



UOHSX00HC47M

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0025/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-10322/2023/162

Brno 14. 4. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 15. 2. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Zdravotnická záchranná služba hlavního města Prahy**, IČO 00638927, se sídlem Korunní 2456/98, 101 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0479/2022/VZ, č. j. ÚOHS-04345/2023/500 ze dne 31. 1. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „**Licence Microsoft**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek, která byla dne 30. 3. 2021 uveřejněna na profilu zadavatele pod systémovým číslem P21V00191338,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0479/2022/VZ, č. j. ÚOHS-04345/2023/500 ze dne 31. 1. 2023,

r u š í m

a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0479/2022/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jehož se měl obviněný – Zdravotnická záchranná služba hlavního města Prahy – dopustit při zadávání veřejné zakázky s názvem „Licence Microsoft“ tím, že stanovil zadávací podmínky v rozporu se zásadou transparentnosti, když prostřednictvím Vysvětlení, změny nebo doplnění výzvy k podání nabídek č. 3 ze dne 23. 4. 2021 učinil takovou změnu zadávacích podmínek, na základě které připustil dodání licencí druhotných (tj. licencí z volného trhu), avšak současně ponechal požadavek uvedený v čl. 2.1 výzvy k podání nabídek na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a souvisejících služeb v licenčních programech Cloud Service Provider, Select Plus a Enterprise Agreement, skrze které jsou poskytovány pouze licence nové, čímž se stanovené zadávací podmínky staly netransparentními, neboť dotčený požadavek uvedený v čl. 2.1 výzvy k podání nabídek fakticky neumožňoval plnění veřejné zakázky skrze druhotné licence, a současně ponechaný požadavek na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a souvisejících služeb v licenčních programech Cloud Service Provider, Select Plus a Enterprise Agreement, a dále požadavek uvedený v čl. 4.4 výzvy k podání nabídek, aby dodavatel poptávaného předmětu plnění byl držitelem statusu, resp. disponoval platným potvrzením statusu Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR, představují porušení § 36 odst. 1 citovaného zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace vyjádřené v § 6 odst. 2 zákona, jelikož vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže pro dodavatele zamýšlející dodat druhotné licence, neboť druhotné licence k produktům společnosti Microsoft a související služby se neposkytují, resp. nemohou poskytovat v uvedených licenčních programech a dodavatelé nemusí být za účelem dodání těchto licencí držiteli výše uvedených statusů, přičemž zadal veřejnou zakázku, když za účelem jejího plnění uzavřel rámcovou smlouvu o poskytnutí licencí,

z a s t a v u j i,

neboť dle § 257 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 téhož zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedená Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán 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 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 zákona,

obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – Zdravotnická záchranná služba hlavního města Prahy, IČO 00638927, se sídlem Korunní 2456/98, 101 00 Praha (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky s názvem „Licence Microsoft“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 30. 3. 2021 uveřejněním výzvy k podání nabídek (dále jen „**výzva**“) na profilu zadavatele pod systémovým číslem P21V00191338 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle čl. 2.1 výzvy ve znění Vysvětlení, změny nebo doplnění výzvy k podání nabídek č. 3 ze dne 23. 4. 2021 (dále jen „**vysvětlení č. 3**“) „*poskytnutí licencí společnosti Microsoft (dále také ‚MS‘) a souvisejících služeb v licenčních programech Cloud Service Provider (dále také ‚CSP‘), Select Plus (dále také ‚LSP‘) a Enterprise Agreement (dále také ‚EA‘). Součástí plnění jsou i konzultační služby, kdy členové realizačního týmu musí doporučit zadavateli v průběhu účinnosti uzavřené smlouvy optimální a pro zadavatele nejvýhodnější kombinace různých licencí v různých programech společnosti Microsoft v rámci postupného přechodu mezi programy s dosažením maximální úspory nákladů. Náklady na poskytnutí těchto služeb jsou součástí každého nákupu licencí, jdou k plné tíži dodavatele.*“.
3. Lhůta pro podání nabídek byla prostřednictvím vysvětlení č. 3 stanovena do dne 25. 5. 2021 do 12:00 hodin. V uvedené lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel celkem 2 nabídky, a to nabídku dodavatele DNS a.s., IČO 25146441, se sídlem Na Strži 1702/65, 140 00 Praha 4 (dále jen „**dodavatel DNS**“) a nabídku dodavatele PREDNY SLM s.r.o., IČO 07972571, se sídlem Veselá 169/24, 602 00 Brno (dále jen „**dodavatel PREDNY SLM**“).
4. Rozhodnutím o výběru dodavatele ze dne 10. 6. 2021 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele DNS. Následně dne 30. 6. 2021 uzavřel zadavatel s tímto dodavatelem rámcovou smlouvu o poskytnutí licencí (dále jen „**rámcová smlouva**“).
5. Úřad po přezkoumání dokumentace o zadávacím řízení k veřejné zakázce, na základě obdržených stanovisek zadavatele a Úřadem oslovených společností a vlastního zjištění (viz body 9 až 47 odůvodnění napadeného rozhodnutí) získal pochybnost o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to zda se obviněný nedopustil přestupku spočívající v netransparentnosti zadávacích podmínek, což současně způsobovalo porušení § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace (podrobně bod 48 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad proto zahájil řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0479/2022/VZ.
6. Dnem 21. 10. 2022, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému, bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), zahájeno správní řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 31. 1. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0479/2022/VZ, č. j. ÚOHS-04345/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku tím, že stanovil zadávací podmínky v rozporu se zásadou transparentnosti, když prostřednictvím vysvětlení č. 3 učinil takovou změnu zadávacích podmínek, na základě které připustil dodání licencí druhotných (tj. licencí z volného trhu). Současně však zadavatel

ponechal požadavek uvedený v čl. 2.1 výzvy na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a souvisejících služeb v licenčních programech Cloud Service Provider (dále jen „CSP“), Select Plus (dále jen „LSP“) a Enterprise Agreement (dále jen „EA“), skrze které jsou poskytovány pouze licence nové, čímž se stanovené zadávací podmínky staly netransparentní. Dotčený požadavek uvedený v čl. 2.1 tak fakticky neumožňoval plnění veřejné zakázky skrze druhotné licence. Současně ponechaný požadavek na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a souvisejících služeb v licenčních programech CSP, LSP a EA, a dále požadavek uvedený v čl. 4.4 výzvy, aby dodavatel poptávaného předmětu plnění byl držitelem statusu, resp. disponoval platným potvrzením statusu Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR, představují porušení § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace, jelikož vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže pro dodavatele zamýšlející dodat druhotné licence. Druhotné licence k produktům společnosti Microsoft a související služby se totiž neposkytují, resp. nemohou poskytovat v uvedených licenčních programech a dodavatelé nemusí být za účelem dodání těchto licencí držiteli výše uvedených statusů. Zadavatel uzavřel rámcovou smlouvu.

8. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku pokutu ve výši 70 000 Kč a výrokem III mu uložil uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
9. Úřad se k výroku I v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve obecně vyjádřil ke způsobu stanovení zadávacích podmínek, přičemž také připomněl, že i v souvislosti se stanovením zadávacích podmínek je zadavatel povinen dodržovat základní zásady zakotvené v § 6 zákona ve všech fázích zadávacího řízení. Úřad ze způsobu stanovení zadávacích podmínek zadavatelem a z jeho vyjádření shledal, že zadavatel původně zamýšlel prostřednictvím veřejné zakázky nabýt nové licence k produktům společnosti Microsoft. Podle názoru Úřadu zadavatel tím, že prostřednictvím vysvětlení č. 3 připustil též možnost dodání druhotných licencí, se snažil zajistit možnost širší soutěže a získat ekonomicky nejvýhodnější plnění. Ovšem zadavatel podstatnou část zadávacích podmínek i po této změně ponechal v jejich původním znění, a to včetně požadavku na dodání veškerých licencí právě prostřednictvím licenčních programů CSP, LSP či EA, tj. programů, jimiž dochází k dodání licencí nových. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky tak, že se staly vnitřně rozpornými, protože způsob stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky nelze shledat jednoznačným a srozumitelným. Zadávací podmínky takto stanovené nemohly dostát nárokům vyplývajícím z ustanovení § 6 odst. 1 zákona, jelikož neposkytují jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, které z požadavků zadavatele jsou pro dodavatele relevantní a jaké nabízené plnění bude zadavatelem akceptováno. Současně Úřad uvedl, že zadávací podmínky byly v konečném důsledku stanoveny tak, že bezdůvodně omezovaly hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, neboť dodání plnění přes licenční programy CSP, LSP a EA a povinnosti být držitelem statusů Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR *de facto* vylučují možnost dodání druhotných licencí.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 15. 2. 2023 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad obviněného z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 31. 1. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

11. Obviněný se předně v rozkladu vyjádřil k relevantnímu trhu a má za to, že na relevantním trhu Evropské unie jsou desítky, ne-li stovky, dodavatelů technologií Microsoft.
12. Zadavatel je toho názoru, že jeho postupem nebylo zasaženo do hlavního zákonem chráněného zájmu, tedy nedošlo k narušení či ovlivnění hospodářské soutěže. Právě naopak, zadavatel v rámci zadávacího řízení na základě vysvětlení č. 3 umožnil dodávky tzv. druhotných licencí, čímž fakticky rozšířil počet možných dodavatelů o ty, kteří nedodávají nové licence.
13. Zadavatel ze skutečnosti, že obdržel více nabídek (dvě), vyvozuje určitost a jasnost zadávacích podmínek, kdy dodavatel PREDNY SLM, účastníci se zadávacího řízení, předložil nabídku na dodání druhotných licencí, která nebyla zadavatelem vyřazena pro nesplnění zadávacích podmínek, ale pouze nebyla ekonomicky nejvýhodnější.
14. Dále zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že by neměl představu o předmětu veřejné zakázky. Zadavatel se v průběhu celého zadávacího řízení držel své potřeby pořídit licence společnosti Microsoft. K rozšíření předmětu veřejné zakázky o možnost dodání „druhotných“ licencí přistoupil až na základě námitek dodavatele PREDNY SLM a po připomínkách od zřizovatele. Dle těchto vyjádření byly následně upraveny zadávací podmínky. Právě z důvodu, že zadavatel není odborníkem na distribuční modely společnosti Microsoft a různá obchodní řešení, přidal jako součást plnění i konzultační služby. Podle zadavatele takto definovaný předmět plnění měl zabezpečit bezproblémový chod a dostupnost jeho systémů, jichž část je součástí kritické infrastruktury. V návaznosti na zajištění kritických systémů, by zadavatel nasazoval na jejich provoz pouze systémy pořízené přes oficiální distribuci, tedy v souladu s požadavky na distribuční kanály a certifikaci distributora. Pro nekritické systémy, tj. běžnou práci uživatelů na vybraných zařízeních, zadavatel bral „druhotné licence“ jako doplnění.
15. Zadavatel považoval argumenty dodavatele PREDNY SLM pro rozšíření o druhotné licence za opodstatněné a způsobilé přinést větší ekonomickou výhodnost a pouze reagoval na základě námitek tohoto dodavatele na prostředí trhu. Pokud však byla možnost dodání druhotných licencí vyloučena, tak tvrzení dodavatele PREDNY SLM o možnosti dodat tyto licence bylo nepravdivé. Jelikož tento dodavatel dobrovolně podal nabídku, kde rámcová smlouva o poskytnutí licencí obsahuje všechny požadavky zadavatele a je elektronicky podepsaná tímto dodavatelem, zadavatel tak neměl pochybnosti o správnosti svého postupu při rozšíření okruhu možných dodavatelů. Pokud by došlo k uzavření rámcové smlouvy s tímto dodavatelem, pak by zadavatel ověřil reálnost budoucího plnění.
16. Zadavatel dále v rozkladu podotýká, že výrobcem požadovaných softwarových produktů je společnost Microsoft Corporation a softwarové produkty jsou autorským dílem a jejich užití musí být v souladu s licenčními podmínkami výrobce. Zadavatel k ochraně autorských práv tvrdí, že zákon není nadřazen ochraně autorských práv, a tedy zadavatel nesmí připustit neoprávněné užití jím poptávaných produktů v rozporu s podmínkami držitele, případně vykonavatele autorských práv. Dle zadavatele jako jedinou možností jak ověřit, že produkty budou dodány v souladu s podmínkami držitele, bylo vyžadovat účast v programech výrobce. Zadavatel stanovil zadávací podmínky tak, aby ani jednu z uvedených norem neporušil.
17. Zadavatel považuje napadené rozhodnutí za vnitřně rozporné, neboť většina důkazů a tvrzení prokazují, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem a legislativou v oblasti ochrany

autorských práv a duševního vlastnictví. Nicméně Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí opačné závěry.

18. Zadavatel konstatuje, že dodavateli PREDNY SLM byla umožněna účast v zadávacím řízení, přičemž jeho nabídka splňovala zadávací podmínky a zadavatel jeho nabídku hodnotil.
19. Dále se zadavatel vyjadřuje k jednotlivým bodům napadeného rozhodnutí. Dle zadavatele v bodě 24 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjádření společnosti MICROSOFT s.r.o., IČO 47123737, se sídlem Vyskočilova 1561/4a, 140 00 Praha (dále jen „**společnost MICROSOFT s.r.o.**“) potvrzuje, že nastavené zadávací podmínky by mohly splnit desítky či stovky dodavatelů.
20. Z bodu 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel vyvozuje správnost svého postupu, když z vyjádření společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha (dále jen „**společnost T-Mobile Czech Republic a.s.**“) plyne, že zadavatel může mít specifické požadavky na způsob dodání, který zajišťuje bezpečnost dodaných licencí.
21. Zadavatel dále k bodu 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že splnil dikci uváděnou Úřadem, že přesně specifikoval předmět plnění – licence Microsoft, distribuované příslušným kanálem, a to za podmínek obsažených v licenčních smlouvách chránících autorská práva společnosti Microsoft a předem definovanou cenu z oficiálního ceníku.

Závěr rozkladu

22. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

23. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byla podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumána správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
25. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí zrušeno a správní řízení zastaveno.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

K vymezení předmětu plnění a souvisejících služeb

26. Na začátek pro přehlednost a srozumitelnost tohoto rozhodnutí je třeba specifikovat některé pojmy jako softwarová licence, licenční programy CSP, LSP a EA a Software Assurance.
27. Softwarová licence je ve své podstatě právní nástroj, jímž je nabyvateli licence primárně umožněno užívat daný software v souladu se soukromým právem, přičemž v praxi existují jak

licence nové, tak i druhotné (použité), které již byly jednou na trh uvedeny a je s nimi za dodržení stanovených podmínek dále obchodováno. Licence k softwarové rozmnoženině představuje právo nabyvatele této licence užívat softwarovou rozmnoženinu v souladu s licenčními podmínkami výrobce softwaru. Toto právo se používáním nijak nespotežbovává, ani neopotežbovává, jeho rozsah a obsah zpravidla zůstává totožný bez ohledu na délku používání či počet převodů licence (pokud neplyne z ujednání poskytovatele a nabyvatele licence jinak). Tedy z toho plyne závěr, že v případě nových i druhotných licencí tak lze z hlediska formy užití hovořit jako o technicky shodném produktu, jenž spočívá v získání oprávnění užívat poptávaný software (podrobně body 320 až 322 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25008/2021/500/Alv ze dne 26. 7. 2021 (dále jen „**sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ**“).

28. Dále licenční programy CSP, LSP a EA jsou zjednodušeně řečeno obchodní modely společnosti Microsoft, které spočívají ve vztahu této společnosti a jejích partnerů, kteří mají právo prodávat licence společnosti Microsoft za určitých specifických podmínek. Tyto licenční programy se od sebe liší jak skladbou produktů, které je možné v rámci nich pořídit (např. cloudové služby – MS Cloud Healthcare AO Tenant Sub jsou dostupné jen v rámci EA), tak i svými podmínkami (viz body 20 až 23 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Současně platí, že licence skrz tyto licenční programy jsou oprávněni zákazníkům dodávat jen partneři společnosti Microsoft autorizovaní pro daný konkrétní licenční program. Společnost MICROSOFT s.r.o. v této souvislosti ve své odpovědi ze dne 23. 5. 2022 uvedla, že výhradně držitelé statusu Microsoft Licensing Solution Partner jsou oprávněni dodávat licence v rámci programů LSP a EA a držitelé statusu Microsoft Cloud Solution Provider jsou oprávněni dodávat licence v rámci programu CSP. **Držitelství uvedených statusů tedy potom znamená oprávnění obchodovat s licencemi prostřednictvím dotčeného programu.**
29. Software Assurance představuje „*doplňkovou službu od společnosti Microsoft. Software Assurance lze zakoupit v rámci multilicenčních řešení pouze prostřednictvím autorizovaných distribučních kanálů, zejména s ‚novými‘ licencemi, a obecně lze říct, že je nelze zakoupit dohromady s licencemi z volného trhu. Software Assurance umožňuje kdykoli přejít na nejnovější verze produktů za předpokladu, že během platnosti služby došlo k vydání nové verze softwarového produktu, ke kterému se aktivní SA vztahuje. Přináší i jiné specifické výhody a možnosti všem zákazníkům, kteří se rozhodli softwarové produkty pokrýt službou SA*“¹. Dle vyjádření společnosti MICROFOST s.r.o. ze dne 23. 5. 2022 se jedná o specifickou službu, která v rámci údržby zajišťuje organizacím přístup k aktuálním verzím a technickou podporu.
30. V nyní posuzovaném případě Úřad shledal v postupu zadavatele jeden přestupek, přičemž v rámci jednoho skutku shledal dva druhy porušení zákona, a to jednak porušení transparentnosti ve způsobu stanovení zadávacích podmínek a současně porušení § 36 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace. V další části tohoto rozhodnutí budou tato dvě porušení zákona pro přehlednost přezkoumána odděleně, neboť představují relativně samostatná pochybení.

¹ Pozn. předsedy Úřadu, tyto informace jsou obsahem článku dodavatele PREDNY SLM na webové stránce <https://prednyslm.eu/cs/software-assurance>, přičemž Úřad je učinil součástí spisu pod položkou č. 45

K otázce transparentnosti zadávací dokumentace

31. V šetřeném případě Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí shledal netransparentnost zadávacích podmínek ve způsobu jejich stanovení. Zadavatel totiž vysvětlením č. 3 připustil kromě dodání nových licencí i dodání licencí druhotných, avšak zároveň v zadávacích podmínkách ponechal požadavek uvedený v čl. 2.1 výzvy na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a na poskytnutí souvisejících služeb v licenčních programech CSP, LSP a EA, skrze které jsou dle zjištění Úřadu poskytovány pouze licence nové, a tedy dle Úřadu zadávací podmínky fakticky ve výsledku dodání druhotných licencí vlastně neumožňují. Z toho dle Úřadu plyne netransparentnost, neboť není jasné, zda lze druhotné licence dodat, či nikoliv. K tomu lze uvést, že ačkoli z výše uvedeného jistě plyne otázka, jakým způsobem mají dodavatelé druhotných licencí naplnit požadavek zadavatele formulovaný v čl. 2.1 výzvy, nelze v šetřeném případě bez dalšího pouze na základě této skutečnosti činit mechanicky závěr o nezákonnosti postupu zadavatele. Rozhodnou otázkou v tomto případě je, zda způsob stanovení zadávacích podmínek mohl být pro dodavatele na trhu v oblasti IT nečitelný, nejednoznačný, tedy netransparentní.
32. Úřad se v odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjádřil ke způsobu nabytí licencí, přičemž zjistil, že dodání licencí společnosti Microsoft a souvisejících služeb přes licenční programy CSP, LSP a EA a požadavky na disponování příslušnými statusy ze strany dodavatelů jsou požadavky zadavatele, které je dle Úřadu možné naplnit pouze v souvislosti s dodáním licencí nových. Dále Úřad uvedl, že zadavatel změnou upravil zadávací podmínky tak, že sice připustil dodání druhotných licencí, avšak ponechal jediný možný způsob dodání poptávaného plnění, a to skrze konkrétní oficiální distribuční programy společnosti Microsoft, které jsou určeny toliko pro dodání licencí nových a licence druhotné se skrze ně neposkytují a nemohou poskytovat (konkrétně body 81 až 87 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
33. Následně Úřad v bodu 87 odůvodnění napadeného rozhodnutí shledal, že *„[r]ozpor v zadávacích podmínkách, který tímto způsobem vznikl, zapříčinil, že z takto stanovených podmínek plnění veřejné zakázky nebylo možné **objektivně jednoznačně seznat, zda zadavatel ve svém důsledku skutečně připustil i možnost dodání druhotných licencí, tedy zda bylo možné případné plnění veřejné zakázky uskutečnit též dodáním druhotných licencí, a v případě, že ano, jakým způsobem by bylo reálně možné v důsledku k zajištění dodání těchto druhotných licencí přistoupit při současné potřebě naplnění podmínky jejich dodání prostřednictvím některého z uvedených licenčních programů, tj. oficiálních distribučních kanálů společnosti Microsoft**“* (pozn.: zvýraznění doplněno). Úřad tedy zadávací dokumentaci interpretoval tak, že není jasné, zda je dodavatel oprávněn druhotné licence k plnění této veřejné zakázky vůbec dodat.
34. Úřad přitom vyšel ze závěru o faktické nemožnosti plnění a nepřipustil ani teoretickou možnost, že by si dodavatel obchodující s druhotnými licencemi mohl smluvně ujednat se společností Microsoft takové podmínky, které by mu umožnily dodat druhotné licence skrze tyto oficiální distribuční programy. Úřad tedy tuto možnost vyloučil. Zadavatel přitom jasně vztáhl požadavky na dodání licencí v licenčních programech a na dispozici příslušnými partnerskými statusy i na druhotné licence, protože tyto požadavky považoval za esenciální (v dodání licencí skrze licenční programy spatřoval nesporné výhody). To plyne z následujících skutečností.

35. Zadavatel ve výzvě řádně definoval svou potřebu dodat licence k produktům společnosti Microsoft a související služby v licenčních programech CSP, LSP a EA. Následně dne 12. 4. 2022 byla doručena zadavateli žádost o vysvětlení zadávacích podmínek, přičemž součástí této žádosti byly i námitky proti zadávacím podmínkám. Na základě této žádosti zadavatel upravil zadávací podmínky tak, že výslovně upustil od požadavku na dodání pouze nových licencí a do předmětu plnění začlenil i konzultační služby, které mu měly zaručit, že dodání různých licencí v různých z výše uvedených programů společnosti Microsoft bude pro něho ekonomicky výhodné. Dále zadavatel do zadávacích podmínek doplnil pravidlo, že „*v případě dodávky licencí, kdy jejich prvním nabyvatel nebude zadavatel, je dodavatel povinen prokázat právní čistotu jejich vlastnictví/převodu - doklady jednoznačně prokazujícími, že: První nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv (...)*“. Zadavatel se vložením předmětného článku do zadávacích podmínek snažil ošetřit rizika, která by mu mohla v souvislosti s dodávkou druhotných licencí vzniknout (k tomu viz rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ).
36. Ze způsobu, jakým zadavatel zadávací podmínky upravil, zcela nepochybně vyplývá, že od svého požadavku na dodání licencí v předmětných licenčních programech zadavatel neupustil, a tedy že tento požadavek stanovený ve výzvě dále trvá. Zároveň se z vysvětlení č. 3 také jasně podává, že zadavatel naopak umožnil dodání druhotných licencí. O obou těchto skutečnostech není ani ve zdejším případě sporu. Nevzniká tedy pochybnost, zda dodavatelé mohli nebo nemohli druhotné licence dodat. Na tuto otázku poskytují zadávací podmínky jasnou odpověď – mohli.
37. Základem toho, co Úřad obviněnému vytýká, je však v podstatě spíše pochybnost o tom, zda si dodavatelé uměli představit praktickou realizaci dodávky druhotných licencí v licenčních programech a poskytnutí s tím souvisejících služeb, když k dodávce druhotných licencí tyto licenční programy nejsou určeny. Jak bylo výše uvedeno, Úřad zastává názor, že požadavek zadavatele na dodání licencí a souvisejících služeb v licenčních programech CSP, LSP a EA fakticky vylučuje dodání druhotných licencí (viz např. body 91 a 95 napadeného rozhodnutí). Z toho Úřad vyvozuje, že není jasné, zda jsou dodavatelé vůbec oprávněni druhotné licence v této veřejné zakázce dodat.
38. Pokud společnost Microsoft skutečně neumožňuje dodat druhotné licence v předmětných licenčních programech, nepůjde patrně o nemožnost objektivního charakteru, ale spíše o nemožnost subjektivní, založenou na obchodní politice této společnosti. V takovém případě není vyloučeno, že se dodavatelům druhotných licencí podaří přesvědčit společnost Microsoft k tomu, aby za určitých podmínek umožnila dodávání druhotných licencí v těchto programech. Jakou konkrétní podobu by taková spolupráce měla mít, o tom nelze nyní spekulovat. Je jisté, že by musela nějakým způsobem reflektovat povahu druhotných licencí, z níž plyne, že je to primárně převodce licence (dodavatel), který má zásadní vliv na obsah závazkového právního vztahu se zadavatelem, pokud jde například o cenu a další podmínky převodu. Na druhou stranu, zřejmě není samotnou povahou druhotné licence vyloučeno, aby mohl dodavatel druhotné licence pro své zákazníky dojednat poskytování určitých služeb ze strany společnosti Microsoft. To už je záležitost skutečně spíše obchodně-politická. Tedy poskytování druhotných licencí v licenčních programech nepředstavuje objektivně nemožné plnění, resp. alespoň to nebylo Úřadem prokázáno. Jde spíše o praxi, která teoreticky může být uplatňována, nicméně dosud tomu tak nebylo.

39. Zadávací podmínky ve znění, v jakém je zadavatel nastavil, požadují dodání licencí v předmětných licenčních programech proto, že zadavatel považuje z řady důvodů takovýto druh dodávky za výhodný, jak je podrobněji rozebráno níže. Zadávací podmínky umožňují alternativu dodání druhotných licencí, ale to skutečně pouze za splnění podmínky, že licence budou dodány v licenčních programech, neboť zadavatel neprojevil vůli vzdát se výhod, které mu dodávka licencí v licenčních programech poskytne. Alternativní možnost spočívající v dodání druhotných licencí je tedy jakousi pojistkou toho, že do zadávacího řízení budou mít přístup právě i dodavatelé druhotných licencí, pokud svoje plnění budou schopni (např. na základě obratné obchodní strategie) uzpůsobit potřebám zadavatele, který klade důraz na výhody spojené s licenčními programy. Jestli je taková varianta prakticky proveditelná, to už zadavatel ponechává na těchto dodavatelích a jejich obchodní strategii. Skutečnost, že zadavatel umožňuje jako alternativu rovněž takové plnění, které se mnohým může zdát jako nerealizovatelné, ale odborně zdatný podnikatel ho teoreticky může být schopen poskytnout, neznamena, že zadavatel jedná netransparentně.
40. Zadavatel ve zdejší případě skutečně trval na výhodách spojených s dodávkou licencí v licenčních programech a dodávku druhotných licencí umožnil pouze za účelem rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů. O tom svědčí následující skutečnosti.
41. Zadavatel zadávacími podmínkami vymezil svoji představu o veřejné zakázce, která zahrnuje poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft v licenčních programech CSP, LSP a EA. Svou potřebu poskytnout licence skrze licenční programy CSP, LSP a EA odůvodnil např. ve vyjádření k podnětu ze dne 15. 6. 2021, kde uvedl, že zvolení daného distribučního kanálu bylo učiněno z důvodu ekonomických benefitů (vysoutěžení slevy z ceníku) a produktového benefitu (otevření možnosti čerpání v programu EA a získání licencí poskytovaných pouze právě v rámci tohoto programu).
42. Zadavatel v čl. 5.1 výzvy popsal způsob zpracování nabídkové ceny, přičemž nabídková cena má vycházet z oficiálního ceníku společnosti Microsoft pro licenční program CSP, licenční program LSP a také pro licenční program EA, který je dostupný partnerům společnosti Microsoft. Zadavatel dále stanovil, že pro objektivní posouzení nabídek a následné hodnocení uvede dodavatel cenu za následující produkty Microsoft 365 E3 a Windows Server 2019 Standard s uvedením ceníkové ceny, procentuální výše slevy oproti ceníku a koncové (nabídkové) ceny. Dle zadavatele takto stanovený způsob zpracování nabídkové ceny zajistí, že všichni účastníci budou vycházet ze stejných cen a bude tak možné objektivně hodnotit výši nabízené slevy. Z výše uvedeného způsobu sestavení nabídkové ceny vyplývá, že zadavatel chtěl mít představu o tom, kolik může ušetřit v závislosti na dodavatelem poskytnuté slevě.
43. Dle zadavatele „*pouhou nabídkou licence z volného trhu nelze dostát základní premise této veřejné zakázky, neboť nelze garantovat ani dostupnost požadovaného množství a druhu produktů, ani možnou slevu pro jednotlivé objednávky*“. Zadavatel uvedl, že v případě nabídky dodavatele PREDNY SLM, kde daný dodavatel bude vycházet z okamžité situace na trhu s danou komoditou, by mohl být vystaven nejistotě, zda požadované licence budou vůbec na trhu druhotných licencí dostupné, případně v jakém množství a za jakou cenu. Tyto obavy zadavatele je možno považovat za relevantní, jelikož se jedná o rámcovou smlouvu, kde některá konkrétní specifika plnění (licence a související služby) budou známa až později v pětiletém časovém horizontu.

44. Dále zadavatel ve svém vyjádření ze dne 1. 7. 2022 rovněž uvedl, že „*lze přejít z programů CSP a LSP do programu EA při splnění aktuálně platných podmínek výrobce softwaru. Zadavatel uvedl, že pokud by potřeboval Software Assurance či jiné obdobné služby, pořídil by licence z oficiálních kanálů společnosti Microsoft. Z tohoto důvodu trval na licenčních programech CSP, LSP a EA*“. Tento názor zadavatele podpořilo i vyjádření společnosti T-Mobile Czech Republic a.s. ze dne 15. 6. 2022, dle kterého druhotné licence nelze předprodávat se službou Software Assurance, neboť se jedná o benefity nepřenosné (viz bod 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Tato informace plyne i z vyjádření společnosti MICROSOFT s. r. o ze dne 23. 5. 2022, která uvedla, že licence včetně služby Software Assurance lze zakoupit jen v rámci licenčních programu LSP a EA.
45. Vzhledem k uvedenému lze říci, že požadavek na poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft a souvisejících služeb (např. doplňkovou službu Software Assurance nebo cloudové služby) v licenční programech CSP, LSP a EA zjevně vychází z určité potřeby zadavatele, neboť ten se snažil nejenom o ekonomicky nejvýhodnější nabídku (vyjednat co nejlepší slevu z oficiálního ceníku), ale také o kompletní plnění (i s možností služby Software Assurance či cloudových služeb). Tato potřeba byla všem potenciálním dodavatelům zjevná ze zadávací dokumentace. Důvody uváděné zadavatelem pro zakotvení požadavku na dodání licencí v rámci licenčních programů nejsou předmětem tohoto řízení o přestupku, neboť Úřad zadavateli nevytýká, že tyto požadavky pro dodávku licencí obecně stanovil bezdůvodně. S ohledem na to, že tyto požadavky jsou v jádru racionální a také na to, že zadavatel je provozovatelem kritické infrastruktury, nelze vyloučit, že by tyto důvody obstály. Pro nyní posuzovaný případ je stěžejní způsob možného vnímání těchto zadávacích podmínek potenciálními dodavateli. Všechny dosud uvedené skutečnosti měly za cíl vytvořit ucelenou představu o tom, co zadavatel svými původními zadávacími podmínkami poptával. Zadavatel požadoval licence k produktům společnosti Microsoft v licenčním programem CSP, LSP a EA a tento požadavek byl promítnut do dalších zadávacích podmínek. Zadavatel ani v průběhu celého správního řízení nevybočil ze své argumentace, že tento požadavek jakož i požadavek, aby byl dodavatel držitelem statusu Microsoft Licensing Solution Partner pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR, je pro něho klíčový.
46. Následně zadavatel na základě námitek PREDNY SLM připustil i možnost dodat druhotné licence, avšak jako další alternativní řešení, neboť nadále setrval z důvodů uvedených výše na požadavku poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft v licenčních programech CSP, LSP a EA a požadavku na statusy Microsoft Licensing Solution Partner pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR. K tomu je nutno doplnit závěr z vyjádření společnosti MICROSOFT ze dne 23. 5. 2022, že „*licence v rámci konkrétního licenčního programu jsou oprávněni dodávat zákazníkům jen partneři společnosti Microsoft autorizovaní pro tento konkrétní licenční program. Například výhradně držitelé statusu Microsoft Licensing Solution Partner („LSP“) jsou oprávněni dodávat licence v rámci programů LSP a EA. Držitelé statusu Microsoft Cloud Solution Provider jsou pak oprávněni dodávat licence v rámci programu CSP.*“ Odborně zdatnému dodavateli obchodujícímu s licencemi (bez ohledu na to, zda jde o dodavatele obchodujícího s originálními licencemi nebo s licencemi druhotnými) muselo být zřejmé, že předmětné statusy se pojí s dodáním licencí v rámci licenčních programů CSP, LSP a EA. Nelze tak pochybovat o výkladu zadávacích podmínek, pokud jde o způsob dodání licencí, neboť zadavatel požadoval licence skrze uvedené licenční programy. Zadavatel tak stanovil

zadávací podmínky jasně a srozumitelně. Bylo již na tomto dodavateli, jakožto odborníku v dané oblasti, jak s těmito informacemi naloží a zda v zadávacím řízení podá nabídku. To se v případě dodavatele PREDNY SLM také stalo a zadavatel nabídku předloženou dodavatelem PREDNY SLM hodnotil.

47. Zadavatel pro naplnění své potřeby autoritativně netrval na dodání originálních licencí, ale připustil i teoretickou možnost dodat druhotné licence s tím, že nadále požadoval oficiální distribuční kanály a povinnost být držitelem statusu Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR.
48. Na tomto místě je třeba zdůraznit, že není na zadavateli, aby za dodavatele domýšlel způsob, jakým naplní požadavky kladené zadavatelem na předmět plnění. Zadavatel nemusí mít povědomí o všech možných způsobech řešení daného zadání či o vztazích potenciálních dodavatelů mezi sebou navzájem či o jejich vztazích s ostatními subjekty na trhu, například se společností Microsoft. Zadavatel připustil na základě námitek dodavatele PREDNY SLM i možnost dodat licence z volného trhu pouze jako další možnou alternativu plnění s tím, že předem ohraničil v zadávacích podmínkách způsob dodání licencí, tj. přes licenční programy CSP, LSP a EA, aby měl zaručeny související služby, které poskytuje společnost Microsoft, čímž jsou např. cloudové služby nebo Software Assurance v rámci licenčního programu EA. Jestli se nakonec podaří dodavatelům druhotných licencí se společností Microsoft dojednat takové podmínky, aby mohli prostřednictvím zmíněných programů poskytovat i druhotné licence, to zadavatel ponechal na těchto dodavatelích a tuto hypotetickou cestu jim v zadávacích podmínkách neuzavřel.
49. Vzhledem k uvedenému lze učinit závěr, že zadávací podmínky nebyly stanoveny nečitelně, neurčitě či nejednoznačně, neboť potenciální dodavatelé mohli mít jasnou představu o tom, co zadavatel požaduje a jak jsou nastaveny zadávací podmínky.
50. Zde je třeba připomenout, že nyní vedené správní řízení je řízením o přestupku, tudíž přezkum v řízení o rozkladu je vázán čistě na pochybení, které konstatoval Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí. Nelze tak posuzovat, zda byly požadavky zadavatele na dodání licencí v licenčních programech a s tím spojené požadavky na dispozici příslušným partnerským statutem v obecné míře důvodné, neboť toto Úřad neučinil součástí popisu stíhaného skutku.
51. Konstantní rozhodovací praxe Úřadu i správních soudů klade důraz na to, aby požadavky zadavatele byly v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným, a hlavně konkrétním a předem jasně určitelným způsobem. Požadavky zadavatele musí být stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat prostor pro pochybnosti či nejistotu. Zadavatel i dodavatel PREDNY SLM četli sporné zadávací podmínky stejným způsobem, a to tak, že zadavatel požaduje poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft v licenčních programech a také, že dodavatel musí mít status Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR. K tomu lze odkázat na námítky dodavatele PREDNY SLM ze dne 10. 5. 2021.

K otázce diskriminace

52. Úřad druhou část výroku I napadeného rozhodnutí koncipoval tak, že tím, že zadavatel ponechal v zadávacím řízení podmínku dodat licence skrze licenční programy CSP, LSP a EA

a také povinnost být držitelem výše jmenovaných statusů, ve svém důsledku omezil hospodářskou soutěž, když *de facto* vylučuje dodavatele zamýšlející dodat druhotné licence, které ovšem zadavatel do zadávacího řízení rovněž připustil. Zadávacího řízení se tak vlastně mohou účastnit dvě skupiny dodavatelů (1. dodavatelé originálních licencí, 2. dodavatelé sekundárních licencí), přičemž požadavek na dodání licencí v rámci licenčních programů a požadavek na předmětné partnerské statusy má smysl pouze u první z těchto skupin, neboť druhá z nich z podstaty věci licence v rámci předmětných programů nedodává, a nemá tedy ani smysl po ní požadovat, aby disponovala příslušnými partnerskými statusy, které se pojí právě s uvedenými programy (body 94 a 95 napadeného rozhodnutí). Zadavatel dle Úřadu ani nezdůvodnil, jaké výhody by uvedené požadavky měly u druhotných licencí přinést, když pro dodavatele druhotných licencí nejsou z podstaty věci relevantní (bod 96 napadeného rozhodnutí). Úřad v tomto postupu zadavatele shledal porušení § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace.

53. Problém výše uvedených úvah Úřadu spočívá v tom, že Úřad setrvává na názoru, že dodání druhotných licencí v citovaných licenčních programech zkrátka není objektivně možné. Co je a co není možné v těchto programech dodat, však vyplývá z konkrétní obchodní politiky společnosti Microsoft, která může podléhat změnám v závislosti na situaci na trhu. Samozřejmě, je tu značná pravděpodobnost, že tato společnost dodání druhotných licencí v citovaných programech nepřipustí, ale na druhou stranu, pokud zadavatel tuto možnost chce nechat dodavatelům otevřenou, není taková úvaha zcela iracionální. Hypoteticky tedy dodání druhotných licencí vyloučeno není, byť konkrétní obrysy praktického uskutečnění takového podniku se nyní mohou zdát ještě mlhavými. Požadavek na dodání licencí v licenčních programech a požadavek na dispozici partnerskými statusy tak platí pro obě skupiny dodavatelů stejně. Jediný rozdíl mezi nimi je ten, že druhá skupina dodavatelů byla do zadávacího řízení připuštěna v rámci ohledu na zachování hospodářské soutěže s tím, že může rovněž usilovat o podání takové nabídky, která požadavkům zadavatele vyhoví, namísto toho, aby jí to bylo apriorně znemožněno požadavkem na dodávku pouze prvotních licencí.
54. Pokud jde o otázku, jaké benefity může dodání druhotných licencí v licenčních programech zadavateli přinést, pak půjde o takové benefity, které dodání licencí v předmětných programech přináší obecně a které nejsou vyloučeny povahou druhotné licence. Teoreticky si tedy lze představit např. služby poskytované v návaznosti na licenci, podaří-li se jejich poskytování dodavatelům dojednat i pro případ druhotných licencí, jak již bylo výše rozebráno. Potom je nicméně lichý závěr Úřadu (bod 96 napadeného rozhodnutí), že sporné podmínky nepřinášejí, resp. obecně ani nemohou přinést ve spojení s druhotnými licencemi žádnou výhodu. Takové výhody potenciálně existují. Nicméně proto, že Úřad zkoumal porušení zásady diskriminace právě pouze na základě mylného východiska, že druhotné licence ani teoreticky v licenčních programech dodat nelze (a v tom spatřoval diskriminační působení požadavku zadavatele na dispozici příslušnými partnerskými statusy na skupinu dodavatelů druhotných licencí, na které je takto kladen údajně bezdůvodný požadavek), jsou jeho závěry tímto vyvráceny. Jiná otázka je, jestli jsou benefity spojené s dodáním licencí (obecně, bez rozlišení, zda jde o licence nové či druhotné) v licenčních programech dostatečným důvodem proto, aby zadavatel požadoval dodání licencí výhradně v licenčních programech. To ovšem nebylo předmětem úvah Úřadu a Úřad to ani neučinil součástí popisu stíhaného skutku. Není tak třeba, aby Úřad tuto otázku v tomto správním řízení dále šetřil.

55. Ve vztahu k zásadě zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 2 zákona je třeba uvést, že její podstata spočívá v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Tento zákaz ovšem nelze chápat absolutně, neboť je nutno vždy brát v potaz odůvodněné potřeby a požadavky zadavatele veřejné zakázky. Zadávací podmínky by tedy měly být koncipovány tak, aby byla zaručena spravedlivá soutěž mezi dodavateli schopnými veřejnou zakázku realizovat, ale také, aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Je tedy zřejmé, že po zadavateli nelze požadovat, aby zadávací podmínky měly vždy na všechny dodavatele stejný dopad. Zadavatel je proto oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude určitá skupina dodavatelů z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku vyloučena. Diskriminační by pak byl takový postup, při kterém by zadavatel prostřednictvím zadávacích podmínek znemožnil některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, ačkoliv by tito dodavatelé byli způsobilí veřejnou zakázku řádně realizovat v souladu s jeho potřebami. V daném případě vyšlo najevo, že sporné zadávací podmínky nebyly netransparentní, neboť zadavatel za předem daných podmínek specifikoval způsob dodání licencí. Úřad se ani nezabýval tím, zda byly důvody zadavatele pro požadavek na poskytnutí licencí v licenčních programech v CSP, LSP a EA objektivně odůvodněné, pouze v bodě 95 odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil závěr, že pokud připustil možnost dodat druhotné licence v rozsahu stanovených podmínek, nedůvodně omezil možnou soutěž dodavatelů s druhotnými licencemi. Tedy nelze zde ani učinit závěr, že by zadavatel bezdůvodně vytvořil překážky hospodářské soutěže.
56. Pokud jde o celkový obsah zadávacích podmínek a posouzení toho, zda byly požadavky zadavatele na dodání licencí obecně v licenčních programech stanoveny diskriminačním způsobem nebo zda byly tyto zadávací podmínky přiměřené, není tato otázka předmětem přezkoumávaného případu a předseda Úřadu k ní nemůže zaujmout stanovisko, neboť výrok napadeného rozhodnutí byl koncipovaný odlišně a tuto otázku nereflekoval.
57. Úřad v tomto případě hovoří o tom, že zadavatelem požadované plnění je nemožné, což evokuje závěr o objektivní nemožnosti (to by připadalo v úvahu např. v případě, že by zadavatel požadoval plnění nemožné z důvodu fyzikálních zákonů), ale jde spíše o „nemožnost“, která je způsobená smluvní politikou určitého dodavatele, tedy spíše o praxi, která není zavedena či která určitý postup nezná. Hovořit o nemožnosti požadovaného plnění tak není přiléhavé.
58. V nyní posuzovaném případě argumentace Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí stojí pouze na tom výkladu zadávacích podmínek, že fakticky nelze dodat druhotné licence v licenčních programech CSP, LSP a EA, s čímž souvisí i další požadavek mít status Microsoft Licensing Solution Partners pro ČR a Microsoft Cloud Solution Provider pro ČR, aniž by Úřad připouštěl teoretickou možnost, že dodavatel druhotných licencí si v rámci své obchodní politiky může smluvně ujednat se společností Microsoft takové podmínky.
59. Lze tedy shrnout, že zadávací podmínky jednak nebyly stanoveny netransparentním způsobem, a jednak ani neměly diskriminační efekt ve smyslu toho, že by zadavatel bezdůvodně vyloučil některé dodavatele z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku. Důvodnost požadavku na dodání licencí v licenčních programech a na dispozici dotčenými partnerskými statusy v obecné míře předmětem přezkumu nebyla.

60. S ohledem na skutečnost, že Úřad zde konstatuje naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, musí jeho závěry o stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem stát především na přesvědčivých a jasných argumentech. Podobně jako v trestním řízení musí i ve správním řízení o přestupku platit zásada presumpce nevinny a zásada *in dubio pro reo*. Uvedené zásady požadují jednoznačné prokázání případné viny a souvisejí zejména s požadavkem zjištění stavu věci bez důvodných pochybností, a to v rozsahu, který je nezbytný pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 3 správního řádu. K zásadě *in dubio pro reo* se výstižně vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn 2 As 20/2006 ze dne 31. 10. 2006 takto: „V sankčním řízení platí, že nelze vyvodit odpovědnost za spáchání přestupku nebo správního deliktu jinak než tím, že správní orgán zjistí spolehlivě skutkový stav a pochybení odpovědného subjektu postaví najisto. Opačný postup, kdy by subjekt správního řízení mohl být shledán odpovědným za naplnění skutkové podstaty přestupku či správního deliktu jen na základě formálních dedukcí a závěrů, by byl protiprávní a protiústavní, protože by popíral obecnou zásadu ‚in dubio pro reo‘, která musí být respektována nejen v trestním, ale i ve správním řízení.“
61. V daném případě jsou důvodné pochybnosti ve vztahu ke skutku zadavatele, a to konkrétně k tomu, zda skutečně nastavil zadávací podmínky tak nejasně, že to mohlo způsobit nejistotu zájemců o účast v zadávacím řízení při řešení otázky, jaké zadávací podmínky zadavatel požaduje. V případech, kdy existují rozumné pochybnosti o relevantních skutkových okolnostech (zde o skutečnosti, že zadavatel nastavil zadávací podmínky s takovou mírou nejasnosti, že to způsobilo jejich netransparentnost), nelze tyto skutečnosti v souladu s výše uvedenou zásadou *in dubio pro reo* považovat za prokázané, a tedy rozhodnout v neprospěch zadavatele. Zároveň není ve zdejším případě prostor pro další dokazování. Současně nebylo žádným způsobem prokázáno, že by požadavky zadavatele na předmět plnění působily **bezdůvodné** překážky hospodářské soutěže či byly diskriminační.
62. Na závěr je třeba připomenout, že jde o případ poměrně specifický a nelze jej zobecnit natolik, že jím má být potvrzen případný postup zadavatelů, kteří by pouze „na oko“ připouštěli alternativy, které jsou víc než nepravděpodobné. Ve zdejším případě však o takto ryze teoretickou či snad „fantazijní“ alternativu jít nemusí, a proto v souladu se zásadou *in dubio pro reo* bylo shledáno, že k vytýkanému porušení zákona nedošlo.

Shrnutí

63. V postupu zadavatele, který umožnil dodání druhotných licencí za podmínek jasně předem stanovených, tak nelze spatřovat porušení zásady transparentnosti. Z tohoto důvodu je třeba uvést, že výrok I napadeného rozhodnutí je nutno zrušit a správní řízení zastavit, neboť ve výroku I vymezený přestupek se nestal.
64. K výroku II napadeného rozhodnutí je třeba říci, že výrok o pokutě (trestu) je existenčně závislý na výroku o spáchání přestupku (tedy výroku o vině), neboť určení druhu a výměry trestu je dle § 93 odst. 1 písm. e) zákona o odpovědnosti za přestupky podmíněno existencí odsuzujícího výroku. Jelikož z důvodů uvedených výše je třeba zrušit výrok I napadeného rozhodnutí, tedy výrok o vině, není dán důvod pro uložení pokuty. Proto je nutno zrušit rovněž výrok II napadeného rozhodnutí a ze stejných důvodů je nutno zrušit i výrok III napadeného rozhodnutí.

Obiter dictum

65. V této části je třeba nejdříve připomenout, že správnost a zákonnost postupu zadavatele je nutné vždy posuzovat s ohledem na specifika konkrétního šetřeného případu. Otázka pořízení softwarových licencí, coby předmětu plnění veřejné zakázky, byla doposud Úřadem řešena pouze minimálně, v poslední době *de facto* pouze v řízením vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ, č. j. ÚOHS-25008/2021/500/Alv ze dne 26. 7. 2021 (dále jen „**nové prvostupňové rozhodnutí**“). V dané věci bylo vydáno druhostupňové rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0240/2020/VZ, č. j. ÚOHS-08483/2021/161/JSu ze dne 8. 3. 2021 (dále jen „**rozhodnutí předsedy Úřadu**“), které rušilo rozhodnutí prvního stupně č. j. ÚOHS-40365/2020/500/ISo ze dne 15. 12. 2020 (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“), po kterém následovalo nové prvostupňové rozhodnutí, které již nebylo předsedou Úřadu věcně posouzeno, neboť podaný rozklad byl vzat zpět dříve, než o něm bylo rozhodnuto. Je však nutné pro budoucí zadavatelskou praxi vyzdvihnout některé skutečnosti, jež byly v uvedených rozhodnutích posuzovány.
66. Je třeba připomenout, že je to zadavatel, kdo určuje své potřeby, jež chce uspokojit prostřednictvím veřejné zakázky. Úřad nemá být arbitrem toho, co zadavatel poptává, ale toho, zda zadavatel postupuje v souladu se zákonem, v tomto případě tedy zejména v souladu se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace, pokud zadavatel požaduje konkrétní způsob plnění (ať už požaduje pouze originální licence, pouze druhotné licence či umožňuje obojí). Zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, ale také aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele (k tomu viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 3. 2023, sp. zn. 31 Af 6/2022).
67. Žádné ze shora uvedených rozhodnutí Úřadu (předsedy Úřadu) nelze vykládat takovým způsobem, že by buď bylo vyloučeno poptávat pouze originální licence anebo že by to naopak bylo možné činit vždy.
68. Původní prvostupňové rozhodnutí bylo postaveno na závěrech, že licence nové a licence druhotné mohou být kvalitativně odlišné, tedy že s pořízením druhotných licencí jsou spojeny časové, finanční a odborné náklady a s tím spojená rizika, včetně rizik reputačních. Úřad zejména zdůraznil, že zadavatel je v případě **softwarového auditu povinen jak u nových, tak u druhotných licencí prokázat jejich oprávněné nabytí a užívání** (zvýrazněno předsedou Úřadu). To v případě druhotných licencí staví zadavatele do horšího důkazního postavení, neboť je odkázán na důkazní prostředky a prohlášení osob (původních držitelů licencí a přepronejčů) o legálnosti daných licencí. Jako podklad pro tento závěr si Úřad vyžádal vyjádření od subjektů působících na trhu IT, jejichž předmětem byl převážně výklad obsahu licenčních ujednání týkajících se ať softwaru samého, tak jeho správy. Předseda Úřadu pak nesouhlasil zejména s tím, že se na výklad právního jednání dotazoval Úřad třetích subjektů, když měl v této věci primárně posoudit znění licenčních podmínek sám, jsou-li známy, a teprve poté případně objasňovat a posuzovat rizika, která dle zadavatele u druhotných licencí vznikají. **Nebyl však předsedou Úřadu učiněn závěr, že taková rizika neexistují, či nejsou důvodná.** Současně bylo v rozhodnutí předsedy Úřadu uvedeno, že: *„Samotná obava z vadného plnění nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže, není-li u konkrétního plnění závažný důvod předpokládat jeho vady. Pokud by se pak u konkrétního plnění prokázalo zvýšené riziko vadného plnění, je nutno zohlednit, v rámci zachování co nejširší hospodářské*

soutěže, zda má zadavatel nástroje, jak toto riziko odstranit, či minimalizovat.“. To ostatně odpovídá závěrům již shora citovaného rozsudku.

69. V závazném právním názoru pak předseda výslovně uvedl: „*Pokud Úřad dospěje k tomu, že nové a druhotné licence představují kvalitativně srovnatelné plnění a že existuje i jiný způsob, jak si ošetřit případné obtíže při softwarovém auditu, je třeba si položit otázku, jestli lze po zadavateli takový postup požadovat (rovněž s ohledem na zásadu přiměřenosti). Pokud by tvorba konkrétní zadávací podmínky, nebo tvorba smluvní dokumentace byla excesivně náročná, nelze zadavateli vytýkat to, že takto nepostupoval.*“
70. V novém prvostupňovém rozhodnutí pak Úřad provedl další dokazování, které se zaměřilo na důvody, které zadavatel uváděl jako důvody pro požadavek pouze prvotních licencí. Z obdržených odpovědí oslovených zadavatelů umožňujících dodání i licencí druhotných Úřadu vyplynulo, že rozhodnou skutečností je obzvláště stanovení požadavků na doložení legálnosti nabytí a užívání dotčeného software (převážně ve smyslu splnění podmínek vycházejících z rozsudku SDEU ve věci C-128/11), kdy vhodné se jeví i jejich zanesení do textu smlouvy (konkrétních smluvních ujednání). Obecně tedy bylo shrnuto, že zadavatelem uváděné důvody lze právně ošetřit a nečiní zcela zásadní překážku umožnění dodávání i druhotných licencí. Úřad tedy uzavřel, že tvrzené časové, finanční a odborné náklady a s tím spojená rizika, včetně rizik reputačních u druhotných licencí nemohou obstát jako důvod pro omezení hospodářské soutěže ve prospěch prvotních licencí.
71. Současně však Úřad připustil, že prvotní licence mohou být spojeny s dalšími službami či výhodami, které druhotné licence nabídnout nemohou (k tomu např. bod 368 nového prvostupňového rozhodnutí). To však nebylo předmětem posouzení v dané věci. Stejně tak je vhodné připomenout, že Úřad uvedl, že pro různé druhy licencí mohou existovat různé požadavky, a zadavatel tak může v rámci jedné veřejné zakázky rozlišit produkty, kde poptává výlučně nové licence, a produkty, kde na nich netrvá (neboť pro to nejsou relevantní důvody) – k tomu viz odst. 378 nového prvostupňového rozhodnutí. Ani Úřad v tomto rozhodnutí tedy výslovně nevyloučil možnost zadavatelů poptávat výhradně prvotní licence.
72. K výše uvedeným rozhodnutím je tedy třeba uvést zejména to, že stále platí, že stejně jako u jiných plnění musí zadavatel, pokud svými požadavky (např. přímo na originální licence či na jisté služby, které k licencím poptává) omezuje hospodářskou soutěž, prokázat, že toto omezení vychází z jeho legitimních potřeb odůvodněných předmětem veřejné zakázky, a že tedy nejde o omezení bezdůvodné. Jak judikoval Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 29 Af 53/2019 ze dne 30. 9. 2021 „*(...) zadavatel je oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku, pokud ovšem zadavatel takto omezí hospodářskou soutěž, musí unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protežování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami. Zadávací podmínky nesmí omezit hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodňováním nebo znevýhodňováním určitých hospodářských subjektů, nemá-li příslušná zadávací podmínka oporu v legitimních (odůvodněných) potřebách zadavatele. Principiálně by tedy hospodářská soutěž měla být podporována, nikoli bez legitimních a dostatečných důvodů omezována*“. Lze tedy uzavřít, že **pokud zadavatel přesvědčivě odůvodní potřebu dodání licencí nových a prokáže, z jakého důvodu nelze jeho potřebu naplnit licencemi druhotnými,**

kteřé jsou z hlediska technického shodným produktem, či z jakého důvodu požaduje poskytnutí licencí spolu s dalšími službami, nebude se jednat o nepřiměřený požadavek, tj. požadavek v rozporu se zákonem. Důvodnost takových požadavků však doposud nebyla předmětem ani jednoho z uvedených rozhodnutí Úřadu.

VI. Závěr

73. Ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích předseda Úřadu přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v plném rozsahu a současně přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu. Po zvážení všech aspektů dané věci dospěl k tomu, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, neboť ve věci nejsou dány důvody pro uložení sankce, a nastala tak situace předpokládaná ustanovením § 257 písm. f) zákona. Vzhledem k výše uvedenému předseda Úřadu rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

Zdravotnická záchranná služba hlavního města Prahy, Korunní 2456/98, 101 00 Praha

Vypraveno dne

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