



UOHSX00GQDLC

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0132/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-37016/2022/163

Brno 24. 11. 2022

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 9. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Proconom Software, s.r.o.**, IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 9. 2022, č. j. ÚOHS-31229/2022/500, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „**Podpora a rozvoj ASPE**“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ, č. j. ÚOHS-31229/2022/500 ze dne 8. 9. 2022

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 11. 11. 2021 návrh navrhovatele – Proconom Software, s.r.o., IČO 07156863, se sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „Podpora a rozvoj ASPE“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 8. 9. 2021 a uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756, ve znění pozdější opravy a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460, ve znění pozdější opravy (dále jen „**dynamický nákupní systém**“ nebo „**DNS**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 11. 11. 2021 (dále jen „**návrh**“) bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Navrhovatel v návrhu namítal, že zadávací podmínka podle čl. 2.1.4 zadávací dokumentace spočívající v tom, že *„[p]oskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení ASPE bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů z rodiny ASPE zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace“*, je v rozporu se zásadou transparentnosti i zásadou zákazu diskriminace. Podle navrhovatele záleží na libovůli soukromého subjektu – IBR Consulting, s.r.o., IČO 25023446, se sídlem Sokolovská 352/215, 190 00 Praha 9, (dále jen „**IBR**“) – zda poskytne zájemci informace o podmínkách vstupu do partnerského programu. Zadávací podmínky podle čl. 7 písm. c) (oprávnění k prodeji a podpoře produktů ASPE) a d) (certifikace alespoň jedné osoby v realizačním týmu) zadávací dokumentace navrhovatel taktéž považuje za rozporné se zákonem. Má se jednat o skrytou

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

II. Dosavadní procesní vývoj

Rozhodnutí Úřadu

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

Rozhodnutí předsedy Úřadu

6. Dne 22. 4. 2022 jsem vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0037/2022/VZ, č. j. ÚOHS-12744/2022/163 (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým bylo zrušeno původní prvostupňové rozhodnutí a věc vrácena Úřadu k novému projednání.
7. V odkazovaném rozhodnutí jsem se nejdříve zabýval podstatou dynamického nákupního systému a plněním, které je v něm možno poptávat. Dále jsem shledal, že se Úřad dostatečně nezabýval tím, zda je možno rozvoj programového vybavení zadávat v dynamickém nákupním systému jako „běžnou službu“. Poukázal jsem na podklad zadávací dokumentace, ze kterého konkrétněji vyplývalo, jak budou dodavatelé s programovým vybavením pracovat. Samotný

rozvoj programového vybavení jsem neshledal jako zákonný předmět plnění dynamického nákupního systému, a to s ohledem na komplexnost nejen takového plnění, ale i komunikaci a další skutečnosti, které jej provází. Zadavatel předmět plnění zařadil mimo jiné pod č. 72262000-9 „Vývoj programového vybavení“ klasifikace společného slovníku pro veřejné zakázky. Úřad proto nesprávně vyhodnotil námitku navrhovatele týkající se zákonnosti předmětu plnění dynamického nákupního systému. Úřad tak měl znovu posoudit, 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.

III. Napadené rozhodnutí

8. Dne 8. 9. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0534/2021/VZ, č. j. ÚOHS-31229/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Napadeným rozhodnutím Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad setrval na svých závěrech týkajících se včasnosti návrhu a oprávněnosti požadavku zadavatele na doložení certifikovaného partnerství se společností IBR, jak je uvedl již v původním prvostupňovém rozhodnutí. V této části proto odkazují na shrnutí původního prvostupňového rozhodnutí výše.
10. K přípustnosti využití dynamického nákupního systému Úřad uvedl, že podklady pro zadávací dokumentaci nejsou součástí samotné zadávací dokumentace. V případě dokumentu, ze kterého bylo vycházeno v rozhodnutí předsedy Úřadu, se tak jedná o pouhý analytický interní dokument bez faktické nebo právní závaznosti pro postup zadavatele. Na jeho základě tak nelze činit závěry týkající se rozsahu a charakteru možného předmětu plnění.
11. Z vyjádření zadavatele, účastníků zadávacího řízení a společnosti IBR vyplývá, že se v daném případě fakticky jedná spíše o službu podpory a aktualizace systému, přičemž rozvoj samotný spočívá de facto v implementaci aktualizací vyvíjených a poskytovaných společností IBR, nikoliv v samostatném rozvoji systému. Úřad neshledal, že by ze zadávací dokumentace vyplývalo, že předmětem DNS je významný rozvoj softwarového vybavení. Rozvoj části „Frontend“ (úprava uživatelského rozhraní) podle zadavatele není předmětem DNS a rozvoj části „Backend“ (úprava v samotné architektuře softwaru) je jednotlivým partnerům společnosti IBR obecně zapovězen. S ohledem na to nemůže být předmětem plnění takový rozvoj programového vybavení, který by byl v rámci dynamického nákupního systému nepřípustný. Podle Úřadu je nutné posuzovat intenzitu charakteru těchto služeb, a ne každý rozvoj tak automaticky vylučuje využití DNS.

IV. Rozklad navrhovatele

12. Dne 22. 9. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 8. 9. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. 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, která je 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.

14. 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.
15. 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.
16. Navrhovatel namítá rozpor zadávacích podmínek podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace se zákonem. Podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace musí žádost předložená dodavatelem obsahovat alespoň:

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

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

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

17. Odůvodnění Úřadu je v rozporu s jeho dřívější praxí. Zadavatel si nemohl ex post stanovit zadávací podmínky za souladné s § 104 písm. a) zákona. Každá podmínka v zadávací dokumentaci musí být podřaditelná pod zákon. Zpětné přiřazování je v rozporu minimálně se zásadou transparentnosti. K nutnosti jasně deklarovat, co zadavatel požaduje a jak s ohledem na zákon hodlá s daným požadavkem nakládat, cituje navrhovatel rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-09154/2019/531/MHo a č. j. ÚOHS-S0007/2016/VZ-00419/2016/522/JKr ze dne 5. 1. 2016.

18. Doklad podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace ani nemůže být požadován v souladu s § 104 písm. a) zákona. Doklad se vztahuje k osobě dodavatele, nikoliv k plnění. Požadavek na partnerství je svým charakterem požadavkem na kvalifikaci, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí. I v tomto případě zadavatel požaduje uzavřenou partnerskou smlouvu. Zařazení podmínek dle § 104 písm. a) zákona v žádosti o účast nemá oporu v zákonu. Možnost vstoupit do DNS v průběhu jeho trvání nic nemění na tom, pokud by byly podmínky od počátku nastaveny v rozporu se zákonem.
19. Zadavatel je podle navrhovatele jako uživatel díla ASPE v situaci, kdy je zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Taková situace je učebnicovým příkladem tzv. vendor lock-in. Zadavatel není vlastníkem zdrojových kódů produktů ASPE a nemůže s tímto softwarovým vybavením disponovat tak, aby neomezoval soutěžní prostředí. Zadavatel nevyužil získání zdrojových kódů, a tedy umožnění otevřené soutěže, ačkoliv tak dle smlouvy ze dne 12. 7. 2018 se společností IBR učinit mohl. Zadavatel tak vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách vůbec nevěnoval vztahu mezi ním a společností IBR a tuto skutečnost pominul i Úřad.
20. Úřad podle navrhovatele říká, že pokud je zde původní dodavatel systému, který je potřeba dále 10 let spravovat a rozvíjet, pak je v pořádku, že tento původní dodavatel systému ovlivňuje, kdo získá veřejnou zakázku. Navrhovatel pokládá otázku, kdo bude rozhodovat, že se navrhovatel chová nekalosoutěžně, když neprobíhá žádné trestní stíhání ani soukromoprávní soud. Podle navrhovatele to bude pouze společnost IBR a zadavatel i Úřad jsou s tímto srozuměni.
21. Požadavek podle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace je v rozporu se samotnou podstatou společné účasti. Důvodem, proč dodavatelé tvoří tzv. sdružení dodavatelů, je totiž nemožnost plnit předmět veřejné zakázky samostatně. Dodavatelé při společné účasti však podle zadávacích podmínek museli splňovat daný požadavek jednotlivě. To je v rozporu s § 82 a § 84 zákona. Úřad se tímto v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval. Úřad pouze v bodě 173 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.
22. 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. Závěry Úřadu nejsou v souladu s důvodovou zprávou k zákonu 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 (dále jen „směrnice“).
23. Podle čl. 2.1.2 písm. c) zadávací dokumentace je předmětem DNS mimo jiné poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE. I s ohledem na zvolení CPV kódu tak nelze popřít, že zadavatel zamýšlel poptávat i vývoj programového vybavení. Navrhovatel tvrdí, že z vyjádření dodavatelů, kterých se Úřad dotazoval, nevyplývá, že by neměl být zadáván rozvoj programového vybavení. K tomu odkazuje na konkrétní vyjádření společnosti Digital

transformation systems s.r.o., IČO 08725616, se sídlem Rybná 716/24, Staré Město, 110 00 Praha 1, (dále jen „DTS“) a společnosti VARS BRNO a.s., IČO 63481901, se sídlem Kroftova 3167/80c, Žabovřesky, 616 00 Brno, (dále jen „Vars Brno“). Úprava zdrojového kódu a zásadní individuální úprava software nejsou implementací aktualizací vyvíjených a poskytovaných společnostmi IBR, jak uvádí Úřad. Pokud navíc zadavatel v čl. 9.5 zadávací dokumentace požaduje zkušenost s úpravou zdrojových kódů, tak očekává i extenzivní rozšíření původního softwaru. Navrhovatel dále poukazuje na předpokládanou hodnotu a fakt, že při přepočtení na hodinovou sazbu osoby, která se podílí jen na podpoře systému, se na ní bude podílet 4,5 lidí měsíčně, což není běžná podpora systému.

Závěr rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu

25. Zadavatel ve svém vyjádření zopakoval, proč má namítané zadávací podmínky za zákonné a že souhlasí se závěry napadeného rozhodnutí. Zadavatel dbal na to, aby o předmět plnění existovala hospodářská soutěž a aby podmínky nebyly nastaveny nepřiměřeně, netransparentně a nepůsobily diskriminačně. Obchodní spor mezi navrhovatelem a společnostmi IBR je pro zadavatele irelevantní. Zadavatel uvádí, že neexistuje žádný předpis, který by mu ukládal povinnost vždy získat zdrojový kód k IT produktu a odmítá tvrzení navrhovatele o situaci vendor lock-in.
26. Dokument, ze kterého vycházel předseda Úřadu při odůvodnění, proč rozvoj programového vybavení nemůže být zadáván v DNS, nebyl součástí zadávací dokumentace. Z Pravidel Partnerského programu IBR a jejich Přílohy A – Katalogy Aspe pak vyplývá, jaké činnosti mohou partneři společnosti IBR provádět. Ani jedna z těchto činností není podle zadavatele rozvojem programového vybavení v pravém slova smyslu a mohou tak být poptávány v rámci DNS.
27. Zadavatel proto souhlasí se závěry napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

29. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dospěl jsem k následujícímu závěru.

30. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.
31. Na tomto místě je třeba uvést, že rozkladová komise po projednání rozkladu předložila návrh, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání. Rozkladová komise nesouhlasila s názorem Úřadu ohledně použití DNS v návaznosti na nastavení podmínek společností IBR pro vstup do jejího partnerského programu. Podle rozkladové komise o splnění podmínek pro plnění veřejné zakázky fakticky rozhoduje společnost IBR. Nevhodné je podle rozkladové komise i množství kvalifikačních podmínek ve vztahu k DNS. Rozkladová komise se vyjádřila také k nejasnosti předmětu plnění ve vztahu k rozvoji programového vybavení ASPE, ale neměla za to, že by měl být dynamický nákupní systém obecně výkladem uzavřen pro jakýkoliv rozvoj. Podle rozkladové komise záleží i na velikosti relevantního trhu. S důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí jsem se neztotožnil.
32. Lze souhlasit s tím, že podmínky vstupu do partnerské sítě určuje společnost IBR, která je vlastníkem programového vybavení ASPE. To je však důsledek toho, že jde o vlastníka programového vybavení, které zadavatel využívá (stejně jako další zadavatelé), a že k danému produktu drží autorská a majetková práva. Fakt, že společnost IBR tato práva drží, nemůže jít k tíži zadavatele, neboť není povinností zadavatele (a není ani paušálně do budoucna výhodou) požadovat za všech okolností při poptávání programového vybavení předání zdrojového kódu. Stanovení podmínek pro vstup do partnerského systému je totiž běžným vyjádřením autorských práv pro to, aby do systému nezasahovali neoprávnění dodavatelé. Zadavatel mohl celý systém v potřebnou dobu přesoutěžít, ale rozhodl se domluvit s aktuálním dodavatelem na faktickém otevření soutěže pro zajištění údržby stávajícího systému. Nedospěl jsem pak k tomu, že by nastavení zadávacích podmínek ani podmínky, které si společnost IBR stanovila pro vstup do partnerské sítě, otevřenost soutěže omezovaly. Postavení navrhovatele a přístup společnosti IBR k němu reálnému omezení také nenasvědčuje, a to především proto, že navrhovatel nikterak nereagoval na komunikaci společnosti IBR, která sice nebyla zcela nakloněna partnerství s navrhovatelem, přesto začlenění navrhovatele do partnerské sítě neodmítla a vyzvala navrhovatele k dalšímu jednání. Pokud je to tedy pouze navrhovatel, kdo argumentuje proti subjektivnosti rozhodování společnosti IBR, ale sám vyvinul pouze omezenou aktivitu pro zařazení do partnerské sítě, nelze se s takovými námitkami ztotožnit. Nastavení kvalifikačních podmínek pak nemám za nevhodné, ale za přiměřené předmětu plnění, byť se jedná o zadávání v DNS. Dospěl jsem proto k závěru, že zadavatel nepostupoval nezákonně a napadené rozhodnutí proto v tomto přezkumu ob stojí.
33. Co se týká předmětu plnění, rozkladová komise se nevymezila proti zadávání řešeného předmětu plnění v DNS, ale vůči tomu, že zadavatel označil jako „rozvoj“ služby, které by spíše patřilo označit odlišně tak, aby bylo zřejmé, že dodavatelé nebudou realizovat rozvoj v pravém slova smyslu znamenající povýšení software, rozsáhlé úpravy zdrojového kódu a podobně. Stejně jako rozkladová komise mám za to, že není vhodné zakazovat užití dynamického nákupního systému pro služby v IT bez dalšího. Výše uvedené závěry, ke kterým jsem dospěl, jsou rozvedeny v další části tohoto rozhodnutí v reakci na námitky navrhovatele.

VI. K námitkám rozkladu

34. Úvodem vypořádání námitek považuji za přehledné uvést základní východiska, pro která jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu a ze kterých jsem vycházel v celém odůvodnění rozhodnutí o rozkladu.
35. Investice do zavedených informačních systémů spočívající v údržbě systému a jeho rozvoji jsou součástí běhu těchto systémů, bez kterých nemohou dlouhodobě správně fungovat. Takové investice mohou být poptávány již v rámci veřejné zakázky na informační systém nebo samostatně například po uplynutí doby, na kterou je servis systému sjednán ve smlouvě na samotný informační systém. Na tyto služby musí, stejně jako na informační systém, probíhat veřejná soutěž. Veřejná soutěž pak neprobíhá v situaci, kdy existuje s ohledem na autorská práva pouze jediný dodavatel, který může veřejnou zakázku plnit. Tehdy jsou na provoz systému vynakládány další prostředky, aniž by byla zaručena hospodářská soutěž, které by se mohlo účastnit vícero dodavatelů kromě samotného autora informačního systému. Takový stav je nežádoucí a nezákonný a dostane se do něj obvykle zadavatel, který si smluvně neošetří či jinak nezajistí další nakládání se systémem, případně možnost zadávání souvisejících služeb v otevřené soutěži.
36. Nelze bez dalšího konstatovat, jaký postup je pro zadavatele v tomto směru správný a jednání zadavatele je nutné posuzovat případ od případu ve vztahu ke konkrétním okolnostem zadání souvisejících služeb. Cílem a výsledkem však vždy musí být otevřená soutěž. Jednou z možností, jak takového stavu docílit, je zavedení systému partnerů vlastníka autorských práv k informačnímu systému, kdy tento vlastník umožní za splnění stanovených podmínek vstup do partnerského systému, čímž těmto společnostem zároveň umožní nakládat se zdrojovým kódem, ke kterému by za běžné situace nemohly přistoupit a zasahovat do něj. Taková soutěž však musí probíhat skutečně, nikoliv pouze fiktivně, tedy například tak, že by vlastník informačního systému inicioval vznik společností, prostřednictvím kterých by se pak sám soutěže o služby účastnil a jiné společnosti by do partnerského systému nepustil.
37. V tomto směru lze také poukázat na to, že u případů nezákonného využití jednacímho řízení bez uveřejnění bylo vždy stíháno pouze samotné uzavření následné smlouvy (povětšinou na údržbu či rozvoj) bez otevřené soutěže, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky. Nikoliv uzavření smlouvy původní, ze které však možný pozdější nezákonný postup vyplynul. Pokud je plnění na základě předchozí smlouvy řádně vysoutěženo, je smlouva uzavřena v souladu se zákonem a existence autorských práv k danému systému je pouze běžnou součástí obchodních vztahů a vztahu vlastníka díla k dílu samotnému. Nemám za to, že by tato skutečnost měla být ve výsledku a priori nezákonná a vedoucí vždy k dalšímu nezákonnému postupu. Je však na zadavatelích, aby se svým výchozím stavem pracovali tak, aby docílili otevřené soutěže pro další plnění navazující na daný informační systém za splnění ostatních zákonných pravidel, byť by mohlo z existence autorských práv a nemožnosti zásahu do zdrojového kódu jiným dodavatelem plynout, že jiná možnost než plnit veřejnou zakázku pouze vlastníkem zdrojového kódu není. Shledávám, že zadavatel v předmětné věci tento cíl splnil a zákon neporušil, což dále rozvádím níže.
38. 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,

kteřá 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.

39. Obecně k důvodům zavedení DNS zadavatelem odkazují na bod 144 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Stručně proto pouze opakuji, že zadavatel v DNS poptává plnění spojená se softwarovou podporou a rozvojem programového vybavení ASPE. Jedná se o zadavatelem užívaný informační systém, komerčně dostupný produkt, jehož autorem a vlastníkem je společnost IBR. Zadavatel DNS zavádí za účelem dispozice s okruhem dodavatelů, kteří budou schopni plnit předmět dílčích veřejných zakázek.
40. Podmínkou zařazení do DNS je získání příslušného autorskoprávního oprávnění od společnosti IBR, k čemuž dojde vstupem do partnerské sítě společnosti IBR. Tato podmínka se promítá v čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace a v návaznosti na to i v čl. 9.5.5 zadávací dokumentace. Stejně jako Úřad nemám za to, že by se v případě požadavku na získání uvedeného oprávnění jednalo o neurčitou podmínku, ze které by snad nemělo být jasné, jak ji prokázat. Uvádím, že ze zadávací dokumentace je zřejmé, že je nutné získat potřebné oprávnění od společnosti IBR a dodavatelé tedy měli kontaktovat tuto společnost za účelem další kroků. Stejně pak vyznívá i vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 12. 10. 2021, kde zadavatel uvedl, jak pro získání oprávnění postupovat. Zadávací podmínka tak zcela jistě není netransparentní. Netransparentní ji pak nečiní ani to, že podmínky vstupu do partnerského programu nejsou veřejně dostupné, neboť jsou dostupné po kontaktování společnosti IBR, což je krok, který musí učinit všichni zájemci o partnerství. Ostatně běžným prostudováním internetových stránek některých poskytovatelů partnerských programů v oblasti informačních technologií jsem zjistil, že veřejná dostupnost podmínek vstupu zcela jistě není běžnou záležitostí. Zpřístupnění podmínek je vázáno na registraci, případně vyplnění kontaktního formuláře. Jde například o případ společností Dell¹, Hewlett-Packard², Infor³ či Oracle⁴.
41. Úřad při zjišťování skutkového stavu ve vztahu k partnerskému programu přistoupil k ověření podmínek vstupu do tohoto programu a jeho pravidel. Úřad zjistil, že v síti bylo (v době vydání napadeného rozhodnutí) zařazeno 6 subjektů, a konstatoval, k čemu je partnerství opravňuje (bod 154 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Společnost IBR podmiňovala vstup do partnerské sítě tím, že se bude jednat 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“. Výklad posledně jmenované podmínky Úřad zjišťoval a dospěl k tomu, že nemíří na jakoukoliv konkurenční činnost, ale takovou, která naplňuje znaky nekalosoutěžního jednání. V praxi proto není

¹ <https://www.delltechnologies.com/partner/cs-cz/partner/partner.htm>

² <https://partner.hp.com/web/upp-ww/hp-partner-application-process>

³ <https://www.infor.com/partners/become-a-partner>

⁴ https://partnerstore.oracle.com/apex/ps_ext_links.joinopn

překážkou, aby členem partnerské sítě byl i dodavatel v konkurenčním vztahu ke společnosti IBR, což je i příkladem dodavatelů do partnerské sítě již zařazených.

42. V tomto ohledu nelze nepoukázat na možnou nejasnost poslední podmínky pro vstup do partnerské sítě. Jazykovým výkladem by bylo možné dospět k tomu, že vstup do partnerské sítě mají zapovězeny jakékoliv společnosti v konkurenčním vztahu ke společnosti IBR. Byť Úřad zjistil, že za takovým účelem podmínka stanovena nebyla a ani tak není uplatňována, může se teoreticky stát, že někteří dodavatelé budou od komunikace se společností IBR, při které by byl výklad podmínky vyjasněn, odrazeni již při informaci o této podmínce bez patřičného vysvětlení. Vzhledem k tomu, že součástí získání oprávnění je nutná komunikace se společností IBR, však nemám za to, že by dodavatelé k ověření dopadů podmínky nepřistoupili a že by tato podmínka mohla bez dalšího reálně ovlivnit jejich rozhodnutí dále o vstup do partnerské sítě usilovat. To je potvrzeno i podáním žádosti o účast společnostmi, které konkurenčním produktem disponují, ale přesto se o vstup do partnerské sítě úspěšně zajímaly i přes možnou nejednoznačnost této podmínky vstupu. Mám však za to, že by bylo vhodnější, pokud by byla tato podmínka formulována jinak a ve vztahu k jejímu účelu jednoznačněji, lépe však zcela odstraněna. Podstatné je ale zjištění Úřadu, že vývoj, nabídka či prodej vlastního konkurenčního produktu není překážkou vstupu do partnerské sítě.
43. K námitce navrhovatele pak je nutné poukázat (a v dalším textu tak bude činěno opakovaně) na stav, v jakém zadavatel přistoupil k zadávacímu řízení na zavedení DNS, k čemuž zároveň i odkazují na obecné závěry uvedené v bodech 34-37 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel dlouhodobě užívá programové vybavení ASPE, přičemž s tímto užíváním je spojena i potřeba údržby a dalších navazujících služeb. Vlastníkem práv k programovému vybavení ASPE je společnost IBR. Aby mohly do programového vybavení zasahovat i jiné subjekty, musí získat oprávnění od společnosti IBR, neboť je zcela zřejmé, že autor a vlastník informačního systému neposkytne přístup k příslušnému zdrojovému kódu komukoliv, ale pouze za splnění stanovených podmínek. Pokud by nedošlo k zadavatelem zvolenému postupu, byla by jediným oprávněným subjektem k poskytování služeb, které jsou předmětem DNS, právě společnost IBR. V právě řešeném případě však zadavatel postupoval tak, aby otevřel soutěž a dalším dodavatelům umožnil účastnit se DNS a v něm zadávaných dílčích plnění.
44. Souhlasím s Úřadem, že klíčové *„je v daném případě to, že trh není omezen v tom smyslu, že by případnému dodavateli bylo znemožněno dodavateli 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.“*
45. Nelze tak než souhlasit se závěry Úřadu uvedenými v bodech 158 a 159 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ze zjištěného skutkového stavu nevyplývalo, že by společnost IBR omezovala možnost získání příslušných oprávnění. Nemohu proto souhlasit s tím, že by snad měly být zadávací podmínky, respektive podmínky pro vstup do partnerské sítě v tomto

ohledu diskriminační. To, že společnost IBR rozhoduje o vydání příslušných oprávnění, je faktem, který vyplývá z předmětu plnění a autorskoprávních oprávnění.

46. Co se týká odkazu na komunikaci navrhovatele se společností IBR, ze zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by měl být navrhovatel odmítnut. Ostatně ani navrhovatel svoji argumentaci nikterak nerozvíjí s ohledem na zjištění, že společnost IBR pouze vyjádřila své pochybnosti a vyzvala navrhovatele k dalšímu jednání, na což však navrhovatel již nijak nereagoval. Tento argument je tak lichý, neboť neodpovídá faktickému průběhu korespondence mezi navrhovatelem a společností IBR. Navrhovatel mohl závěry Úřadu vyvrátit jedině tak, že by prokázal, že mu společnost IBR i přes jeho snahu skutečně bezdůvodně odmítla přístup do partnerského programu. To však navrhovatel neučinil.
47. 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. 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.
48. Nemohu souhlasit s navrhovatelem, že zadavatel začlenil do zadávacích podmínek podmínky skryté, neboť zadavatel jasně uvedl, jaké doklady požaduje (čl. 7 zadávací dokumentace; blíže pak např. bod 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z podstaty těchto dokladů je pak zřejmé, že dodavatelé byli pro účast v DNS povinni si zajistit oprávnění uvedené v čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace a certifikaci uvedenou v čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace. Ze zadávací dokumentace pak také vyplývalo, 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“.
49. Dodavatelé tak nemohli být na pochybách, u jakého subjektu potřebné oprávnění a certifikaci získat. Pokud však na pochybách při zveřejnění zadávací dokumentace byli, jejich pochyby byly odstraněny vysvětlením č. 4 uveřejněným na profilu zadavatele dne 12. 10. 2021, ve kterém zadavatel uvedl, že dodavatelé musí za účelem získání dokladu potřebného ke splnění podmínek účasti kontaktovat společnost IBR. Jak uvedl i Úřad v bodu 153 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kroky ke zjištění podmínek pro získání potřebných dokladů od společnosti IBR učinil navrhovatel v květnu roku 2021, tedy sám postupoval přesně tak, jak měl, aby potřebné doklady získal. Nelze proto hovořit o tom, že by se v případě podmínek pro vstup do partnerské sítě společnosti IBR jednalo o podmínky skryté či neznámé.
50. Opravdu neexistuje obrana proti odmítnutí stát se součástí partnerské sítě společnosti IBR, ze správního spisu ani vyjádření relevantních subjektů však nevyplývá, že by společnost IBR jakkoliv odmítla vstup některých dodavatelů do své partnerské sítě. Tato skutečnost je však

pouze výsledkem existence soukromoprávního vztahu navrhovatele a společnosti IBR a Úřad není oprávněn ji posuzovat. Následné promítnutí této skutečnosti v zadávacích podmínkách a v postupu zadavatele pak je předmětem přezkumu u Úřadu a následně i přezkumu mého, což značí, že existuje obrana proti nesprávnému postupu zadavatele spočívajícímu v požadavku na certifikaci, kterou navrhovatel inicioval ve chvíli, kdy měl pocit, že byl společností IBR odmítnut (ačkoliv tomu tak není). Stejně mohli postupovat ostatní dodavatelé.

51. K další dílčí námitce navrhovatele uvádím, že je pravdou, že Úřad v napadeném rozhodnutí užil spojení „soukromoprávní spor“ a „autorskoprávní spor“. I s ohledem na to, že ani společnost IBR kromě podaného trestního oznámení nezmiňuje podání soukromoprávní žaloby, mám z kontextu odůvodnění napadeného rozhodnutí za zřejmé, že Úřad těmito spojeními označoval nikoliv řízení před civilním soudem, kde by se rozhodovalo o soukromých právech navrhovatele a společnosti IBR, ale faktický stav a vztah mezi navrhovatelem a společností IBR.
52. Souhlasím s navrhovatelem, že podání trestního oznámení není pro posouzení věci relevantní, neboť trestní oznámení může podat kdokoli a výsledek jeho prošetřování je nejistý. To však nemění nic právě na faktickém vztahu společnosti IBR a navrhovatele. Tento vztah by ale zcela jistě neměl ovlivnit přístup společnosti IBR ke vstupu navrhovatele do partnerské sítě a ze správního spisu (viz bod 52 odůvodnění napadeného rozhodnutí) nevyplývá, že by k tomu došlo. Společnost IBR sice navrhovateli nesdělila podmínky pro vstup do partnerské sítě, ale vyzvala navrhovatele k dalšímu jednání a ke sdělení možných termínů schůzky. Nelze společnosti IBR vytýkat možnou negativní zkušenost s navrhovatelem, která navíc i přes jistou neochotu komunikace vyústila v nabídku k jednání, nikoliv k jeho odmítnutí.
53. Navrhovatel namítá rozpor zadávacích podmínek podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace se zákonem. 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.
54. Jestliže zadavatel stanovením předmětných zadávacích podmínek omezil okruh potenciálních dodavatelů, bylo to omezení důvodné, které zákon připouští, a to s ohledem na předmět plnění a podmínku plnění spočívající v nutnosti certifikace dodavatelů. Pokud by zadavatel takové zadávací podmínky nestanovil, okruh potenciálních dodavatelů by se omezil pouze na společnost IBR, tedy jedinou společnost, která by byla oprávněná zasahovat do daného programového vybavení. Postup zadavatele však zcela zřetelně vedl naopak k otevření soutěže i k ostatním dodavatelům, kdy se navíc společnost IBR dynamického nákupního systému vůbec neúčastní. Společnost IBR vytvořila partnerskou síť, do které mají dodavatelé

otevřený přístup za splnění stanovených podmínek a členové této partnerské sítě mohou následně úspěšně směřovat k zařazení do DNS a k plnění veřejných zakázek v rámci DNS.

55. Jak Úřad uvedl i v napadeném rozhodnutí, zadávací podmínky podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace nejsou kvalifikačními podmínkami. Zatímco u písm. d) by se dalo uvažovat o podřazení pod § 79 odst. 2 písm. d) zákona (jak dovodil i Úřad v bodu 162 odůvodnění napadeného rozhodnutí), u písm. c) tak učinit nelze. Ani zadavatel však takovou ambici neprojevil a tyto požadavky podřadil pod § 104 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že se možným podřazením pod toto ustanovení zabývám níže, odkazuji právě tam. Dodávám však, že technická kvalifikace se obecně vztahuje ke způsobilosti dodavatele veřejnou zakázku plnit, a to s ohledem na předchozí zkušenosti či technické zázemí. V případě zadávacích podmínek podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace však jde o podmínku plnění veřejné zakázky, která se zřetelně vztahuje k předmětu plnění. Jde o podmínku v tom smyslu, že bez jejího splnění nelze veřejnou zakázku vůbec plnit.
56. V tomto směru lze odkázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-295/20 ze dne 8. 7. 2021. V bodu 48 tohoto rozsudku SDEU uvedl: *„Posouzení technické a odborné způsobilosti zájemce nebo uchazeče tedy vychází zejména ze zpětného hodnocení zkušeností získaných hospodářskými subjekty při plnění dřívějších veřejných zakázek ...“* SDEU navíc uvedl, že souhlas příslušných orgánů k přepravě odpadů mezi členskými státy EU je podmínkou plnění, nikoliv kvalifikací. Byť se v tomto případě nejedná o veřejnoprávní „souhlas“, ale o souhlas autora a vlastníka zdrojového kódu programového vybavení, lze analogicky uvést, že i zde jde o zcela zřejmou podmínku plnění, tedy podmínku, bez které nelze zakázku plnit.
57. Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv ze dne 10. 2. 2021 není na právě řešenou věc přílehlavé. Tamní zadavatel požadoval certifikaci dodavatele k prokázání způsobilosti plnit veřejnou zakázku, když zároveň již obdobnou certifikaci požadoval k členům realizačního týmu. Zatímco v odkazovaném případě je zpochybňováno podřazení požadavku pod ustanovení zákona s ohledem na způsobilost dodavatelů, v právě řešeném případě jde nikoliv o způsobilost, ale o oprávnění dodavatelů předmět dynamického nákupního systému vůbec plnit. Tento požadavek má vazbu na předmět plnění a bez něj není žádný z dodavatelů (vyjma společnosti IBR) oprávněn plnit, neboť by neměl oprávnění k zásahu do programového vybavení [nebyly by dle mého názoru naplněny ani podmínky podle § 66 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů]. Nadto lze uvést, že kvalifikace dodavatelů je ověřena jinými zadávacími podmínkami, zde však nejde o kvalifikaci, ale o oprávnění k realizaci předmětu plnění – podmínku plnění (k tomu vizte výše).
58. Údajné překročení rámce předmětu DNS Úřad vypořádal v bodu 180 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že rozkladová námitka je fakticky totožná s námitkou návrhovou, odkazuji na uvedený bod a uvádím, že s posouzením Úřadu souhlasím. Nesouhlasím pak s tím, že by se zadavatel nevyjádřil k požadavku podle čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace. V rozhodnutí o námitkách vypořádal námitky týkající se požadavků podle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace na stranách 8-10.
59. Podle navrhovatele je odůvodnění Úřadu v rozporu s jeho dřívější praxí. Zadavatel si nemohl ex post stanovit zadávací podmínky za souladné s § 104 písm. a) zákona. Každá podmínka

v zadávací dokumentaci musí být podřaditelná pod zákon. Zpětné přiřazování je v rozporu minimálně se zásadou transparentnosti. K nutnosti jasně deklarovat, co zadavatel požaduje a jak s ohledem na zákon hodlá s daným požadavkem nakládat, cituje navrhovatel rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-09154/2019/531/MHo ze dne 25. 6. 2019 a č. j. ÚOHS-S0007/2016/VZ-00419/2016/522/JKr ze dne 5. 1. 2016.

60. K citovaným rozhodnutím lze konstatovat, že v případě čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace se jedná o další podmínku ve smyslu § 104 písm. a), nelze na ni tedy uplatnit rozhodnutí, která se týkají podmínek účasti, respektive kvalifikace. I přesto však lze uvést, že citace, kterou navrhovatel uvedl z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0007/2016/VZ-00419/2016/522/JKr ze dne 5. 1. 2016 spíše potvrzuje, že i pokud zadavatel nesprávně zařadí zadávací podmínku pod určité ustanovení, neznamená to, že by dodavatelé byli zproštěni povinnosti se takovým ustanovením řídit, tedy také že nepodřazení pod určité ustanovení není vadou, která by činila zadávací podmínky nezákonnými. Je pak také zřejmé, že zadavatel nepodřadil předmětné požadavky pod podmínky kvalifikační, neboť ty se v systematické zadávacích podmínkách nachází na odlišném místě. Nadto lze upozornit, že uvedené rozhodnutí řešilo především situaci, kdy zadavatel stanovil jako podmínku účasti požadavek, který neměl vztah k předmětu veřejné zakázky. Ani to není v právě řešeném případě splněno, když stanovené požadavky vztah k předmětu plnění bezesporu mají.
61. Navrhovatel dále namítá, že doklad podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace ani nemůže být požadován v souladu s § 104 písm. a) zákona. Doklad se podle něj vztahuje k osobě dodavatele, nikoliv k plnění. Požadavek na partnerství má být svým charakterem požadavkem na kvalifikaci, jak vyplývá z citovaného rozhodnutí. I v tomto případě zadavatel požaduje uzavřenou partnerskou smlouvu. Zařazení podmínek dle § 104 písm. a) zákona v žádosti o účast nemá oporu v zákonu. Možnost vstoupit do DNS v průběhu jeho trvání nic nemění na tom, pokud by byly podmínky od počátku nastaveny v rozporu se zákonem.
62. Nejprve uvádím, že vztah zadávací podmínky podle čl. 7 písm. c) zadávací dokumentace s předmětem plnění je zřejmý. Zadavatel jako předmět plnění poptává služby související s programovým vybavením. Zasahovat do tohoto programového vybavení mohou pouze dodavatelé, kteří disponují předmětnou certifikací. Předmět plnění tedy nelze realizovat bez dané certifikace, což vyjadřuje jasný vztah požadavku a předmětu plnění. K tomu lze odkázat na body 55 a 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
63. Samotným faktem, že zadavatel předmětný požadavek podřazuje pod § 104 písm. a) zákona, ačkoliv doklad o partnerství požaduje již spolu s žádostí o účast, tedy ve fázi, kdy v DNS ani nedochází k výběru dodavatele (přičemž uvedené ustanovení hovoří právě o možnosti požadovat doklady od vybraného dodavatele), se Úřad podrobně zabýval v bodech 169 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde konstatoval, že zadávací podmínka by v případě jiných typů řízení, kdy je již nezvratně předem omezený okruh účastníků zadávacího řízení, nemusela v přezkumu obstát. Úřad však vzal v potaz povahu DNS, když konstatoval, že „[ú]spěšný výsledek zadávacího řízení v případě DNS neznamená konečný výběr dodavatele a za běžných okolností nezvratné uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s tímto subjektem, tedy ‚neúspěch‘ ostatních uchazečů o veřejnou zakázku“. Zadavatel je totiž povinen umožnit podat dodavatelům žádost o účast i po zavedení DNS, a to i uchazečům, kteří byli vyloučeni pro nesplnění zadávacích podmínek.

64. S těmito závěry Úřadu souhlasím a dodávám, že je skutečně nutné zkoumat vliv postupu zadavatele na hospodářskou soutěž na rozdíl od prostého konstatování nezákonnosti v tomto postupu bez přihlížení ke konkrétním okolnostem. Vliv na hospodářskou soutěž byl v případě nesprávného zařazení požadavku pod zákon značně omezený, neboť i pokud dodavatelé v době podání žádosti o účast dokladem o partnerství nedisponovali, neznamená to, že jejich účast v DNS byla do budoucna zcela uzavřena. Takový dodavatel mohl dále usilovat o začlenění do partnerského programu společnosti IBR a po získání dokladu podat žádost o účast znovu.
65. V dalším odkazuji na body 169 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, které považuji ve vztahu k podřazení požadavku pod § 104 písm. a) zákona za vyčerpávající a správné, a námitku odmítám.
66. Zadavatel je podle navrhovatele jako uživatel díla ASPE v situaci, kdy je zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Taková situace je učebnicovým příkladem tzv. vendor lock-in. Zadavatel není vlastníkem zdrojových kódů produktů ASPE a nemůže s tímto softwarovým vybavením disponovat tak, aby neomezoval soutěžní prostředí. Zadavatel nevyužil získání zdrojových kódů, a tedy umožnění otevřené soutěže, ačkoliv tak dle smlouvy ze dne 12. 7. 2018 se společností IBR učinit mohl. Zadavatel tak vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách vůbec nevěnoval vztahu mezi ním a společností IBR a tuto skutečnost pominul i Úřad.
67. Ze zjištěného skutkového stavu vyplývá, že společnost IBR je poskytovatelem programového vybavení ASPE pro zadavatele. V rámci tohoto plnění vzniká zadavateli potřeba určitých navazujících služeb. Tyto služby mohou být plněny buď přímo dodavatelem předmětného programového vybavení, tedy společností IBR, nebo jinými oprávněnými dodavateli. V případě první možnosti by sama společnost IBR spravovala svůj systém, aniž by k této správě „pustila“ někoho dalšího. V případě druhé možnosti však došlo k otevření hospodářské soutěže i jiným obecně způsobilým dodavatelům za předpokladu splnění podmínek pro vstup do partnerské sítě.
68. Nemám za to, že by se v případě této situace jednalo o situaci vendor lock-in, a i pokud by tomu tak bylo, je nutné souhlasit se zadavatelem v tom, že samotný stav vendor lock-in není nezákonným. Nezákonný je pouze případný navazující postup, kdy by zadavatel zadal dodavateli (zde) informačního systému navazující veřejnou zakázku bez otevřené soutěže tehdy, pokud by k tomu nebyly splněny podmínky, a to z důvodu nevýhodného smluvního vztahu se stávajícím dodavatelem. K výchozí situaci při zavádění DNS na předmět plnění a možnému řešení výchozí situace zadavatele odkazuji na východiska uvedená v bodech 34-37 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zde pak pouze opakuji, že zadavatel s ohledem na konkrétní okolnosti zvolil správný postup, který otevřel soutěž na služby související s programovým vybavením i dalším dodavatelům.
69. To, že by byla společnost IBR za normálních okolností jediným oprávněným subjektem pro navazující služby programového vybavení, je fakt vyplývající z vlastnictví autorských práv k takovému systému. Na základě rozhodnutí zadavatele a společnosti IBR zde však jsou dodavatelé, kteří mohou tyto služby poskytovat, a společnost IBR se soutěže neúčastní. Pokud by byl zadavatel vlastníkem zdrojového kódu, byl by to skutečně pouze on, kdo by stanovoval podmínky zařazení do DNS. Zákon však po zadavateli nepožaduje, aby tak činil, a nelze ani obecně souhlasit, že je snaha o získání zdrojového kódu, respektive jeho vlastnění je pro

zadavatele vždy výhodnější a umožňuje mu realizovat širší hospodářskou soutěž (především s ohledem na složitost zdrojového kódu a neochotu dodavatelů s takovým zdrojovým kódem jiné společnosti pracovat, případně ochotu pouze za mnohem vyšší náklady).

70. Argumentace vytvořením stavu exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě společnosti IBR je pak nerelevantní, pokud vstup do ní je otevřený i dalším dodavatelům (k podmínkám vstupu do partnerské sítě odkazují na bod 154 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
71. Úřad podle navrhovatele říká, že pokud je zde původní dodavatel systému, který je potřeba dále 10 let spravovat a rozvíjet, pak je v pořádku, že tento původní dodavatel systému ovlivňuje, kdo získá veřejnou zakázku. Navrhovatel pokládá otázku, kdo bude rozhodovat, že se navrhovatel chová nekalosoutěžně, když neprobíhá žádné trestní stíhání ani soukromoprávní soud. Podle navrhovatele to bude pouze společnost IBR a zadavatel i Úřad jsou s tímto srozuměni.
72. Závěr, který se snaží naznačit navrhovatel, Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl. Shodně s odůvodněním Úřadu však konstatuji, že nelze přehlédnout vztah společnosti IBR a předmětu plnění, respektive nelze od něj zcela odhlédnout, pokud je společnost IBR vlastníkem autorských práv, a tedy záleží na ní, zda umožní jiným subjektům do svého díla zasahovat. Tato skutečnost však vyplývá nikoliv ze zadávacích podmínek či podmínek nastavených společnostmi IBR pro vstup do partnerské sítě, ale z charakteru předmětu plnění a faktu, že vlastníkem zdrojového kódu k programovému vybavení ASPE je společnost IBR. Takový stav však není nezákonný.
73. Mohu se (i s ohledem na obdobnost návrhových a rozkladových námitek) pak pouze shodnout se závěry napadeného rozhodnutí. Úřad v bodu 159 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl: *„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.“*
74. Uzavírám proto, že k žádnému nezákonnému ovlivnění toho, kdo získá veřejnou zakázku, respektive kdo bude zařazen do DNS, nedošlo a ze zjištěného skutkového stavu nevyplývá, že by dojít mohlo. Situace vztahu navrhovatele a společnosti IBR je specifická, ale ani tento vztah a postup zadavatele či společnosti IBR nikterak nenasvědčují tomu, že by v posouzení nekalosoutěžního jednání postupovala společnost IBR (a už vůbec ne zadavatel) ve vztahu k navrhovateli tak, že by mu přístup zamezila. Ostatně opakují, že to byl navrhovatel, kdo nejevil zájem o další jednání (k tomu odkazují na odůvodnění výše).
75. Navrhovatel namítá, že požadavek podle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace je v rozporu se samotnou podstatou společné účasti. Důvodem, proč dodavatelé tvoří tzv. sdružení dodavatelů, je totiž nemožnost plnit předmět veřejné zakázky samostatně. Dodavatelé při společné účasti však podle zadávacích podmínek museli splňovat daný požadavek jednotlivě. To je v rozporu s § 82 a § 84 zákona. Úřad se tímto v napadeném rozhodnutí vůbec

nezabýval. Úřad pouze v bodě 173 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.

76. Je pravdou, že se Úřad v napadeném rozhodnutí výslovně nezabýval zadávací podmínkou podle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace. V tomto článku zadavatel požaduje, aby v případě společné účasti „každý z dodavatelů doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe® (čl. 7 písm. d))“ [patrně myšleno písm. c) s ohledem na znění čl. 9.5.5 zadávací dokumentace]. Úřad v bodu 173 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že tato zadávací podmínka žádného z dodavatelů, kteří podali žádost o účast, neomezila.
77. Úřad však na vícero místech uvedl, že účelem stanovených požadavků na certifikaci je jistota realizace plnění oprávněným dodavatelem. Souhlasím, že pokud je nutné, aby k programovému vybavení přistupovaly pouze subjekty, které disponují příslušným oprávněním vydaným vlastníkem programového vybavení, není možné, aby při společné účasti disponoval oprávněním pouze jeden z dodavatelů, zatímco druhý, který by ale následně také k programovému vybavení přistupoval a realizoval na něm předmětné služby, oprávnění neměl. Tím by byl zcela popřen smysl požadovaných oprávnění.
78. Zadávací podmínka podle čl. 9.5.5 zadávací dokumentace tak vychází z předmětu plnění. Pokud by bylo možné vydělit z předmětu plnění jen tu jeho část, ke které je oprávnění potřeba, nebylo by zákonné, aby jej zadavatel požadoval k celému předmětu plnění (typicky jde o příklad staveb, kde nemusí být nutné požadovat speciální oprávnění pro celou stavbu, ale pouze pro tu část, ke které se oprávnění vztahuje). Tak tomu ale v tomto případě není. Celé plnění se týká programového vybavení, k jehož přístupu je nutné oprávnění společnosti IBR. V takovém případě je zřejmé, že je nutné v případě společné účasti požadovat oprávnění po každém z dodavatelů.
79. Vzhledem k tomu, že jsem výše dospěl k tomu, že předmětný požadavek podle čl. 7 písm. c) není kvalifikační a lze jej v rámci DNS podřadit pod § 104 písm. a) zákona, nelze na něj ani uplatnit ustanovení o společném prokazování kvalifikace, na která odkazuje navrhovatel.
80. Pokud jsem navíc shledal zákonným a odůvodněným požadavek v případě společné účasti spočívající v nutnosti splňovat zadávací podmínku podle čl. 7 písm. c) samostatně, nemám za to, že by další posouzení týkající se omezení soutěže bylo namístě, neboť i v případě konstatování, že některého dodavatele tento požadavek v účasti omezil, jednalo by se o omezení hospodářské soutěže důvodné, které zákon připouští. I tuto dílčí námitku proto odmítám.
81. Stejně tak je nutné odmítnout námitky proti stanovení zadávacích podmínek DNS jako celek, neboť jsem výše dospěl k tomu, že jsou nedůvodné.

K přípustnosti využití DNS

82. K možnosti využít DNS pro zadávání předmětu zadavatelem zaváděného dynamického nákupního systému předně uvádím, že Úřad v souladu s rozhodnutím předsedy Úřadu znovu a podrobněji zjišťoval, zda lze postup zadavatele spočívající v poptávání služeb rozvoje

programového vybavení ASPE v DNS považovat za souladný se zákonem. Úřad dospěl k závěru, že předmětem DNS nejsou takové služby, které by nebylo možné v dynamickém nákupním systému s ohledem na relevantní trh zadávat jako běžné a obecně dostupné.

83. Z vyjádření dotčených subjektů (zadavatele, účastníků zadávacího řízení a společnosti IBR) vyplynulo, že se má jednat spíše o službu podpory a aktualizace systému, přičemž rozvoj programového vybavení, který zadavatel uvedl jako dílčí část předmětu DNS, má spočívat fakticky v implementacích aktualizací vyvíjených a poskytovaných společnostmi IBR a jejich navázání na zadavatelem používané systémy třetích stran. To vše v souladu s podmínkami partnerského programu společnosti IBR.
84. Společnost IBR pak také ve svém vyjádření ze dne 25. 7. 2022 uvedla, že rozvoj v části „Backend“ (v samotném zdrojovém kódu softwarového vybavení zajišťujícím konkrétní funkcionality systému) je jednotlivým partnerům obecně výslovně zapovězen. Rozvoj v části „Frontend“ (uživatelském rozhraní) pak podle vyjádření zadavatele ze dne 15. 8. 2022 ani není předmětem DNS.
85. Konstatuji proto, že ze zjištění Úřadu již konkrétně vyplývá, jaký rozvoj má být předmětem plnění, a že se tento rozvoj spíše blíží podpoře a údržbě systému, a nikoliv samostatnému zasahování do zdrojového kódu za účelem povyšování verze programového vybavení, vyvíjení nových funkcionalit a podobně.
86. Je nutné říct, že právě k popsáním zásadnějším zásahům směřovalo rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť při analyzování zadávací dokumentace bez informací společnosti IBR nemusí být na první pohled zřejmé, jaký rozvoj je skutečně předmětem dokumentace. Zatímco bez dalších informací by zadávací dokumentace mohla evokovat, že předmětem DNS může být i samostatný rozvoj v rukou partnerů společnosti IBR (k čemuž jsem dospěl i v rozhodnutí předsedy Úřadu, když jsem pro nedostatek jiných indikátorů využil i podklady zadávací dokumentace, které však nejsou součástí samotné zadávací dokumentace), ze zjišťování Úřadu vyplynulo výše uvedené, tedy že rozvoj, který má být předmětem DNS, není rozvojem, který rozhodnutí předsedy Úřadu zapovídalo pro zadání v dynamickém nákupním systému. Jak totiž správně Úřad uvedl v bodu 185 odůvodnění napadeného rozhodnutí, je *„nutné otázku oprávněnosti poptávání předmětu plnění v dynamickém nákupním systému posoudit nikoliv z hlediska pouhé přítomnosti rozvoje, ale ‚intenzity‘ charakteru těchto služeb“*.
87. Z přílohy č. 6 zadávací dokumentace – podmínky partnerského programu IBR vyplývá, že společnost IBR zajišťuje automaticky rozvoj produktu ASPE v souladu s legislativou. Stejný závěr pak poskytla samotná společnost IBR, zadavatel a obdobně také účastníci zadávacího řízení, tedy členové partnerského programu společnosti IBR.
88. Uzavírám proto, že pokud je rozvoj v části „Backend“ vyloučen vlastníkem softwaru, společnostmi IBR, a rozvoj v části „Frontend“ není předmětem dynamického nákupního systému, jsou zásahy účastníků zadávacího řízení do programového vybavení ASPE omezeny na zmíněné implementace aktualizací a drobné úpravy. Takový předmět plnění nepovažuji za rozporný s účelem dynamického nákupního systému, neboť je na relevantním trhu běžný a obecně dostupný.
89. 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. Závěry Úřadu nejsou podle navrhovatele v souladu s důvodovou zprávou k zákonu a směrnicí.

90. Ani odkaz navrhovatele na směrnici nemůže na výše uvedeném nic změnit, neboť pouze popisuje obecné závěry k DNS (zde navíc k sektorovým zadavatelům; správný by byl odkaz na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, který jsem učinil v rozhodnutí předsedy Úřadu). Je však nutné tyto obecné závěry vztáhnout ke skutkovým zjištěním a situaci na relevantním trhu. K tomu odkazuji výše a s ohledem na tam uvedené závěry konstatuji, že tato námitka navrhovatele nemůže mít vliv na závěry napadeného rozhodnutí.
91. Navrhovatel namítá, že podle čl. 2.1.2 písm. c) zadávací dokumentace je předmětem DNS mimo jiné poskytování služeb rozvoje programového vybavení ASPE. I s ohledem na zvolení CPV kódu tak nelze popřít, že zadavatel zamýšlel poptávat i vývoj programového vybavení. Navrhovatel tvrdí, že z vyjádření dodavatelů, kterých se Úřad dotazoval, nevyplývá, že by neměl být zadáván rozvoj programového vybavení. K tomu odkazuje na konkrétní vyjádření společnosti DTS a společnosti Vars Brno. Úprava zdrojového kódu a zásadní individuální úprava software nejsou implementací aktualizací vyvíjených a poskytovaných společnostmi IBR, jak uvádí Úřad. Pokud navíc zadavatel v čl. 9.5 zadávací dokumentace požaduje zkušenost s úpravou zdrojových kódů, tak očekává i extenzivní rozšíření původního softwaru. Navrhovatel dále poukazuje na předpokládanou hodnotu a fakt, že při přepočtení na hodinovou sazbu osoby, která se podílí jen na podpoře systému, se na ní bude podílet 4,5 lidí měsíčně, což není běžná podpora systému.
92. Úřad souhlasí s navrhovatelem v tom, že specifikace v zadávací dokumentaci i zvolení CPV kódu nebylo od zadavatele zcela jednoznačné, pokud jeho argumentace následně směřovala k tomu, že vývoj není předmětem DNS. Jak však Úřad zjistil od společnosti IBR, tedy společnosti, která jako vlastník zdrojového kódu může ovlivnit, k jakým zásahům jsou členové partnerského programu oprávněni, předmětem DNS nebyl rozvoj v pravém slova smyslu (k tomu odkazuji výše). Jakkoliv je vhodné, aby označení CPV kódem bylo co nejpřesnější, je třeba vycházet ze skutkového stavu. Nelze navíc shledat, že by se předmět plnění jako rozvoj či vývoj označit bez dalšího nemohl, zadavatel však pod rozvoj zařadil pouze takové služby, které je možné v DNS poptávat, což bylo potvrzeno i společností IBR a jejími partnerskými podmínkami. Opakuji, že jde o „intenzitu“ charakteru těchto služeb, nikoliv pouze o jejich přítomnost v předmětu plnění.
93. K vyjádření navrhovatelem uváděných společností lze uvést pouze to, že většina společností ve svém vyjádření odkázala na podmínky partnerského programu, požadavky udělení certifikace a nutnost poskytování služeb pouze v rozsahu stanoveném těmito materiály. Byť vyjádření některých společností hovoří o možných programátorských zásazích do programového vybavení, ve vztahu k možnosti těchto zásahů je stěžejní stanovisko společnosti IBR jako vlastníka zdrojového kódu a držitele autorských práv. Pokud tedy společnost IBR uvádí, že neumožňuje samostatný rozvoj v části „Backend“, je nutné toto vyjádření stavět nad vyjádření členů jejího partnerského programu, pokud stejně hovoří i samotné podmínky partnerského programu.

94. Co se týká namítaného požadavku zadavatele na zkušenost s úpravou zdrojového kódu, nemohu než setrvat na závěrech bodu 184 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad správně uvádí, že i služby podpory a údržby, případně implementace aktualizací mohou ze své podstaty vyžadovat zásahy do zdrojového kódu, vždy však pouze v rozsahu přípustném podmínkami partnerského programu. Daný požadavek tak nevybočuje z předmětu plnění ani neevokuje to, že by předmětem plnění mělo být něco jiného, než k čemu dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí. K údajně vysoké předpokládané hodnotě při přepočtu na běžnou hodinovou sazbu uvádím, že zadavatel kromě sebe zaváděl DNS taktéž pro 4 další zadavatele, kteří mohli služby dodavatelů zařazených do DNS poptávat. V tomto kontextu se námitka navrhovatele jeví jako nedůvodná.
95. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že služby, které má zadavatel zájem zadávat v DNS, nepřekračují zákonné požadavky na dynamický nákupní systém. Tak tomu je především pro skutečný předmět plnění, který Úřad správně zjistil, a šíří trhu ve vztahu k danému plnění. Námitky navrhovatele pak mám za nedůvodné, a proto je odmítám.

VII. Závěr

96. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

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

Vypraveno dne

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