřejných zakázek na základě výzvy k podání nabídky zaslané všem dodavatelům zařazeným do dynamického nákupního systému. Zadavatel oznámí výběr dodavatele s odůvodněním všem dodavatelům zařazeným do dynamického nákupního systému, kteří podali nabídku na konkrétní veřejnou zakázku na základě obdržené výzvy k jejímu podání. Zadavatel zadá veřejnou zakázku v rámci dynamického nákupního systému dodavateli vybranému na základě kritérií uvedených ve výzvě k podání nabídek.
139. Dále Úřad v obecné rovině uvádí, že podstatou zásady zákazu diskriminace, jakož i zásady rovného zacházení je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení. Zadavatel tak například nesmí v zadávací dokumentaci vymezit předmět veřejné zakázky tak, že by to vedlo ke zvýhodnění jednoho nebo více z potencionálních dodavatelů, přitom je nerozhodné, zda ke zvýhodnění dochází přímo, nebo nepřímo. Stanovení neodůvodněně přísných zadávacích podmínek by pak mohlo být považováno za jednání, které brání hospodářské soutěži, a to jak ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, tak obecně, neboť z této soutěže vylučuje, bez zjevného důvodu, dodavatele, kteří nejsou z různých důvodů schopni dostat takto stanoveným požadavkům, jejichž splnění však v konkrétním případě není nutné pro naplnění předmětu a účelu veřejné zakázky.
140. Úřad dále uvádí, že je nutné vždy vycházet ze smyslu a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, kdy primárním cílem zákona je zajištění nejvyšší možné transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí, pokud jde o vynakládání veřejných prostředků. Tím, že mezi jednotlivými dodavateli probíhá hospodářská soutěž, jsou tito nuceni nabídnout zadavateli co možná nejvýhodnější podmínky nabízeného plnění. Předpokladem pro existenci hospodářské soutěže mezi dodavateli je pak konkurenční prostředí, ve kterém mají potenciální dodavatelé rovné podmínky, a hospodářská soutěž není deformována ze strany zadavatele.
141. Zásada zákazu diskriminace je obligatorním principem při realizaci zadávacích řízení a je na ni kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, který se otázkou zákazu diskriminace v jakýchkoliv formách na jakékoli úrovni také několikrát zabýval, a to např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2005 ve věci C-158/03 Komise Evropských společenství proti Španělskému království. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je pak třeba považovat např. takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových podmínek plnění veřejné zakázky, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Tedy postup zadavatele, kdy někteří z dodavatelů mají znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, je postupem diskriminačním, který odporuje základním zásadám uvedeným v § 6 zákona.
142. Předmětem vedeného správního řízení je posouzení námitek navrhovatele podaných proti zadavatelem stanoveným zadávacím podmínkám zadávacího řízení zahájeného za účelem zavedení DNS „Podpora a rozvoj ASPE“. Navrhovatel namítá, že zadavatel podmínil účast v zadávacím řízení splněním netransparentně a diskriminačně stanovené podmínky partnerství se společností IBR, dle navrhovatele neexistuje veřejně dostupný systém pro získání partnerství, resp. certifikace a podmínky vstupu do této partnerské sítě nepředstavují objektivně stanová pravidla, která by mohl splnit každý dodavatel, ale úspěšný může být pouze

ten dodavatel, který bude na základě „*naprosto subjektivních pocitů*“ vyhovovat právě společnosti IBR. Zadávací podmínky tudíž dle navrhovatele v rozporu se zákonem ve větší míře určuje soukromý subjekt – společnost IBR, výrobce a vlastník produktů ASPE, což představuje dle názoru navrhovatele jasnou situaci vendor lock-in, kdy je zadavatel zcela závislý na službě konkrétního dodavatele (společnosti IBR) a zadavatel vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě IBR, přičemž o tom, kdo bude členem této partnerské sítě, rozhoduje výlučně pouze společnost IBR na základě subjektivních pocitů. Navrhovatel rovněž namítá nezákonnost konkrétního způsobu, jakým je požadavek na doložení certifikace o partnerství se společností IBR v zadávací dokumentaci stanoven, tedy požadavek zadavatele na doložení dokladů dle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace, neboť taková podmínka dle navrhovatele představuje kvalifikační požadavky, které překračují zákonný rámec možných podmínek kvalifikace přípustných v nadlimitním režimu, rovněž tak navrhovatel poukazuje na čl. 9.5.5 zadávací dokumentace stanovující, že v případě společné žádosti o účast dodavatelů zadavatel požaduje, aby certifikát o partnerství doložil každý z dodavatelů. Navrhovatel napadá i to, že požadavek na předložení dokladu o oprávnění dodavatele k realizaci prodeje a poskytování produktů ASPE [čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace] překračuje rámec předmětu veřejných zakázek zadávaných v DNS, jímž má být podpora a údržba programového vybavení ASPE, nikoliv prodej produktů ASPE.

143. Úřad tedy v daném případě ověřil, zda zadávací podmínky zadávacího řízení na zavedení DNS byly stanoveny netransparentním způsobem či diskriminačním způsobem tak, že by mohly přímo či nepřímo omezit účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, resp. v zavedeném dynamickém nákupním systému či zda bezdůvodně zaručují tvrzenou konkurenční výhodu společnosti IBR a dodavatelům z její partnerské sítě, jak dovozuje v návrhu navrhovatel.
144. Z obsahu dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že po zavedení DNS bude poptávaným předmětem plnění veřejných zakázek zajištění plnění spojených se softwarovou podporou a rozvojem programového vybavení ASPE, kterým se rozumí aplikační informační systém pro přípravu a řízení staveb tvořený vícero programovými produkty/aplikacemi, které jsou v souhrnu označovány právě jako programové vybavení ASPE (někdy ASPE/MIP) či produkty z rodiny ASPE, přičemž se jedná o stávající zadavatelem využívaný informační systém, který hodlá nadále využívat. Jedná se o komerčně dostupný produkt programového vybavení, jehož autorem a vlastníkem majetkových autorských práv je společnost IBR. Předmětem zadávacího řízení je zavedení DNS, přičemž cílem zadavatele je disponovat okruhem dodavatelů, kteří budou schopni v reakci na aktuální potřeby zadavatele (nebo dalších zadavatelů účastných na centrálním zadávání) plnit předmět dílčích veřejných zakázek, které budou v průběhu trvání DNS poptávány. Vstup do DNS je (již ze zákona) umožněn všem dodavatelům, kteří splní podmínky pro zařazení do DNS kdykoliv v průběhu jeho trvání, tedy i po dokončení zadávacího řízení na jeho zavedení. DNS je zaváděno na 10 let. Vzhledem k předpokládané hodnotě veřejných zakázek, které zadavatel plánuje zadat v DNS (čl. 4 zadávací dokumentace), je nepochybné, že zadavatel je povinen postupovat v zadávacím řízení v nadlimitním režimu.
145. Konkrétně dle čl. 2.1 zadávací dokumentace bude předmětem poptávaného plnění poskytování služeb podpory a údržby programového vybavení ASPE, poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE, poskytování kontinuální maintenance k užívání

programového vybavení ASPE a poskytování dalších souvisejících plnění vztahujících se k programovému vybavení ASPE, u nichž může vyvstat potřeba jejich poskytnutí.

146. Zároveň zadavatel v zadávací dokumentaci deklaruje, že poskytování dílčích plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS musí respektovat pravidla vyplývající z dokumentu „Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR“, který tvoří přílohu č. 6 zadávací dokumentace.
147. Z preambule odkazovaného dokumentu pak vyplývá, že cílem tohoto dokumentu je stanovit podmínky a pravidla výrobce a vlastníka produktů rodiny IS Aspe, tj. společnosti IBR, pro poskytování služeb maintenance ze strany členů partnerské sítě IBR subjektům náležejícím do resortu Ministerstva dopravy ČR, tedy zadavatelům, kteří budou účastni na DNS.
148. V čl. 2 „Partnerský program IBR“ tohoto dokumentu se dále uvádí mj. následující:

„2.2

*Výrobce Aspe umožňuje poskytování Maintenance produktů rodiny Aspe i prostřednictvím sítě Partnerů, tj. právnických osob zaměřených na poskytování služeb a dodávek IT/SW, které mají s IBR uzavřenou Partnerskou smlouvu.*

2.3

*Součástí uzavření Partnerské smlouvy je rovněž závazek Partnera respektovat a dodržovat Pravidla partnerského programu IBR při prodeji a poskytování podpory produktů rodiny Aspe (dále též jen jako ‚Pravidla‘), která stanovují základní rámec a principy fungování partnerské sítě IBR.*

2.4

*Zaměstnanci Partnera, kteří budou vykonávat službu Maintenance absolvují potřebná školení a získávají certifikaci Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin na úroveň Admin pro příslušné produktové portfolio rodiny Aspe (AspeHub, AspeEsticon, AspeMip).*

2.5

*IBR v rámci partnerské sítě průběžně sleduje, aby Partneri, kteří se kvalifikovali do systému DNS na ‚Podpora a rozvoj Aspe‘, měli platně uzavřené Partnerské smlouvy a aby jak oni sami, tak jejich zaměstnanci měli platné certifikáty Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin.“*

*Dle čl. 1.3 uvedeného dokumentu „[v]ýraz ‚Partnerská smlouva‘ představuje smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů Aspe uzavřenou mezi IBR a právníkou osobou - Partnerem.“ A dle čl. 1.4 téhož dokumentu „[v]ýraz ‚Partner‘ představuje právníkou osobu, která má uzavřenou s IBR Partnerskou smlouvu a má certifikované zaměstnance pro rodinu Aspe.“*

149. V daném případě jsou tedy dodavatelé ucházející se o zařazení do DNS (ať již nyní před jeho zavedením či následně poté) povinni získat příslušná autorskoprávní oprávnění k poskytování plnění veřejných zakázek (tedy k zásahům do programového vybavení ASPE) od výrobce a vlastníka majetkových autorských práv daného softwarového produktu, tj. společnosti IBR. Konkrétně se tak děje vstupem do partnerského programu IBR, tedy do partnerské sítě

společností IBR certifikovaných dodavatelů (s jí proškolenými zaměstnanci), kteří uzavřeli s touto společností partnerskou smlouvu (smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů ASPE), v důsledku čehož bude těmto subjektům ze strany společnosti IBR umožněno oprávněné poskytování těchto služeb softwarové podpory a rozvoje programového vybavení ASPE využívaného subjekty z resortu Ministerstva dopravy účastných na DNS. V praktické rovině průběhu zadávacího řízení pak předmětná podmínka nutnosti členství v partnerském programu IBR byla zadavatelem vyjádřena v požadavku zadavatele, aby dodavatelé v žádosti o účast předložili doklady vystavené společností IBR identifikované v čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace. Certifikát dle písm. c) vypovídá o tom, že dodavatel jakožto právnická osoba je partnerem IBR, jinými slovy je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE. Dle písm. d) pak dodavatel musí předložit doklad o platné certifikaci zaměstnance (alespoň jedné osoby z realizačního týmu, jímž prokazuje splnění technické kvalifikace).

150. Na tomto místě Úřad shledává dílčí závěr, že nelze souhlasit s námitkou navrhovatele, který v kontextu čl. 2.1 zadávací dokumentace („*poskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří přílohu č. 6 Zadávací dokumentace*“) tvrdí, že se jedná o neurčitou podmínku, která nedává účastníkům zadávacího řízení „*jasný návod pro způsob jejího prokázání*“ a v důsledku se jedná o podmínku rozpornou se zásadou transparentnosti.
151. Je nutno vzít na vědomí, že zásada transparentnosti obsahuje několik rovin, které protkávají celé zadávací řízení, kdy zastřešujícím cílem je, aby veřejná zakázka působila ve vztahu k dodavatelům jako jasná a čitelná, a aby daná veřejná zakázka a zadávací řízení podléhali efektivní veřejné kontrole a správnímu přezkumu (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 31). Jednou z výše uvedených rovin transparentnosti je i jasnost, srozumitelnost a úplnost zadávacích podmínek, díky čemuž jsou dodavatelé schopni jednoznačně pochopit zadávací podmínky, na základě čehož mohou zvážit svou účast na zadávacím řízení a následně i koncipovat své nabídky. V tomto ohledu je Úřad toho názoru, že zadavatel koncipoval zadávací dokumentaci v souladu se zásadou transparentnosti, kdy z této je jasně patrné, jaké podmínky musí dodavatelé splnit, jaké doklady musí v žádosti o účast předkládat [viz čl. 2.1 zadávací dokumentace a její příloha č. 6, rovněž jako čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace].
152. Navíc podrobnosti k certifikačnímu procesu partnerství byly zadavatelem vysvětleny již ve vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 4 uveřejněné na profilu zadavatele dne 12. 10. 2021 (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde zadavatel zopakoval, že „*[c]o se týče certifikačního procesu, platí, že společnost IBR jakožto výrobce a vlastník produktů rodiny ASPE umožní zásah do programového vybavení ASPE pouze svým partnerům, tj. právnickým osobám zaměřeným na poskytování služeb a dodávek IT/SW, které mají s touto společností uzavřenou tzv. partnerskou smlouvu, tedy smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů ASPE (partnerská smlouva). Z uvedeného plyne, že dodavatel musí za účelem uzavření partnerské smlouvy a tím i pro získání dokladu potřebného ke splnění podmínek účasti v zadávacím řízení kontaktovat společnost IBR. Součástí partnerské smlouvy je zejména závazek partnera respektovat a dodržovat pravidla partnerského*

*programu IBR při prodeji a poskytování podpory produktů rodiny ASPE, která stanovují základní rámec a principy fungování partnerské sítě IBR. Zadavatel pak pro účely účasti v zadávacím řízení nepožaduje přímo předložení této smlouvy, neboť ta by s ohledem na její povahu mohla obsahovat obchodní tajemství. Zadavateli postačí právě doklad vydaný společností IBR, ze kterého bude patrné, že dodavatel má uzavřenu partnerskou smlouvu a je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE.“*

153. Skutečnost, že z veřejně dostupných informací nejsou patrné podrobnosti ohledně konkrétních podmínek vstupu do partnerské sítě IBR, pak dle názoru Úřadu nečiní toto konkrétní zadávací řízení nepřehledné či méně transparentní. Naopak dodavatelé již ze znění zadávacích podmínek měli k dispozici informaci, že pro účast v DNS je nezbytné začlenění do partnerského programu IBR, bylo tedy zřejmé, že dodavatelé musí kontaktovat tuto společnost, tj. výrobce příslušného programového vybavení ASPE. Ostatně sám navrhovatel tak učinil, společnost IBR za tímto účelem kontaktoval, jak dokládá předloženou komunikací s touto společností z května roku 2021.
154. Úřad dále uvádí, že za účelem ověření otevřenosti vytvořené partnerské sítě společnosti IBR si od tohoto subjektu vyžádal podrobnosti ohledně jejího partnerského programu, včetně podmínek vstupu do této sítě a pravidel certifikovaného partnerství (viz body 39., 40., 51. až 53. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného šetření vyplývá, že v současnosti čítá partnerská síť šest subjektů, kteří mají uzavřenou partnerskou smlouvu, což je opravňuje k akvizici licencí produktů ASPE, poskytování technické podpory a školení (maintenance), rozvoje produktů ASPE a pro tuto činnost jim společnost IBR poskytuje odbornou podporu, školení, sdílí s partnery informace o produktech ASPE a umožňuje jim se aktivně účastnit na rozvoji tohoto software. Partneři tuto svou činnost vykonávají jako nezávislé subjekty v rámci svého podnikání, za účelem dosahování vlastního zisku. Členem partnerského programu se mohou stát zájemci, kteří splní kritéria spočívající v tom, že se jedná o právnickou osobu podnikající v oblasti IT/SW s minimálně třemi zaměstnanci, zájemce uzavřel partnerskou smlouvu, zaměstnanci zájemce absolvovali školení a následně získali certifikaci k prodeji a podpoře produktů ASPE, zájemce získal certifikaci o partnerství a „[z]ájemce nesmí současně vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči Produktům Aspe konkurenční produktů“.
155. Speciálně ve vztahu k poslední jmenované podmínce Úřad poznamenává, že ověřoval její reálné dopady, přičemž lze bez důvodných pochybností shledat, že i přes její jazykové vyznění není v praxi překážkou pro účast v partnerské síti, a to i pokud zájemce vlastní či nabízí jiné softwarové řešení stejné nebo obdobné problematiky jako produkty ASPE (jak je doloženo i na příkladu tří stávajících členů partnerského programu IBR), neboť tato podmínka míří na jinou situaci, kdy je společností IBR aplikována, a to na situaci, kdy zájemce „případnou konkurenční činnost vykonává způsobem, který je nebo může být v rozporu se zákonem, tj. tehdy, jedná – li se o konkurenci nekalou. Jde tedy především o možné naplnění materiálních znaků nekalosoutěžního jednání či důvodných obav z něj.“ Z vyjádření této společnosti je zároveň patrné, že v tomto smyslu má společnost IBR pochybnosti o nezávadnosti konkurenčního chování navrhovatele, které považuje za mimořádně důvodné, přičemž dle jejího zjištění došlo k neoprávněnému zásahu do softwaru ASPE a zneužití zdrojového kódu programových produktů ASPE při vývoji softwaru Proconom, který vyvinul a nabízí navrhovatel, a z tohoto důvodu vede s navrhovatelem i dosud nevyřešený soukromoprávní

spor, jakož i bylo podáno trestní oznámení. Danou skutečností je tak dle společnosti IBR rovněž nutné nahlížet i na obsah odpovědi společnosti IBR ze dne 28. 5. 2021 na žádost navrhovatele o sdělení podmínek vstupu do partnerské sítě, v níž žádala po navrhovateli, aby nabídl „vysvětlení, doklady či jakékoliv informace či argumenty, které by rozptýlily oprávněné obavy společnosti IBR, týkající se případné účasti společnosti Proconom v Partnerské síti a dopadů takové účasti na Produkty Aspe,“ což je dle společnosti IBR zcela legitimní postup, neboť „ochrana tak citlivého obchodního tajemství, jakým je zdrojový kód Produktů Aspe, vyžaduje opatrnost o to větší, má – li být předmětem zvažování účast právě společnosti Proconom v Partnerské síti, tj. v síti, jejíž členové mohou mít přístup k citlivým informacím, které se týkají jak samotných principů softwarového fungování Produktů Aspe, tak i jejich budoucího směřování stran vývoje.“ Úřad k dané situaci uvádí, že rozhodnutí nastíněného autorskoprávního sporu přísluší toliko soudům. Není v moci (a ostatně ani odbornosti) Úřadu, jakož ani zadavatele, tento spor společnosti IBR a navrhovatele hodnotit. Perspektivou zde vedeného správního řízení je tak na daný autorskoprávní spor nutné nahlížet jako na faktickou skutečnost, kdy navrhovatel se ve vztahu k možnostem (resp. ochotě společnosti IBR) svého začlenění do partnerského programu IBR (a tedy k možnosti oprávněně poskytovat prodej a podporu produktů ASPE, což je nezbytností pro poskytování předmětu plnění a podmínkou zařazení do DNS) nachází ve zcela specifickém postavení, které se vymyká situaci jakéhokoliv jiného „běžného“ zájemce o vstup do partnerské sítě, a nelze tudíž z popsané situace navrhovatele ani odvozovat nastavené a obecně uplatňované principy fungování partnerského programu IBR, který se jinak dle zjištění Úřadu vyznačuje otevřeností, kdy je umožněn vstup každému zájemci, který splnil jasně stanovené podmínky. Skutečnost, že možnost vstupu do partnerské sítě IBR, a tedy i možnost účasti v zadávacím řízení (resp. zařazení do DNS) není pro jiné dodavatele nijak vyloučena, ostatně potvrzují již podané žádosti o účast pěti dodavatelů (celkem byly podány čtyři žádosti o účast, jelikož dva z partnerů podali žádost o účast společně).

156. Dále je třeba zdůraznit, že samotná společnost IBR se zadávacího řízení neúčastní. Naopak, vytvoření partnerské sítě současného výrobce a dodavatele ASPE tvořené samostatnými subjekty, kdy v DNS poptávané služby budou zadavateli (resp. zadavatelům jakožto koncovým zákazníkům) nabízet právě tito členové otevřené partnerské sítě nezávislí na výrobcu ASPE, zakládá existenci plurality možných dodavatelů, kteří jsou oprávněni (schopni) takové plnění poskytovat, a tedy je zde prostor pro soutěž mezi různými dodavateli, kdy zároveň z pohledu zadavatele nehrozí porušení autorských práv držitele majetkových práv k předmětnému software produktů ASPE, tj. společnosti IBR, přičemž v opačném případě (při porušení autorských práv výrobcu ASPE neoprávněným zásahem) by určité odpovědnostní nároky držitel autorských práv mohl uplatnit i proti zadavateli (§ 40 a § 41 autorského zákona), byť jednajícím v dobré víře.
157. Úřad na tomto místě poukazuje na výchozí stav, v němž se zadavatel nachází, a to na skutečnost, že v případě programového vybavení z rodiny ASPE užívaného zadavatelem se jedná o stávající, zadavatelem dlouhodobě uživatelsky provozovaný a rozvíjený informační systém, přičemž s jeho technologickým provozováním je nutně spojena i potřeba údržby a následného rozvoje takového systému. Úřad připomíná, že v případě produktů ASPE (pro něž je předmětná softwarová podpora a rozvoj poptávána) se jedná o komerčně dostupný produkt, kdy výrobce například kontinuálně poskytuje koncovým zákazníkům nové verze programového vybavení, které je nutno implementovat u koncového uživatele. Aby bylo

zamezeno při poskytování plnění podpory a rozvoje programového vybavení ASPE neoprávněné „manipulací“ s tímto software (autorským dílem), kterou by mohlo dojít k zásahu do autorských práv výrobce, dohodl se zadavatel s tímto stávajícím dodavatelem, tj. společností IBR, na vytvoření otevřené partnerské sítě opravňující její členy k poskytování předmětu plnění (k prodeji a podpoře produktů ASPE), a o veřejné zakázky následně zadávané v zavedeném DNS, pro jejichž plnění je předmětné autorskoprávní oprávnění nezbytné, pak budou soutěžit za rovných podmínek právě tito dodavatelé. Zadavatel tak v tomto případě nemá pro plnění veřejných zakázek k dispozici pouze jediného možného dodavatele (tj. výrobce software).

158. Dodavatelé, kteří měli zájem účastnit se předmětného zadávacího řízení (resp. DNS), tedy měli možnost stát se členy partnerského programu IBR, přičemž tato možnost zůstává zcela otevřená i do budoucna po celou dobu trvání DNS. Případní zájemci mohou neomezeně podávat žádosti o účast, a to i opakovaně kdykoliv po zavedení DNS. S ohledem na výše uvedené je pak neodůvodněný i argument navrhovatele, že pravidla partnerského programu IBR nejsou objektivně stanovená pravidla, která mohou splnit všichni dodavatelé a společnost IBR rozhoduje na základě „naprosto subjektivních pocitů“ o tom, komu partnerství udělí a komu nikoliv, neboť je zřejmé, že společnost IBR, dle jejího vyjádření i skutečnosti konkurenční plurality již současných členů partnerské sítě, nijak neomezuje možnost získání příslušných oprávnění, a v šetřeném zadávacím řízení tak v důsledku toho nedochází k nezákonné diskriminaci dodavatelů, kteří nejsou výrobcem příslušného software ASPE. K samotné skutečnosti, že výrobce ASPE (společnost IBR) je v tomto případě subjektem, který „rozhoduje“ o tom, že taková oprávnění poskytne, Úřad uvádí, že tato forma možného zvýhodnění však nemá původ v zadávacích podmínkách, ale je vyvolána samotným charakterem předmětu plnění, kdy budou v DNS poptávány činnosti spojené se zásahy do programových produktů ASPE, k jejichž plnění je nezbytné autorskoprávní oprávnění jejich konkrétního výrobce a tedy, pokud by se takový výrobce rozhodl podat nabídku, ve vztahu k podpoře a rozvoji jeho vlastního software byl by v tomto ohledu ve výhodě. V této souvislosti pak lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 43/2013-106 ze dne 26. 9. 2014, kde tento soud uvedl, že *„[n]edovodil-li tedy zdejší soud nesprávně a ani diskriminačně nastavený samotný předmět plnění (poskytování služeb datového centra), ani konstrukci jeho nacenění (paušální nacenění spotřeby elektrické energie podle štítkových hodnot zařízení), a to ani jako diskriminaci přímou, ani jako diskriminaci nepřímou, pak zároveň dospívá k závěru, že faktické zvýhodnění dosavadního dodavatele nepřekračuje běžné podnikatelské zvýhodnění; takové zvýhodnění tu není bezprostředním důsledkem postupu zadavatele, nýbrž důsledkem pouhého faktu, že má být naceňováno plnění, jež má být poskytováno poté, co totožné plnění již jednou (jedním z dodavatelů) poskytováno bylo.“* Ačkoliv se v citovaném rozsudku jednalo o veřejnou zakázku s odlišným předmětem plnění, lze dle názoru Úřadu aplikovat jeho závěry v tom smyslu, že s ohledem na předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS, tzn. poskytnutí služeb podpory, rozvoje a dalších souvisejících plnění ke konkrétním softwarovým produktům (zde programovému vybavení ASPE) konkrétního „původního“ dodavatele, existuje (a v každé veřejné zakázce na podobný předmět plnění, tzn. poskytnutí softwarové podpory k již dodaným programovým produktům, které zadavatel využívá, bude existovat) i v šetřeném případě dodavatel, který bude vždy fakticky zvýhodněn tím, že takový programový produkt vyrobil. Nicméně tuto skutečnost je i v šetřeném případě třeba považovat za důsledek skutečnosti, že existuje subjekt, který je dodavatelem původního produktu;



zásadní je tudíž skutečnost, zda zadávací podmínky nastavené zadavatelem nenarušují zásadu zákazu diskriminace v tom ohledu, že by dosavadního dodavatele zvýhodňovaly takovým způsobem, který by překračoval běžné podnikatelské zvýhodnění plynoucí z toho, že takový dodavatel dodal „původní“ produkt, ke kterému teď zadavatel poptává podporu, přičemž v případě, že existuje možnost, na trhu běžně dostupná, jakým způsobem získat oprávnění k poskytování softwarové podpory a dalších souvisejících plnění k již dříve dodaným softwarovým produktům, nelze takové zadávací podmínky považovat za diskriminační, popř. v rozporu se zákonem znevýhodňující ostatní subjekty na trhu. Klíčové je v daném případě to, že trh není omezen v tom smyslu, že by případnému dodavateli bylo znemožněno zadavateli nabídnout poptávaná plnění podpory, rozvoje či prodeje programových produktů, které nevyrobil, neboť by případný výrobce softwarového produktu (autorského díla) odmítl **bezdůvodně** obchodní spolupráci. Za situace, kdy je partnerská síť skutečně postavena na principu otevřenosti, záleží tak primárně na připravenosti samotného dodavatele a jeho vůli vstoupit do partnerského programu IBR, tedy i za rovných podmínek s dalšími certifikovanými partnery soutěžit o v DNS zadávané veřejné zakázky. Nelze se tedy ztotožnit s názorem navrhovatele, že zadavatel svým postupem vytvořil stav exkluzivity zvýhodňující společnost IBR a zakládající situaci vendor lock-in.

159. Opětovně Úřad akcentuje, že diskriminační by byla situace tehdy, pokud by příslušná oprávnění nebylo možné získat, výrobce softwarového produktu by umožnil získat oprávnění jen úzkému okruhu subjektů, a neexistoval by tudíž jiný dodavatel schopný poskytovat softwarovou podporu než původní dodavatel, popř. výrobce daného programového produktu, popř. **bezdůvodně** by kvalifikovaní dodavatelé nemohli toto od rozhodného subjektu získat. Tato situace však v případě společnosti IBR zjevně nenastala, jak Úřad shora popsal. Ze zjištěných skutečností naopak vyplynulo, že podmínky pro vstup do partnerského programu IBR a jednání této společnosti svědčí o otevřenosti této partnerské sítě, tedy že uvedená služba je běžně dostupná. Dle názoru Úřadu pak o opaku nelze nic usuzovat toliko na základě zcela specifické a ojedinělé pozice navrhovatele, resp. vztahu navrhovatele a společnosti IBR s ohledem na jimi vedený autorskoprávní spor ohledně tvrzeného neoprávněného zneužití zdrojových kódů programového vybavení ASPE (tedy týkající se právě situace, jíž by se mělo vytvořením partnerské sítě a plnění veřejných zakázek těmito subjekty předejít). Úřad připouští, že taková situace zcela objektivně (nikoliv svévolně a netransparentně) může ovlivnit přístup společnosti IBR k možnosti navrhovatele vstupem do partnerského programu získat přístup právě k chráněným informacím o programových produktech ASPE. Zároveň Úřad nemohl přehlédnout ani to, že navrhovatel svou argumentaci, že společnost IBR mu na základě „*subjektivních důvodů*“ podmínky vstupu do partnerské sítě nesdělila a „*jako partnera jej nechce*“, opírá o jím vyvinutou „*snahu*“ zajistit si certifikované partnerství pro nezbytné podání žádosti o účast a následné plnění veřejných zakázek v DNS, kterou představuje odeslání jediného dopisu ze dne 20. 5. 2021 (tedy několik měsíců před zahájením zadávacího řízení), v reakci na nějž navrhovatel obdržel dopis společnosti IBR, z nějž vyzařují obavy a značný odstup k možnému partnerství, avšak zároveň je zakončen výzvou k dalšímu jednání, přičemž z tvrzení zúčastněných subjektů v tomto správním řízení je zřejmé, že jakákoliv reakce navrhovatele v tomto směru již nepřišla.
160. Úřad shrnuje, že pokud je možné softwarovou podporu ke konkrétním produktům (k jejichž užívání již zadavatel vlastní oprávnění) zajistit nejen výlučně prostřednictvím jejich výrobce, nýbrž existuje i možnost jejího zajištění jinými dodavateli, kterou zadavatel zadávacími

podmínkami bezdůvodně neomezil, nelze v takovém případě konstatovat diskriminační nastavení zadávacích podmínek, neboť předmětné zadávací řízení zadavatel vede za účelem podpory a funkčnosti systému, který již vlastní, a potřeba zajištění podpory, rozvoje a dalších souvisejících plnění k již pořízeným programovým produktům ASPE je tedy odůvodněná. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti lze konstatovat, že požadavkem na doložení certifikovaného partnerství IBR zadavatel bezdůvodně neomezil účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, ani bezdůvodně nezaručil konkurenční výhodu společnosti IBR či dodavatelům z této partnerské sítě, a tedy zákon v tomhle ohledu (§ 36 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona) neporušil.

161. Odlišnou otázkou, jejíž posouzení je též nezbytné, pak je to, zda lze shledat za zákonný konkrétní způsob, kterým zadavatel jinak důvodnou a legitimní potřebu plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS pouze dodavateli z řad členů partnerské sítě IBR (jak bylo shledáno výše) zakotvil v zadávací dokumentaci, resp. zda zvolil k dosažení tohoto cíle vhodné zákonné instrumenty, za dodržení pravidel, které zákon připouští, k čemuž Úřad uvádí následující.
162. Úřad konstatuje, že lze souhlasit s návrhovatelem v tom ohledu, že doklad opravňující dodavatele realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE požadovaný v čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace nelze v souladu se zákonem požadovat v nadlimitním režimu v rámci prokázání kvalifikace, neboť takový doklad nespadá mezi kvalifikaci uvedenou v § 73 odst. 1 až 3 zákona, když takový doklad nelze podřadit pod žádný z dokladů uvedený ve výčtu dokladů, které může zadavatel požadovat k prokázání základní způsobilosti dle § 74 zákona, k prokázání profesní způsobilosti dle § 77 zákona, k prokázání ekonomické kvalifikace dle § 78 zákona ani k prokázání technické kvalifikace dle § 79 zákona, přičemž zároveň platí, že dle § 73 odst. 4 zákona zadavatel není nadlimitním režimu oprávněn požadovat prokázání jiné kvalifikace než právě uvedené. Vedle toho je naopak výlučně ve vztahu k požadavku na předložení certifikace dle čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace (tj. prokázání, že alespoň jedna osoba v realizačním týmu dodavatele uvedená v čl. 9.4 této zadávací dokumentace disponuje platnou certifikací Certified Aspe Professional AspeHub/AspeEsticon/AspeMip Admin) Úřad shledává, že danou zadávací podmínku byl zadavatel oprávněn požadovat již minimálně jako podmínku splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona, neboť se v daném případě jedná o certifikaci člena realizačního týmu jakožto fyzické osoby, jenž lze v souladu s předmětným ustanovením zákona požadovat v rámci doložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným dodávkám, službám nebo stavebním pracem, přičemž zároveň se s ohledem k výše uvedenému o charakteru předmětu plnění v tomto případě takový požadavek zadavatele jeví jako přiměřený vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky (resp. veřejných zakázek následně zadávaných v DNS).
163. Zadavatel ve správním řízení zaujímá postoj, že musel při tvorbě zadávací dokumentace přistoupit k limitaci okruhu dodavatelů účastných v dynamickém nákupním systému, a to proto, aby bylo při zadávání konkrétních následných dílčích veřejných zakázek vyloučeno, že veřejnou zakázku bude realizovat zejména autorskoprávně neoprávněná osoba. Zadávací podmínky zadávacího řízení, jehož předmětem je poskytování podpory, rozvoje a dalších služeb k produktům ASPE, tedy musí být stanoveny tak, aby nedošlo k neautorizovanému zásahu do předmětného programového vybavení, čímž by zadavatel jinak porušil (obdobně jako jakýkoliv jiný odběratel) svou povinnost dodržovat smluvní podmínky užívání tohoto programového vybavení jakožto autorského díla, a nesl by v takovém případě tomu

odpovídající právní odpovědnost (vedle např. i rizika nefunkčnosti programového vybavení). Dle zadavatele je tak nedílnou součástí předmětu plnění i zajištění jeho nezbytného právního, organizačního a technického rámce, což garantuje právě a pouze partnerský program IBR. Aby zadavatel vyhověl těmto právním nárokům na dodavatele plynoucích z předmětu plnění dílčích veřejných zakázek, stanovil předmětnou zadávací podmínku spočívající v nutnosti předložení příslušné certifikace partnerství IBR. Zadavatel tak zadávacími podmínkami objektivně sledoval odůvodněný cíl, aby prostřednictvím těchto požadavků vůbec mohl realizovat předmět plnění. Stanovená podmínka předložení certifikace dle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace je tedy dle zadavatele výslovně vázána na předmět plnění, objektivně a nedílně s předmětem veřejných zakázek souvisí tak, že bez ní je vyloučena možnost, aby dodavatel předmět plnění vůbec splnil.

164. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 31. 1. 2022, zadavatel konkrétně argumentuje, že předmětnou (nezbytnou) zadávací podmínku lze podřadit pod požadavky dle § 104 písm. a) zákona, které zadavateli umožňují zohlednit další podmínky pro uzavření smlouvy. Zadavatel k tomuto blíže rozvádí, že „[d]le § 104 písm. a) ZZVZ může zadavatel v zadávací dokumentaci od vybraného dodavatele požadovat jako další podmínku pro uzavření smlouvy **předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění** [zvýraznění provedeno zadavatelem] veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele. Předmětné ustanovení ZZVZ se nikterak neomezuje pouze na podklady týkající se kvalifikace dodavatele, ale rovněž na další, blíže neidentifikované požadavky. Nelze pak dovozovat, že by těmito „jinými požadavky“ byly pouze požadavky výslovně formulované jinými ustanoveními ZZVZ, protože pak by potřeby zadavatele saturovala tato jiná ustanovení ZZVZ a § 104 ZZVZ by byl v tomto smyslu zcela nadbytečný (obsoletní).“
165. S ohledem na námítky navrhovatele a obranu zadavatele se Úřad zabýval při posouzení daného případu tím, zda je rozporovaný požadavek na doložení dokladů o certifikovaném partnerství dodavatele v partnerském programu IBR tak, jak byl zadavatelem vymezen v zadávací dokumentaci, zákonný ve smyslu § 104 písm. a) zákona.
166. Dle § 104 písm. a) zákona může zadavatel v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele jako další podmínky pro uzavření smlouvy předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele.
167. Z výše citovaného ustanovení vyplývá, že zadavatel si může v zadávací dokumentaci sjednat ještě další podmínky pro uzavření smlouvy, jejichž prokázání bude požadovat až od vybraného dodavatele. Zákon tímto ustanovením kodifikuje používanou praxi, která se postupně vyvinula za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kdy zadavatel v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy požadoval po vybraném dodavateli předložení určitých dokumentů, jejichž vyžadování od všech uchazečů v zadávacím řízení by bylo nepřiměřeně zatěžující a zbytečné. Smyslem tohoto ustanovení je zefektivnit zadávací řízení (srov. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0134/2018/VZ-30527/2018/322/DJa ze dne 19. 10. 2018).
168. Úřad předně uvádí, že, jak již bylo dovozeno výše, v případě podmínky doložení certifikátu dodavatele o partnerství se společností IBR se jedná o podmínku, která má přímý vztah k předmětu plnění, neboť bez členství v partnerském programu IBR nelze realizovat předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS. Účelem předmětné podmínky zařazené

v zadávací dokumentaci je totiž umožnit pluralitu dodavatelů a následnou realizaci plnění po uzavření smluv na dílčí veřejné zakázky, tedy zajistit existenci hospodářské soutěže navzájem si konkurujících, nezávislých subjektů. Předmětný požadavek byl stanoven s ohledem na předmět plnění a z pohledu vztahu daného požadavku k charakteru zadávaného plnění se tedy požadavek na partnerství se společností IBR jeví nepochybně jako odůvodněný. Úřad s odkazem na výše uvedené upozorňuje, že stanovení požadavků v zadávací dokumentaci by mělo být učiněno s ohledem na smysl zadávacího řízení a rovněž s přihlédnutím k zajištění záruky realizace plnění dle potřeb zadavatele. V daném případě je efektem předmětného požadavku možnost a jistota realizace předmětu plnění oprávněným dodavatelem. V této souvislosti Úřad shledal, že ani nesprávné zařazení v zadávací dokumentaci [v čl. 9.5.5 zadávací dokumentace je požadavek na doložení dokladu dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace opakovaně zadavatelem ve vztahu k prokázání kvalifikace v případě společné žádosti o účast] nemá vliv na materiální podstatu daného požadavku, tj. na skutečnost že svou podstatou se jedná o požadavek s přímou vazbou na předmět plnění.

169. Dále se Úřad zabýval konkrétní podobou stanovení předmětného požadavku ve vztahu k procesu zadávacího řízení, přičemž z dokumentace o zadávacím řízení je zjevné, že předmětný požadavek na prokázání dokladu o partnerství se společností IBR [čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace] je požadován po všech účastnících zadávacího řízení již spolu s žádostí o účast. Úřad uvádí, že uvedená skutečnost *prima vista* neodpovídá dikci ustanovení § 104 písm. a) zákona, které dává zadavateli možnost požadovat předložení dokladů dle této podmínky pouze po vybraném dodavateli. Současně ani nelze postup dle tohoto zákonného ustanovení využít v rámci zadávacího řízení na zavedení DNS, neboť v rámci tohoto zvláštního postupu v této fázi k výběru dodavatele jednotlivé veřejné zakázky nedochází.
170. Dle názoru Úřadu je však v tomto případě nezbytné, namísto prosté konstatace nedodržení dikce zákona, vzít v úvahu všechny jedinečné okolnosti a specifika daného případu, a to zejména tu skutečnost, že posuzované zadávací řízení se koná za účelem zavedení dynamického nákupního systému.
171. Jak již bylo uvedeno, a priori není vyloučeno soutěžit plnění odpovídající požadavkům zadavatele (vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem to znamená včetně doložení certifikovaného partnerství, které zadavatel po dodavatelích požaduje). Avšak způsob, kterým zadavatel stanovil zadávací podmínky by nemusel obstát testem zákonnosti, pokud by předmět plnění byl zadáván jako jediná veřejná zakázka v „běžném“ zadávacím řízení ve smyslu § 3 zákona, to znamená za přítomnosti okolností, kdy je již nezvratně předem (koncem lhůty pro podání žádostí o účast/nabídek) omezený (nerozšiřitelný) okruh účastníků zadávacího řízení veřejné zakázky na dodavatele, kteří podali žádost o účast/nabídku a z hlediska zákonnosti postupu zadavatele a případných negativních diskriminačních dopadů jeho postupu na soutěžní prostředí je tudíž nezbytné rozlišovat požadavky, které je zadavatel oprávněn dle zákona směřovat vůči všem potenciálním dodavatelům již při podání žádostí o účast/nabídek, a na druhé straně požadavky a podmínky, které je zadavatel oprávněn v souladu se zákonem požadovat až po výběru nejvhodnější nabídky právě „jen“ po vybraném dodavateli, tj. požadavky dle § 104 zákona.
172. Úřad upozorňuje na specifičnost dynamického nákupního systému jakožto zákonem aprobované platformy pro následné zadávání jednotlivých veřejných zakázek, a též s tím spojenou specifičností předmětu zadávacího řízení na zavedení takového systému, které se

svou zvláštní podstatou (reflektovanou v právní úpravě § 138 a násl. zákona) a účelem výrazně odlišuje od „standardního“ zadávacího řízení dle § 3 zákona zahájeného za účelem zadání veřejné zakázky. Výsledek zadávacího řízení a z toho vyplývající dopady jsou zcela odlišné. Úspěšný výsledek zadávacího řízení v případě DNS neznamena konečný výběr dodavatele a za běžných okolností nezvratné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s tímto subjektem, tedy „neúspěch“ ostatních uchazečů o veřejnou zakázku. V případě zadávacího řízení na zavedení DNS však výsledek postupu zadavatele spočívá „teprve“ v prvotním zavedení DNS (§ 139 odst. 7 zákona), kdy jsou do takto „zřízeného“ DNS zařazeni dodavatelé, kteří podali žádost o účast již v zadávacím řízení a zadavatel je nevyločil (§ 138 odst. 6 zákona), avšak zadavatel je povinen umožnit podat (za rovných podmínek) žádost o účast a stát se dodavatelem zařazeným do DNS všem dodavatelům (účastným v původním zadávacím řízení i všem ostatním) též i následně, a to po celou dobu trvání DNS a též i opakovaně (§ 140 odst. 1 zákona).

173. Je tedy zřejmé, že vzhledem k popsané specifičnosti zadávacího řízení na zavedení dynamického nákupního systému v tomto případě předmětným požadavkem zadavatel nemohl omezit soutěž takových dodavatelů, kteří mají skutečný zájem na zařazení do DNS a o následnou realizaci zde zadávaných veřejných zakázek. Navíc již nyní, ve fázi před zavedením DNS, podali v šetřeném zadávacím řízení žádost o účast všichni stávající členové partnerské sítě IBR, vyjma jediného dodavatele, který však Úřadu výslovně potvrdil, že podmínka předložení dokladu dle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace, resp. dle čl. 9.5.5. zadávací dokumentace každým dodavatelem při společné účasti, tohoto dodavatele v podání žádosti o účast nijak neomezila (viz bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z ničeho tedy ani nelze usuzovat na jakoukoliv přítomnost reálných dopadů na hospodářskou soutěž v té souvislosti, že zadavatel v zadávacím řízení požaduje předložení předmětných dokladů již v žádosti o účast.
174. Již samotná podstata institutu dynamického nákupního systému povede v průběhu dalšího trvání DNS k nápravě pochybení zadavatele ve vztahu k dikci § 104 zákona, když požadoval doložení certifikovaného partnerství se společností IBR po všech dodavatelích již pro podání žádostí o účast. Byť nelze vyloučit existenci dodavatele, který v současnosti není partnerem IBR, a předmětné doklady požadované zadavatelem tudíž v žádosti o účast v současné době předložit nemůže, z čehož důvodu by byl vyloučen z účasti v zadávacím řízení či by ani žádost o účast proto ve stanovené lhůtě nepodal, Úřad zdůrazňuje, že je důležité, že DNS představuje plně otevřený systém, kdy i takovému dodavateli nic nebrání v podání žádosti o účasti o zařazení do DNS i s těmito doplněnými doklady kdykoliv po jeho zavedení, to znamená i po ukončení tohoto zadávacího řízení.
175. S přihlédnutím ke konkrétním okolnostem zde šetřeného případu a k popsané specifičnosti institutu zadávacího řízení na zavedení DNS dle § 139 zákona je v tomto případě vyloučena identifikace konkrétní újmy způsobené postupem zadavatele vzhledem ke konkrétnímu uchazeči, příp. okruhu uchazečů, ať již reálně na zadávacím řízení zúčastněných, či potenciálních, jež by byli ze zadávání veřejné zakázky de facto „vyřazeni“ právě proto, že zadavatel požadoval v rozporu s dikcí § 104 písm. a) zákona doložení certifikovaného partnerství se společností IBR již v žádosti o účasti.
176. Úřad shrnuje, že pokud by zadavatel postupoval v jiném zadávacím řízení (ve „standardním“ zadávacím řízení na zadání veřejné zakázky ve smyslu § 3 zákona), postup

zadavatele (předmětná zadávací podmínka spočívající v požadavku na předložení dokladu o certifikovaném partnerství se společností IBR již v rámci žádosti o účast/nabídky/předběžné nabídky) by nebylo možné považovat za souladný se zákonem, neboť by předmětný doklad o partnerství bylo možné požadovat podle § 104 zákona až výhradně po vybraném dodavateli jako podmínku pro uzavření smlouvy (případně si lze přestavit i situaci, že by uvedené bylo požadováno v rámci smluvních podmínek jako podmínka plnění po uzavření smlouvy). Ovšem zároveň je dle Úřadu stěžejní, že, byť zadavatel požaduje předmětné doklady v „nesprávné“ fázi zadávacího řízení, s ohledem na výše popsaná specifika zadávacího řízení na zavedení DNS a jeho otevřenost i do budoucna, rovněž jako s ohledem na konkrétní okolnosti možnosti získání partnerství a již podané žádosti o účast, nic nenasvědčuje tomu, že by vyžadování předmětných dokladů od všech uchazečů bylo nepřiměřeně zatěžující či zbytečné, tedy nic nenasvědčuje tomu, že by byl smysl ustanovení § 104 písm. a) zákona porušen (viz bod 167. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nelze v tomto konkrétním případě shledat porušení podstaty zásady zákazu diskriminace, jakož i zásady rovného zacházení, jelikož nepříznivý účinek neodůvodněně přísných zadávacích podmínek nenastal, ve vztahu k tomuto konkrétnímu zadávacímu řízení nelze postup zadavatele považovat za nezákonný, když „přísností“ zde posuzované předmětné zadávací podmínky není ze strany zadavatele deformována hospodářská soutěž. Zadavatel neznemožnil stanovením předmětné zadávací podmínky některým dodavatelům ucházet se o plnění veřejných zakázek v DNS. Žádnému z dodavatelů, kteří by předmět plnění mohli realizovat, nebyla danou zadávací podmínkou znemožněna možnost zařazení do DNS, a tedy ani jakkoliv znemožněna možnost ucházet se o plnění veřejných zakázek.

177. S ohledem na konkrétní okolnosti zde šetřeného případu a specifičnost zadávacího řízení na zavedení dynamického nákupního systému tudíž není v daném případě na místě rušit zde přezkoumávané zadávací řízení na zavedení DNS, neboť bylo prokázáno, že zjištěné pochybení zadavatele nemohlo mít žádné dopady do konkurenčního prostředí, neovlivnilo žádného z potenciálních dodavatelů v možnosti zařazení do DNS a nemohlo tudíž vést k jakémukoliv omezení hospodářské soutěže.
178. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020, z jehož závěrů je možno dovodit, že v případě nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 3 zákona spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení je nezbytné zohlednit hledisko přiměřenosti daného nápravného opatření s ohledem na skutkové okolnosti případu. Krajský soud v citovaném rozsudku mj. judikoval, že *„obecně nerozporuje názor (...), že v případě naplnění podmínek pro použití § 263 odst. 3 ZZVZ (...) je nezbytné přistoupit ke zrušení zadávacího řízení. Z uvedeného ovšem nelze dle krajského soudu dovodit tak kategorický závěr, že jakýkoliv rozpor zadávací dokumentace se ZZVZ bude vždy stricto sensu nutně představovat ‚rozpor zadávacích podmínek se zákonem‘, neboť by to znamenalo, že jakékoliv (i sebemenší) pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek by nutně vždy mělo za následek uplatnění nápravného opatření ultima ratio v podobě zrušení zadávacího řízení, bez ohledu na vzájemnou souvislost a intenzitu takového pochybení na samotný výsledek zadávacího řízení (výběr dodavatele či návrhu). (...) V těchto případech je vždy nezbytné zohlednit zásadu přiměřenosti přijatého opatření z hlediska závažnosti jeho dopadů do právní sféry jím dotčených subjektů (a to nikoliv pouze přímého adresáta takového opatření, typicky zadavatele).“* Při posuzování předmětné podmínky si byl současně Úřad vědom i závěrů obsažených v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS- 10431//2020/322/DJA

ze dne 6. 4. 2020, jež se týkají výkladu zadávacích podmínek a zohledňování okolností, které mají vést ke zrušení zadávacího řízení, které je velmi závažným zásahem do sféry zadavatele, přičemž Úřadem má být při tomto zvažována celková racionalita jednotlivých myslitelných variant (k tomu zejména viz body 55., 57., 59. a 60. odůvodnění citovaného rozhodnutí). Ačkoliv tedy Úřad nepopírá, že předmětný požadavek na předložení certifikátů o partnerství se společností IBR již v žádosti o účast představuje vzhledem ke znění § 104 písm. a) zákona pochybení zadavatele, Úřad s ohledem na skutkové okolnosti věci, z nichž bylo výše dovozeno, že tato skutečnost není proto způsobilá vytvořit překážky hospodářské soutěže, dospěl Úřad k závěru, a to právě i při vědomí shora citovaného rozsudku, že nápravné opatření podle § 263 odst. 3 zákona by bylo zjevně nepřiměřené zjištěnému pochybení zadavatele; uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení tak s ohledem na charakter, resp. intenzitu daného pochybení a jeho vlivu na výsledek zadávacího řízení, není z pohledu Úřadu ve zde projednávané věci na místě.

179. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv ze dne 10. 2. 2021 Úřad uvádí, že jeho závěry nelze aplikovat na zde šetřený případ především právě pro již výše popsaná specifika zadávacího řízení vedeného za účelem zavedení DNS, a tedy i zde projednávaného případu, přičemž v odkazovaném rozhodnutí se Úřad vyjadřoval toliko k situaci, kdy požadavky zadavatele na předložení certifikátů prokazujících partnerství s výrobcí zařízení, které bude dodavatel v rámci veřejné zakázky nabízet, se týkaly situace dodavatelů při podání nabídek na veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení. Nad to na rozdíl od navrhovatelem odkazovaného rozhodnutí ve zde šetřeném případě bylo prokázáno, že zadavatel požadoval certifikát o partnerství se společností IBR z toho důvodu, že bez splnění této podmínky by zadavatel nebyl oprávněn předmět plnění vůbec realizovat, neboť daná certifikace je podmínkou právní přípustnosti realizace samotného předmětu požadovaného plnění. V případě podmínky doložení certifikátu dodavatele o partnerství se společností IBR se tedy jedná o podmínku, která má přímý vztah k předmětu plnění, neboť bez členství v partnerském programu IBR nelze realizovat předmět plnění veřejných zakázek zadávaných v DNS.
180. Další dílčí námitka navrhovatele spočívá v tvrzení, že požadavek na doložení dokladu o oprávnění realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE [čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace] přesahuje rámec předmětu veřejné zakázky, neboť předmětem veřejných zakázek zadávaných v DNS má být podpora a údržba programového vybavení ASPE, nikoliv prodej produktů ASPE, požadavek na předložení dokladu, že je účastník oprávněn realizovat prodej těchto produktů, je tak dle navrhovatele nezákonný. K tomuto Úřad uvádí, že pokud navrhovatel v této souvislosti napadá nepřiměřenost daného požadavku k předmětu veřejných zakázek, jejichž zadávání bude v DNS možné, nelze uvedenou námitku shledat za opodstatněnou. Vzhledem k v zadávací dokumentaci definovanému možnému předmětu budoucího plnění spojeného s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE, které bude dle čl. 2.1 zadávací dokumentace možné v zavedeném DNS poptávat v rámci dílčích veřejných zakázek, tedy i „*poskytování dalších souvisejících plnění vztahujících se k programovému vybavení ASPE, u nichž může vyvstat potřeba jejich poskytnutí*“, se jeví, že v tomto ohledu i požadavek na oprávnění k prodeji produktů ASPE nijak zjevně nepřekračuje možný předmět plnění zadavatelem poptávaný v DNS. Na danou skutečnost upozornil též zadavatel již ve svém vysvětlení zadávací dokumentace č. 5 ze dne 12. 10. 2021 (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zde zadavatel též upozornil na skutečnost, že

*„[s]polečnost IBR neumožňuje uzavřít partnerskou smlouvu pouze na podporu produktů ASPE, a nikoliv na jejich prodej. Jedná se o komplexní balíček plnění, díky kterému má společnost IBR garantováno, že dodavatel zná systém ASPE jako komplex a ví, jak s tímto systémem dále pracovat – a to právě i poskytovat jeho prodej. Dodavatel tak může získat výhradně jediný doklad, který společnost IBR vystavuje a umožňuje jeho získání, kdy tento bude obsahovat, jak oprávnění systém ASPE rozvíjet, tak prodávat.“*

#### **K přípustnosti využití dynamického nákupního systému**

181. Navrhovatel rovněž namítá, že zadavatel není v tomto případě oprávněn zavést dynamický nákupní systém, neboť dle navrhovatele se v souladu s § 138 odst. 1 zákona nejedná o běžné, obecně dostupné služby, „*neboť Zadavatel podporu a údržbu programového vybavení ASPE zatížil tolika podmínkami, jako jsou certifikace, partnerské podmínky, oprávnění prodávat produkty ASPE, že se již rozhodně nejedná o běžné a obecně dostupné služby. Podstatou DNS je především zjednodušení opakovaného zadávání veřejných zakázek, jejichž předmět plnění je na trhu běžně dostupný, což tyto služby rozhodně nejsou.*“ Úřad konstatuje, že se s předmětným názorem navrhovatele neztotožňuje.
182. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí o rozkladu zavázal Úřad k opětovnému posouzení, zda je možné postup zadavatele spočívající v poptávání služeb rozvoje programového vybavení ASPE v dynamickém nákupním systému (a obecně stanovení předmětu dynamického nákupního systému) považovat za souladný se zákonem. Úřad vázán právním názorem předsedy Úřadu toto posouzení provedl a dospěl k závěru, že požadavek zadavatele v dynamickém nákupním systému poptávat lze. Zásadní otázkou využitelnosti dynamického nákupního systému je běžnost poptávaného plnění. V rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu dovodil, že „*je obtížné stanovit přesnou linii a obecně určit, které plnění běžným je a které už nikoliv, aby byla naplněna díkce zákona*“. Podle předsedy Úřadu je rozvoj programového vybavení nutno odlišit od služby údržby a podpory systému, protože svou složitostí a specifičností nad tyto vyčnívá. V obecné rovině je tento závěr nepochybně pravdivý, nicméně jak sám předseda uvádí, existuje zde poměrně rozsáhlá „šedá zóna“, v rámci které je nutno posuzovat náročnost a obvyklost plnění *ad hoc*. Úřad zde souhlasí se zadavatelem, že obvyklost předmětu plnění nelze posuzovat pohledem „člověka z ulice“, ale z hlediska běžné praxe zadavatele, relevantního trhu a předmětu plnění. V opačném případě by byl výklad využitelnosti dynamického nákupního systému silně restriktivní a ve své podstatě by tak tento institut ztrácel značnou část svého opodstatnění.
183. Úřad se na tomto místě v první řadě rovněž ztotožňuje s argumentací zadavatele týkající se podkladů zadávací dokumentace – tedy dokumentu „Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“, který v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu byl výslovně zmiňován jakožto dokument, z něž předseda Úřadu vycházel při zjištění ohledně náplně služeb zajišťovaných v dynamickém nákupním systému. Úřad k tomu podává, že předmět zadávacího řízení je definován v zadávací dokumentaci a jejích přílohách – konkrétně v čl. 2.1 zadávací dokumentace, podle které „*[f]ormálním účelem zavedení dynamického nákupního systému dle ustanovení § 138 a násl. ZZVZ (dále jen „DNS“) je zavedení plně elektronického, otevřeného systému pro zadávání dílčích veřejných zakázek, jejichž předmětem budou plnění spojená s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE tak, jak je definováno v Příloze č. 5 této zadávací dokumentace (dále jen „ASPE“), zejména:*



- a) *poskytování služeb podpory a údržby programového vybavení ASPE;*
- b) *poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE;*
- c) *poskytování kontinuální maintenance k užívání programového vybavení ASPE;*
- d) *poskytování dalších souvisejících plnění vztahujících se k programovému vybavení ASPE, u nichž může vyvstat potřeba jejich poskytnutí.“*

V příloze č. 5 zadávací dokumentace je definováno, že „[p]rogramovým vybavením ASPE v době zavedení DNS ASPE se rozumí: aplikační IS pro přípravu a řízení staveb reprezentující souhrnně následující bloky aplikace:

- *ve verzi 10 se jedná o CDSS (centrální datový sklad stavby), Aspe online (datový sklad stavby), MIP (manažerský informační portál);*
- *ve verzi 11 tomu odpovídá složení AspeEsticon, AspeHub, AspeMip.“*

Podklady k zadávací dokumentaci [tedy dokument „Výstup projektu – Technická specifikace zadávací dokumentace záměru Zajištění údržby pro stávající řešení (ASPE/MIP)“] nicméně součástí samotné zadávací dokumentace nejsou a rovněž tak nebyly nikdy ani uveřejněny. Potenciální dodavatelé je tak neměli k dispozici při úvahách, zda podají žádost o účast v dynamickém nákupním systému. Lze tak souhlasit se zadavatelem, že se jedná o pouhý analytický interní dokument bez faktické nebo právní závaznosti pro postup zadavatele při zavádění DNS a jeho následném postupu. Citované podklady k zadávací dokumentaci tak v žádném případě nelze považovat za dokument definující předmět plnění, který by měl v tomto smyslu právní relevanci, jelikož netvoří součást zadávací dokumentace v šetřeném zadávacím řízení. Na jeho základě tak nelze činit právně závazné závěry týkající se rozsahu a charakteru možného předmětu plnění zadávaného v zavedeném dynamickém nákupním systému.

184. V šetřeném případě má Úřad za to, že požadovaná služba rozvoje programového vybavení naznačenou neostrou hranici běžnosti nepřekračuje. Z vyjádření zadavatele, účastníků zadávacího řízení, kteří podali žádost o účast v dynamickém nákupním systému, i společnosti IBR (jako vlastníka programového vybavení ASPE) vyplývá, že v daném případě se fakticky jedná spíše o službu podpory a aktualizace systému, přičemž rozvoj samotný spočívá de facto v implementaci aktualizací vyvíjených a poskytovaných společnostmi IBR a jejich navázání na zadavatelem používané systémy třetích stran, nikoliv v samostatném rozvoji systému jednotlivými dodavateli. Úřad v tomto případě neshledal, že by ze zadávací dokumentace vyplývalo, že předmětem dynamického nákupního systému je významný rozvoj softwarového vybavení, ať už v části „Frontend“ (tedy úprava uživatelského rozhraní, viz bod 102. odůvodnění tohoto rozhodnutí) nebo „Backend“ (tedy úprava v samotné architektuře softwaru). S tím koresponduje rovněž i vyjádření zadavatele ze dne 15. 8. 2022, kdy ani podle zadavatele není předmětem dynamického nákupního systému rozvoj v části „Frontend“. S ohledem na skutečnost, že rozvoj v části „Backend“ je přitom jednotlivým partnerům společnosti IBR obecně výslovně zapovězen, nelze shledat, že by předmětem zadávacího řízení byl rozvoj programového vybavení zadavatele takového charakteru, který je pro zadání v rámci dynamického nákupního systému nepřijatelný. Úřad je toho názoru, že rozhodnutí o rozkladu nelze vyložit v tom smyslu, že by za všech okolností každý (byť minimální) rozvoj automaticky vylučoval využití institutu dynamického nákupního systému. Pokud by Úřad

na tuto myšlenku přistoupil, *de facto* by tím zcela vyloučil možnost poptávat jakoukoliv dispozici se softwarem (tj. včetně podpory a údržby, kterou přitom předseda Úřadu výslovně připouští). Služba podpory a údržby spočívá mimo jiné i v provádění oprav chyb a provádění aktualizací softwaru, kdy i v rámci tohoto postupu nevyhnutelně dochází k úpravě programového vybavení a doplnění nových funkcionalit do systému, a tedy *stricto sensu* rozvoji softwaru, byť těžiště těchto činností leží zcela jinde. Ohledně podpůrné argumentace navrhovatele týkající se požadavku zadavatele stanoveného v rámci technické kvalifikace na osobu, která má „*zkušenosti s realizací min. 2 projektů v oblasti dodávky programových úprav a úprav zdrojových kódů SW*“, Úřad poznamenává, že zkušenosti s úpravou zdrojového kódu mohou být samy o sobě požadavkem oprávněným, který nevybočuje složitostí či rozsahem nad rámec služeb poptávaných v dynamickém nákupním systému, tedy služeb, které nejsou rozvojem v pravém slova smyslu (viz následující bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lze totiž předpokládat, že již samotná služba podpory a údržby systému ze své podstaty může vyžadovat zásahy do zdrojového kódu daného softwaru, a je tedy možné dovodit souvislost požadovaného kvalifikačního požadavku s předmětem v dynamickém nákupním systému poptávaných služeb, aniž by uvedené vzbuzovalo jakékoliv pochybnosti ohledně jejich charakteru a rozsahu.

185. S ohledem na výše uvedené, stejně tak závěry obsažené v rozhodnutí předsedy Úřadu, je tedy nutné otázku oprávněnosti poptávání předmětu plnění v dynamickém nákupním systému posoudit nikoliv z hlediska pouhé přítomnosti rozvoje, ale „intenzity“ charakteru těchto služeb. V zásadě lze úpravy programového vybavení rozdělit na úpravy menšího rozsahu (např. oprava chyb, aktualizace apod.) a úpravy většího rozsahu (povyšení na novou verzi, úprava architektury systému a další). V případě menších úprav pak nelze hovořit o rozvoji/vývoji systému v pravém slova smyslu, jelikož se z naprosté většiny jedná o udržení technické a morální aktuálnosti softwaru, nikoliv o přechod k vyšší verzi s rozsáhlými změnami, přičemž se jedná o zcela běžnou službu, jak je Úřadu z vlastní činnosti známo (například pravidelné automatické aktualizace softwaru operačního systému). Úpravy většího rozsahu pak naopak představují plnění výrazně složitější (a v konečném důsledku i méně časté), jelikož vyžadují významné zásahy do zdrojového kódu a dochází přitom k zásadnímu rozšiřování funkcionalit systému.
186. Úřad proto při posuzování intenzity požadovaného rozvoje přezkoumával povahu v tomto případě poptávané služby rozvoje systému (viz čl. 2.1.2 zadávací dokumentace). Z článku 3.3 přílohy č. 6 zadávací dokumentace – podmínky partnerského programu IBR vyplývá, že oprávnění dodavatelů vztahující se k programovému vybavení zadavatele zahrnuje oprávnění implementovat produkt do počítačového systému zadavatele. Z čl. 5.2 citované přílohy pak jednoznačně vyplývá, že „*IBR zajišťuje automaticky rozvoj produktu Aspe v souladu s legislativou ČR a EÚ, vyhláškami a metodikami na úrovni státní správy*“. Oprávnění jednotlivých partnerů společnosti IBR k samostatnému rozvoji z podmínek partnerského programu IBR dovozovat nelze. Tento závěr podporuje rovněž vyjádření samotné společnosti IBR, podle kterého jsou partneři společnosti IBR oprávněni k provádění samostatného rozvoje pouze v části „Frontend“ a nikoliv k zásahům do architektury systému (rozvoji „Backend“) – „*[p]řípadné požadavky na Rozvoj Backend musí Partner řešit výlučně s IBR a není oprávněn je provádět samostatně*“ (srov. bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí), s čímž korespondují i vyjádření dodavatele Hyperon a dodavatele Vars Brno, kteří shodně uvádí limitaci rozvoje části „Backend“ bez součinnosti se společností IBR mimo sběru zákazníky požadovaných úprav

softwaru (srov. bod 97. a 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lze tedy souhlasit s tvrzením, že rozvoj v takové podobě, kterou lze dovodit z rozhodnutí předsedy Úřadu jako nepřijatelnou pro zadání v rámci dynamického nákupního systému, zadavatel nepožaduje, přičemž v části „Backend“ jej nad to vylučují přímo pravidla partnerského programu IBR. Co se týká případného rozvoje v části „Frontend“, k němuž jsou obecně členové programu IBR oprávněni již samostatně, Úřad v první řadě uvádí, že z relevantních podkladů nevyplývá, že by v tomto případě daná oblast vůbec byla předmětem služeb poptávaných v rámci dynamického nákupního systému, dále pak Úřad doplňuje, že ani případná možnost úprav a zásahů do programového vybavení v části „Frontend“ by v daném případě sama o sobě neimplikovala revizi ze skutkových zjištění učiněného závěru, že se v tomto případě jedná toliko o úpravy malého rozsahu, a tedy že by rozvoj v tomto smyslu nebylo možné považovat za plnění, které je běžně dostupné na relevantním trhu, kdy je pro jeho zadání možné využít institut dynamického nákupního systému.

187. Případný rozvoj softwaru ze strany společnosti IBR (která se zadávacího řízení neúčastní) pak rovněž nelze považovat za rozporný stran obvyklosti plnění. V tomto případě jde fakticky o implementaci „balíčků“ připravených třetí stranou (tj. společností IBR), nikoliv o rozvoj systému vykonávaný dodavateli. Implementaci aktualizací balíčků do systému pak z podstaty věci lze přirovnat ke službě podpory a údržby systému, která je i dle rozhodnutí o rozkladu přípustná pro poptávání v dynamickém nákupním systému. Z vyjádření dodavatelů (členů partnerského programu IBR) se podává, že jsou srozuměni se zadavatelem naznačenou konstrukcí rozvoje a jsou připraveni předmět plnění dynamického nákupního systému v tomto duchu poskytovat. Nad rámec uvedeného pak Úřad dodává, že z odpovědí, které v rámci prováděného šetření v průběhu vedeného správního řízení získal, lze usuzovat, že dodavatelé na trhu jsou dokonce z hlediska plnění připraveni poskytovat i služby výrazně širší z hlediska rozvoje systému, než požaduje zadavatel. Lze tedy i sledovat, že daný trh by mohl být připraven a není pro něj ničím nestandardním nabízet služby rozvoje systému, jakožto obecně dostupnou službu.
188. Lze tak souhlasit s návrhovatelem, že podstatou institutu dynamického nákupního systému je především zjednodušení opakovaného zadávání veřejných zakázek, jejichž předmět plnění je na trhu dostupný, přičemž Úřad připomíná, že vzhledem k výše popsáním podmínkám otevřenosti partnerské sítě IBR jsou tyto služby členům partnerského programu IBR bezpochyby běžně dostupné a ve vztahu k programovému vybavení ASPE obvyklé. Úřad tedy konstatuje, že námitka nemožnosti využití dynamického nákupního systému není případná.
189. Ohledně předsedou Úřadu nastíněné úvahy stran běžnosti předmětu dynamického nákupního systému v souvislosti s požadavkem na členství v partnerském programu společnosti IBR Úřad na závěr poznamenává, že stěžejním je v tomto případě otevřenost daného partnerského programu (viz bod 142. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tak i nadále setrvává na názoru, že daný požadavek netvoří diskriminační překážku v účasti v zadávacím řízení, ani překážku pro zadávání předmětného plnění v dynamickém nákupním systému. Skutečnost, že zadavatel v tomto případě stanovil na dodavatele další požadavky (v tomto případě právě požadavek na předložení dokladů prokazujících certifikované partnerství), které v tomto případě odpovídají jeho zvláštním potřebám, resp. konkrétnímu programovému vybavení, pro které jsou předmětné softwarové služby poptávány, nečiní z předmětu plnění

nic mimořádného či neobvyklého, resp. tato skutečnost sama o sobě nemá vliv na charakter a podstatu běžné dostupnosti předmětu plnění.

#### *Závěr*

190. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
191. S ohledem na všechny shora popsané skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích návrhu namítaných skutečností porušení zákona, 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

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně

#### **Obdrží:**

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

#### **Vypraveno dne**

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