



UOHSX009N02W

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu

Brno: 19. května 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 30. 3. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023 -039633,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017

pod ev. č. 2017/S 023 -039633, postup stanovený pro vyřizování námitek dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, když rozhodnutím ze dne 21. 3. 2017 o námitkách stěžovatele – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 – jež byly zadavateli doručeny dne 6. 3. 2017, odmítl námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) uvedeného zákona, protože nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 citovaného zákona, přestože výše uvedený stěžovatel byl osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 citovaného zákona, a přitom se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil ani k následujícím námitkám stěžovatele ohledně:

- požadavku zadavatele uvedeného v bodě 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a v příloze č. 1 návrhu smlouvy na nákup v edici Technical Support Plus u softwarových technologií od společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc u kterých zadavatel požaduje zajištění technické podpory, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: *„Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.“*,
- požadavku zadavatele uvedeného v čl. IX. „Vlastnické právo a právo užití“ odst. 3 návrhu smlouvy na udělení výhradní licence k plnění poskytnutému dle čl. III. „Předmět smlouvy“ odst. 2 písm. ci) „Change Services“ návrhu smlouvy, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: *»Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«*

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 uvedeného zákona, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 3. 2017 o námitkách uvedeného stěžovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ruší** rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 3. 2017 o námitkách stěžovatele – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 – učiněné v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023 -039633.

III.

Zadavateli – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0123/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 – ze dne 30. 3. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 1. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023 - 039633.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 – ukládá

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČO 66002222, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), dne 30. 1. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění technické podpory k produktům využitých v IS NEN“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 2. 2017 pod ev. č. Z2017-002879 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 2. 2017 pod ev. č. 2017/S 023-039633 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.4) „*Stručný popis*“ oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: „*Předmětem této veřejné zakázky je zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky pro HW a SW technologie uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci.*“.
3. Dne 6. 3. 2017 dodavatel – Tender systems s.r.o., IČO 29145121, se sídlem náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) – doručil zadavateli své námítky z téhož dne proti zadávací dokumentaci (dále jen „námítky“). Rozhodnutí o námítkách ze dne

21. 3. 2017, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl, bylo navrhovateli doručeno dne 22. 3. 2017 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 30. 3. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Současně s návrhem na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele navrhovatel požádal o vydání předběžného opatření podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), s tím, aby Úřad zadavateli uložil „*zákaz pokračování zadávacího řízení*“ a „*zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení*“.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 správního řádu, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 30. 3. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele téhož dne.
6. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-11262/2017/533/HKu ze dne 3. 4. 2017.
8. Dne 7. 4. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-11895/2017/533/HKu, kterým zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-12229/2017/533/HKu ze dne 13. 4. 2017 Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona, pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
10. Žádostí č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-12774/2017/533/HKu ze dne 20. 4. 2017 se Úřad dotázal společnosti Tesco SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc (dále jen „společnost Tesco SW a.s.“) o sdělení následujících informací:
- jaké podmínky musí splňovat společnost, která má zájem stát se obchodním nebo implementačním partnerem společnosti Tesco SW a.s., a za jak dlouho od podání žádosti zájemce o vstup do partnerského programu společnosti Tesco SW a.s. může nejdříve dojít k podpisu „partnerské smlouvy“,
 - zda zájemce, který se stane partnerem společnosti Tesco SW a.s. na základě partnerské smlouvy, může poskytovat technickou podporu k produktům společnosti Tesco SW a.s., příp. zda technickou podporu k produktům společnosti Tesco SW a.s. může poskytovat i společnost, která není partnerem společnosti Tesco SW a.s. a za jakých podmínek,

- zda pořízení technické podpory pro produkty společnosti Tesco SW a.s. v edici Technical Support Plus je u společnosti Tesco SW a.s. běžně dostupné, příp. jaké podmínky musí zájemce při pořízení uvedené edice splňovat.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-13624/2017/533/HKu ze dne 27. 4. 2017 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
 12. Dne 3. 5. 2017 nahlédl Ing. Juraj Šomoši, zástupce zadavatele, na základě pověření ze dne 3. 5. 2017 do příslušného správního spisu.
 13. Dne 4. 5. 2017 nahlédl Ing. David Horký, zástupce navrhovatele, na základě plné moci ze dne 3. 5. 2017 do příslušného správního spisu.

OBSAH NÁVRHU

14. Podle názoru navrhovatele jsou požadavky zadavatele specifikované v zadávacích podmínkách na veřejnou zakázku vymezeny v rozporu se zákonem, čímž je navrhovateli fakticky znemožněna účast v zadávacím řízení, přestože má na získání veřejné zakázky zájem. Navrhovatel v plném rozsahu odkazuje na své námitky ze dne 6. 3. 2017 a upozorňuje, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách neuvedl žádné konkrétní a věcné důvody, jimiž by se vypořádal s námitkami navrhovatele.
15. Navrhovatel namítá diskriminační, netransparentní a nerovné zadávací podmínky a domnívá se, že tyto jednoznačně zvýhodňují společnost Tesco SW a. s., resp. subjekty personálně, obchodně či jinak napojené na společnost Tesco SW a. s., která se podílela na vzniku Informačního systému Národního elektronického nástroje (IS NEN) a která je zároveň, dle vyjádření navrhovatele, jeho současným provozovatelem. Zadavatel tak dle navrhovatele porušil ustanovení § 36 odst. 1 zákona.
16. Navrhovatel cituje z čl. 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace a dále uvádí, že na str. 3 zadávací dokumentace v tabulce 1 nazvané „Přehled SW technologií, pro které je požadováno zajišťování technické podpory na dobu 395 dní od data zadání veřejné zakázky“ jsou mj. uvedeny softwarové produkty společnosti Tesco SW a. s.: TSC CryptoID, TSC NEN Framework, TSC NEN SilverLight, TSC NEN LightWeb, TSC FAMA EAI+. Navrhovatel má za to, že tento software, zejména TSC CryptoID a TSC FAMA EAI+, jsou proprietární uzavřená řešení, nástroje a platformy. Navrhovatel uvádí, že tento software je aplikován pouze na několika projektech společnosti Tesco SW a. s. a není jako ostatní zadavatelem specifikovaný software od společností IBM, Symantec nebo Oracle universální, otevřený a celosvětově široce rozšířený. Dodává, že produkty společnosti Tesco SW a. s. jsou úzce omezenou platformou (věcně, personálně i územně), s omezeným a úzkým užitím pouze ve vztahu k několika řešením poskytovaným společností Tesco SW a. s., zejména pak ve vztahu k IS NEN. Navrhovatel dále doplňuje, že výše uvedená softwarová společnost Tesco SW a. s. vyvinula a vlastní k nim i veškerá licenční práva, přičemž není známa žádná jiná podobná společnost, která poskytuje tyto zadavatelem požadované produkty společnosti Tesco SW a. s. (licence), či je schopná zajistit podporu k těmto produktům. Podle názoru navrhovatele určuje společnost Tesco SW a. s. k těmto produktům cenovou politiku, a tedy má vliv na to, kdo bude moci poskytovat plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Dále navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že zadavatel požaduje v zadávacích podmínkách pro produkty společnosti Tesco SW a. s. nákup v edici Technical Support Plus, což podle názoru

navrhovatele znamená podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW a. s. Navrhovatel dodává, že předmětná edice není z veřejných zdrojů ani dohledatelná. Navrhovatel vyjadřuje obavy, že okruh účastníků zadávacího řízení je tak již předem vymezen.

17. Navrhovatel zmiňuje, že důvěryhodnost zadavatele vzala za své kvůli předchozímu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“, který byl řešen v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0453,S0658/2016. Dále navrhovatel odkazuje bez dalšího na rozhodnutí Úřadu vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0290/2015. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky nese společné rysy s postupem zadavatele v rámci veřejné zakázky „Analýza, aktualizace technické specifikace NEN a implementace zákona o zadávání veřejných zakázek do IS NEN“ a že i v tomto případě jsou zadávací podmínky diskriminační.
18. Navrhovatel dále reaguje na argumentaci zadavatele v rozhodnutí o námitkách, dle níž pro všechny softwarové produkty existuje dostatečně široký okruh dodavatelů pro zachování hospodářské soutěže. Navrhovatel dále u společností uvedených na webových stránkách společnosti Tesco SW a. s. v rámci tzv. partnerského programu popisuje vlastnické struktury a fakta dohledatelná ve Veřejném rejstříku, sbírce listin, či cituje z rozhodnutí Úřadu vydaného ve správním řízení S0453,S0658/2016. Navrhovatel rovněž zpochybňuje tvrzení zadavatele, že všechny software specifikovaný v zadávací dokumentaci je využíván ve více aplikacích, než jen v IS NEN a odkazuje na „Zprávu o auditu operace sp. zn. Č.j.: MF-18450/2015/5203-9 ze dne 17. 12. 2015“, ze které vyplývá, že se zadavatel dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a. s. (resp. závislosti na jeho produktech) vlastní vinou.
19. Dále navrhovatel uvádí, že nastavení zadávacích podmínek nelze zhojit ani možností podat společnou nabídku, nebo možností využít pro plnění veřejné zakázky poddodavatele, neboť o tom, kdo podá nabídku, by dle navrhovatele vždy rozhodovala společnost Tesco SW a. s. nebo její partneři, kteří jsou s ní majetkově a personálně propojeni.
20. Navrhovatel má rovněž pochybnosti o samotném požadavku zadavatele na předmět plnění. Navrhovatel má za to, že licence k softwaru, pro které zadavatel požaduje technickou podporu, by měly být v držení zadavatele. Navrhovatel má pochybnosti v tom smyslu, že zadavatel buď soutěží znovu licence, které již vlastní, nebo že se fakticky dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a. s. tím, že licence k jejím produktům nemá. Podle navrhovatele dále není zřejmé, k jakému konkrétnímu stavu má být technická podpora poskytována a ani mu není známo, k jakému datu končí stávající technická podpora a kdo ji poskytuje.
21. Dále navrhovatel namítá neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek uvedených v čl. 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace (shodně v příloze č. 1 zadávací dokumentace – čl. VII. odst. 6 závazného návrhu smlouvy): „*V případě, že plnění předmětu této Smlouvy vyžaduje v některých případech uhrazení poplatků spojených s obnovením přerušené podpory, je toto součástí předmětu plnění této Smlouvy a bude uhrazeno ze strany Poskytovatele.*“. Navrhovatel má za to, že dodavatelům není známo, v jakém rozsahu případné obnovení přerušené podpory nastane a kolik bude stát, z čehož dovozuje, že vzhledem k této nejasnosti nejsou dodavatelé schopni s uvedenou skutečností kalkulovat

a zahrnout ji do nabídkové ceny. Dodává, že není ani zřejmé, zda má zadavatel v současné době zajištěnu podporu k některým produktům uvedeným v zadávací dokumentaci.

22. Za další problematický bod navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy: „*Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla Uživatelem*“. Navrhovatel upřesňuje, že uvedený požadavek se týká úpravy technologií dle požadavků zákazníka (Change services) a že je tento požadavek přiřazen jako technická podpora i k softwarovým produktům společnosti Tesco SW a. s. Navrhovatel uvádí, že výhradní licenci upravuje ustanovení § 2360 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. U děl, jako jsou jedinečné počítačové programy, je dle navrhovatele pojmově nemožné, že více autorů vytvoří totožný výtvar, a výhradní licenci tak může poskytnout pouze autor tohoto programu. Navrhovateli se jeví jako nestandardní, že dodavatel poskytne zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří, podle názoru navrhovatele, nejasnost o stavu licencování produktů a vnáší do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti. Navrhovatel upozorňuje, že se zadavatel k uvedené zadávací podmínce v rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil, resp. zda jsou dodavatelé v souladu s právním řádem České republiky vůbec schopni a oprávněni dostát závazku uvedenému v čl. III. odst. 2, písm. ci) návrhu smlouvy.
23. Z textu rozhodnutí o námitkách navrhovatel dovozuje, že zadavatel nedisponuje licencemi k softwarovým řešením, na kterých je postaven IS NEN, k čemuž uvádí, že vzhledem k této skutečnosti nemohou jiní dodavatelé (pokud nejsou partneři společnosti Tesco SW a. s.) tyto produkty poskytnout. Dodává, že pokud je každé z možných zadavatelem uváděných řešení plnění veřejné zakázky (zakoupení licencí, zakoupení případné obnovy přerušené podpory, zakoupení nové podpory nebo kombinace těchto řešení) závislé na vůli tzv. vendorů a každé z uvedených řešení je jinak finančně náročné, je otázkou porovnatelnost jinak finančně náročných řešení.
24. Navrhovatel dále namítá některé další nejasné skutečnosti:
- Na základě jakého úkonu podle zákona byly dne 20. 2. 2017 uveřejněny dokumenty s názvy „*příloha č. 1 zadávací dokumentace_po 1. změně*“ a „*Zadávací dokumentace_po 1. změně*“? Navrhovatel uvádí, že z žádného dokumentu není zřejmé, jakým způsobem tyto dokumenty mění nebo doplňují původní zadávací dokumentaci, a tedy nemůže být postaveno najisto, že úprava zadávací dokumentace neimplikuje prodloužení lhůty pro podání nabídek.
 - Jaká je výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky a jakým způsobem ji zadavatel stanovil (když dle zadávacích podmínek nabídková cena nesmí přesáhnout 100 mil. Kč včetně DPH)?
 - Jaký je stávající dodavatel, popř. dodavatelé technické podpory k produktům uvedeným v tabulce č. 1 a 2 zadávací dokumentace a na základě jaké smlouvy?
 - Z jakého důvodu zadavatel nerozdělil veřejnou zakázku na části?

- Jaké konkrétní osoby se podílely na vypracování zadávací dokumentace a pokud se na vypracování zadávací dokumentace podílely i osoby odlišné od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, z jakého důvodu nebyl jejich výčet dle § 36 odst. 4 zákona uveden v zadávací dokumentaci?
 - Zda zadavatel realizoval před zahájením zadávacího řízení předběžné tržní konzultace ve smyslu § 33 zákona?
25. K názoru zadavatele, že navrhovatel je neoprávněnou osobou k podání návrhu, navrhovatel konstatuje, že s ohledem na diskriminační, nerovné a netransparentní zadávací podmínky nemohl podat nabídku, a to ani v souladu s doporučením zadavatele v rozhodnutí o námitkách, s využitím poddodavatele nebo společně s jiným dodavatelem.
26. Závěrem navrhovatel uvádí, že považuje za prokázané, že zadavatel porušil § 6 odst. 1 zákona, § 36 odst. 1 zákona, § 33 a § 36 odst. 4 zákona. Navrhovatel uvádí, že popsáním postupem zadavatele mu vznikla újma, neboť nemůže do zadávacího řízení na veřejnou zakázku podat nabídku, a dále mu v důsledku řečeného hrozí újma v rozsahu ztráty z výnosů ze získání veřejné zakázky. Navrhovatel závěrem navrhuje, aby Úřad zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku zrušil.

VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

27. Ve vyjádření k návrhu, které bylo Úřadu doručeno dne 10. 4. 2017, zadavatel uvádí, že předmětem veřejné zakázky je poskytování plnění vztahující se k již existujícímu systému, přičemž technickou podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty může poskytovat vždy jen partner příslušného „vendra“ pro konkrétní produkt. Dodává, že jinak nelze technickou podporu poskytovat, neboť takto je obecně nastaven model podpory výrobců softwaru a hardwaru. Zadavatel je přesvědčen, že pro všechny požadované softwarové produkty existuje dostatečně široký okruh dodavatelů. Zadavatel upřesňuje, že všechny software uvedené v zadávací dokumentaci je využíván ve více aplikacích, než jen v IS NEN, a že u všech těchto produktů existuje dostatečně široký okruh poskytovatelů podpory. Dodává, že v případě zájmu jakéhokoli dodavatele stát se obchodním partnerem některého z vendorů, může tak učinit prostřednictvím partnerských politik, které jsou na webových stránkách vendorů uveřejněny, a to u každého z vendorů, na jehož produkty zadavatel požaduje technickou podporu.
28. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že odůvodnění zadavatele v rozhodnutí o námitkách neodpovídá faktickému stavu, a upřesňuje, že na webových stránkách společnosti Tesco SW a. s. je kromě seznamu partnerů uveřejněna i partnerská politika této společnosti, přičemž možnost stát se obchodním, implementačním či jiným partnerem není nijak omezena. Zadavatel považuje uvedené tvrzení navrhovatele za spekulativní a nepodložené a v této souvislosti upozorňuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 74/2010 ze dne 21. 6. 2012 a uvádí, že v případě posuzovaném Krajským soudem v Brně skutečně došlo k faktické diskriminaci navrhovatele, kterou byl navrhovatel schopen doložit. V případě šetřeného zadávacího řízení však podle názoru zadavatele o žádnou diskriminaci nejde, neboť specifika této veřejné zakázky vychází z objektivních potřeb zadavatele a navrhovatel žádnou diskriminaci nedokládá, nýbrž o ní v návrhu pouze spekuluje.

29. Zadavatel dodává, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky od dvou dodavatelů, přičemž ani jeden z těchto dodavatelů není uveden na daném seznamu partnerů. Zadavatel má za to, že podle informací uvedených v obchodním rejstříku nejsou tito dodavatelé nikterak majetkově či personálně propojeny, a to ani se společností Tesco SW a. s., ani s partnery jmenované společnosti uvedenými v návrhu navrhovatele.
30. K námitkám navrhovatele týkajících se nejasnosti a neúplnosti vymezení technických podmínek účasti v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že zajišťování podpory pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty je obecně umožněno pouze prostřednictvím „vendorů“ – čili výrobců těchto produktů, kteří poskytnou příslušné „licence“ a konkrétní cenové podmínky svým partnerům podle toho, o jaký produkt se u konkrétního objednatele jedná. Jakýkoliv potenciální účastník zadávacího řízení tak, podle názoru zadavatele, musí při přípravě nabídky nutně spolupracovat s těmito vendory, kteří při stanovení cenových podmínek mohou zohlednit i případné poplatky spojené s přerušáním, resp. znovuoobením podpory, neboť je jim taková skutečnost známa. Zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace byla zpracována tak, aby zadavatel obdržel co nejvýhodnější cenovou nabídku za požadované plnění, přičemž nebylo specifikováno, jakou formou požaduje zadavatel toto plnění zajistit – zda zakoupením licencí, zakoupením případné obnovy přerušené podpory, zakoupením pouze nové podpory nebo kombinací těchto možností pro jednotlivé komponenty. Zadavatel se domnívá, že omezením řešení plnění by mohlo dojít k omezení hospodářské soutěže. Zadavatel uvádí, že pro přípravu nabídky jsou nezbytné informace, na jaké produkty je požadováno zajištění technické podpory a na jakou dobu je technická podpora požadována. Zadavatel se domnívá se, že stanovení dalších podmínek by mohlo být pro dodavatele omezující.
31. K názoru navrhovatele, že si zadavatel nechal vybudovat IS NEN bez vlastnictví licencí k softwarovým řešením a že se zadavatel nevyjádřil k povinnosti vybraného dodavatele, že poskytovaná licence musí být udělena jako výhradní k plnění poskytnutém dle článku III. odst. 2 písm. ci) návrhu smlouvy, zadavatel uvádí následující. Podle názoru zadavatele nemá uvedená reakce navrhovatele žádný vliv na legálnost postupu při zadání předmětné veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že při zpracování zadávacích podmínek postupoval v souladu s běžnou praxí a že všemi potřebnými licencemi k produktům využívaných v IS NEN disponuje. Upřesňuje, že předmětem veřejné zakázky byl nákup technické podpory k těmto licencím. Zadavatel je přesvědčen, že vzhledem k faktu, že byly podány 2 nabídky, podmínka poskytnutí výhradní licence k plnění dle článku III. odst. 2, písm. ci) návrhu smlouvy neznamena nemožnost účasti v zadávacím řízení.
32. K ostatním namítaným skutečnostem zadavatel uvádí, že dokumenty s názvy „*příloha č. 1 zadávací dokumentace_po 1. změně*“ a „*Zadávací dokumentace_po 1. změně*“ byly uveřejněny dne 20. 2. 2017 na základě změny zadávací dokumentace dle § 99 zákona provedené v souvislosti s žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, která byla zadavateli doručena dne 16. 2. 2017. Změna zadávací dokumentace je vysvětlena v dokumentu nazvaném „*První změna zadávací dokumentace*“, který byl uveřejněn na profilu zadavatele téhož dne, jako výše uvedené dokumenty.
33. K předpokládané hodnotě veřejné zakázky zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota byla stanovena v souladu s § 16 zákona a je věcí obchodní taktiky zadavatele,

zda předpokládanou hodnotu uveřejní či nikoliv. Dodává, že součástí zadávacích podmínek je údaj o maximální nabídkové ceně, která bude zadavatelem akceptována.

34. K námitce nejasnosti týkající se současného krytí technické podpory zadavatel odkazuje na část Ad 2) rozhodnutí o námitkách (pozn. Úřadu: předmětná argumentace je uvedena v odstavci 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a uvádí, že informace byly poskytnuty v dostatečné míře potřebné k podání nabídek.
35. K neuvedení důvodu nerozdělení veřejné zakázky na části dle § 35 zákona zadavatel uvádí, že podle § 217 odst. 2 písm. m) zákona není zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvádět odůvodnění nerozdělení nadlimitní veřejné zakázky na části. Dodává, že důvody nerozdělení veřejné zakázky budou uvedeny v písemné zprávě zadavatele.
36. K námitce týkající se neuvedení osob, se kterými zadavatel konzultoval přípravu zadávací dokumentace, zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje žádné informace, které by vyplývaly z předběžných tržních konzultací. Dodává, že si vlastní kapacitou vyhledal z materiálů, které obsahovaly používané licence, požadovaný předmět plnění.
37. Zadavatel je toho názoru, že návrh byl podán neoprávněnou osobou, k čemuž uvádí následující. Podle informací dostupných webových stránek vendorů není navrhovatel jejich obchodním ani jiným partnerem a vzhledem k povaze přijatých námitek nebyl, podle názoru zadavatele, kontaktován ani případný poddodavatel, který by mohl být partnerem vendorů. Z uvedeného zadavatel dovozuje nemožnost navrhovatele poskytovat zadavatelem požadovanou podporu a následně tak dovozuje nemožnost vzniku újmy navrhovatele. Zadavatel dodává, že navrhovatel je součástí projektu NENEN, který se dlouhodobě zabývá dehonestací projektu NEN. Dále zadavatel uvádí, že navrhovatel je provozovatelem konkurenčního elektronického nástroje pro zadávání veřejných zakázek.
38. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť nebyl podán oprávněnou osobou a zároveň s ohledem na skutečnost, že zadavatel v zadávacím řízení neporušil žádné ustanovení zákona.

VYJÁDRĚNÍ SPOLEČNOSTI TESCO SW a. s. ZE DNE 24. 4. 2017

39. Dne 25. 4. 2017 obdržel Úřad odpověď společnosti TESCO SW a. s. v návaznosti na podanou žádost Úřadu o sdělení informací ze dne 20. 4. 2017.
40. K otázce jaké podmínky musí splňovat společnost, která má zájem stát se obchodním nebo implementačním partnerem společnosti TESCO SW a.s. uvádí, že obchodním nebo implementačním partnerem se může stát jakákoliv fyzická nebo právnická osoba, která projeví zájem o spolupráci, přičemž podmínky jsou obdobné jako u ostatních SW firem (např. Microsoft, Oracle, IBM, atd.). Dále uvádí: *„Obchodní partner má právo prodávat produkty a služby společnosti TESCO SW. Dále je oprávněn poskytovat presale aktivity, případně implementovat produkty společnosti, avšak bez možnosti využívat servisního kanálu. V případě obchodního partnerství stačí oslovit naši společnost s žádostí o nabídku na konkrétní produkt či službu. Pokud chce partner dosáhnout výhodnějších obchodních podmínek (např. zpětné bonusy, delší splatnost, apod.), pak musí uzavřít distribuční smlouvu o prodeji produktu a služeb. Implementační partner má vedle práva prodávat a implementovat produkty a služby, právo využívat servisní kanál pro partnery. Přístup do servisního kanálu umožňuje Partnerovi čerpat služby podpory. V případě implementačního*

partnerství musí Záměce vedle uzavření partnerské smlouvy získat kompetenci pro daný produkt. Kompetence obnáší školení a certifikaci na příslušný produkt. Předpokladem pro partnerství je, že partner respektuje autorskoprávní ochranu produktů společnosti TESCO SW.“.

41. K otázce za jak dlouho od podání žádosti zájemce o vstup do partnerského programu společnosti TESCO SW a.s. může nejdříve dojít k podpisu „partnerské smlouvy“ uvádí: *„V případě obchodního partnerství obdrží Záměce nabídku na konkrétní produkt nebo službu do 1 pracovního dne. V případě zájmu o uzavření distribuční smlouvy se jedná o proces v délce 5 pracovních dnů. Uzavření implementačního partnerství je časově náročnější proces, neboť vyžaduje absolvování certifikační zkoušky na daný produkt. K certifikaci nabízí společnost TESCO SW školení. Školení i certifikační zkouška jsou organizovány na vyžádání do 10 pracovních dnů od zaslání požadavku. Školení i certifikační zkouška je placená aktivita. Po úspěšném složení certifikační zkoušky lze implementační partnerství uzavřít do 5 pracovních dnů.“.*
42. K otázce zda zájemce, který se stane partnerem společnosti TESCO SW a.s. na základě partnerské smlouvy, může poskytovat technickou podporu k produktům TESCO SW a.s., příp. zda technickou podporu k produktům TESCO SW a.s. může poskytovat i společnost, která není partnerem společnosti TESCO SW a.s. a za jakých podmínek, uvádí: *„Jak obchodní partner, tak i implementační partner může poskytovat technickou podporu k produktům TESCO SW a.s. Pouze implementační partner je však oprávněn k přístupu k servisnímu kanálu společnosti TESCO SW a.s. Podobně jako u ostatních SW firem na trhu ICT (např. Microsoft, Oracle, IBM, atd.) může poskytovat technickou podporu i Záměce, který není partnerem TESCO SW a to takovým způsobem, že přeprodá servisní balíček výrobce, tedy společnosti TESCO SW. Je zcela na Záměci, jaký rozsah servisního balíčku si od výrobce objedná a za jakých podmínek a jakými ostatními službami ho bude nabízet dál svým zákazníkům.“.*
43. K otázce zda pořízení technické podpory pro produkty TESCO SW a.s. v edici Technical Support Plus je u společnosti TESCO SW a.s. běžně dostupné, případně jaké podmínky musí zájemce pro pořízení uvedené edice splňovat, uvádí: *„Pořízení podpory v edici Technical Support Plus je běžně dostupné. Jedná se o standardní balíček, který je poskytován celé řadě zákazníků a klientů. Servisní balíček v edici Technical Support Plus je dostupný nejen pro Partnery, ale i ostatní Záměce z trhu. Záměce o servisní balíček v edici Technical Support Plus tak v zásadě nemusí splňovat žádné podmínky.“.*

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

44. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o veřejné zakázce a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při vyřizování námitek navrhovatele, a proto přistoupil ke zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

45. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese

s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.

46. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacím řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
47. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám nevyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
48. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
49. Podle § 245 odst. 3 zákona platí, že zadavatel odmítne rovněž námitky, které
 - a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241,
 - b) jsou podány opožděně, nebo
 - c) nesplňují náležitosti podle § 244.
50. Podle § 263 odst. 1 zákona Úřad není vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.
51. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

K nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

52. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“. Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to,

aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.

53. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno považovat i obecné konstatování, že se namítaného a konkrétně stěžovatelem popsaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Za takové situace není vůbec naplňován smysl institutu námitek, kdy stěžovatel uvádí jasné argumenty (zde není ještě Úřadem hodnoceno, zda důvodné či nikoli), ale zadavatel na tyto konkrétní argumenty nereaguje vůbec či jen povšechně. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
54. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže zadavatel dodavatelům zastřít a nesdělit své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.
55. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na dotčeném trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý

přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č.j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 a v § 263 odst. 5 zákona.

56. Jestliže totiž stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezodpovídá, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kauci) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (a propadnutí navrhovatelem složené kauce státu).
57. Právě s cílem předejít naposledy zmíněným situacím zákonodárce v předmětných zákonných ustanoveních konstruoval takové pojetí vyřizování námitek, které zajišťuje, že stěžovatel nebude na svých právech dotčen neochotou (či snad dokonce neschopností) zadavatele svůj postup racionálně hájit, když však přitom setrvává na tom, že jeho postup je zákonný.
58. Pokud zadavatel, resp. jím vyhotovené odůvodnění rozhodnutí o námitkách, nevyhoví požadavku na přezkoumatelnost, může Úřad v souladu s ust. § 263 odst. 5 zákona uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zadavatel je v takovém případě povinen přezkoumatelným způsobem o námitkách rozhodnout znovu, neboť zákonodárce v předmětném ustanovení formuloval právní fikci, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Takto „podané“ námitky pak nemohou být považovány za opožděné.
59. Se zřetelem na vše shora řečené Úřad předně uvádí, že zadavatel námitky navrhovatele odmítl z důvodu, že dle jeho názoru nebyly podány oprávněnou osobou, k čemuž se stručně vyjádřil, a dílem námitky odmítl i z věcných důvodů. Zadavatel se tedy námitkami, resp. pouze některými, jím vyselektovanými, skutečnostmi uvedených v námitkách, jak bude uvedeno níže, v odůvodnění svého rozhodnutí věcně zabýval. Z textu rozhodnutí o námitkách zadavatele tedy vyplývá, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl dva různé důvody odmítnutí námitek.
60. Úřad obecně uvádí, že za situace, kdy v rozhodnutí o námitkách je zadavatelem uveden více než jeden důvod k odmítnutí námitek, jako např. v přezkoumávaném případě kombinace důvodů pro odmítnutí námitek podle § 245 odst. 2 zákona a § 245 odst. 3 písm. a) zákona,

je třeba pro účely posouzení naplnění podmínky přezkoumatelnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách z hlediska jeho srozumitelnosti a důvodů se zabývat všemi důvody pro odmítnutí námitek. Uvede-li zadavatel jako důvod pro odmítnutí námitek skutečnost podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, pak v takovém případě lze uvedení tohoto důvodu považovat za „podrobné a srozumitelné“ vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách ve smyslu § 245 odst. 1 zákona pouze tehdy, popíše-li své úvahy o tom, že stěžovatel není osobou oprávněnou k podání námitek. Pak je na posouzení, zda bylo lze ze strany zadavatele tento zákonný institut odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona využít a nevyjadřovat se tak úplně a srozumitelně k uplatněným námitkám, jež zpochybňují postup zadavatele např. při zadávání rozhodné veřejné zakázky. Jestliže však důvod pro odmítnutí podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona dán objektivně není, pak zadavatel nemohl využít (nezákonně využil) formálního odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona a musel se zabývat (věcně vypořádat dle § 245 odst. 1 zákona) v námitkách uplatněnými skutečnostmi a výtkami. Jiný postup by dle názoru Úřadu mohl vést k obcházení zákona. Pokud by totiž zadavatel nechtěl námitky vypořádávat, odkazoval by jen na formální důvod uvedený v § 245 odst. 3 písm. a) zákona, přestože ten není dán.

61. S ohledem na výše uvedené se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval tím, zda je naplněn důvod odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona. Jak je uvedeno výše, odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona (zadavatel odmítne námitky, které nejsou podané oprávněnou osobou k podání námitek ve smyslu § 241 zákona) by bylo možno považovat za řádný důvod k odmítnutí námitek (a tím i k nevyjadřování se věcně ke skutečnostem uplatněným v námitkách) pouze v případě, že by byl tento důvod oprávněný, tj. objektivně dán v souladu se zákonem.
62. Z tohoto důvodu se Úřad dále podrobně zabýval tím, zda námitky podané navrhovatelem byly podány oprávněnou osobou podle § 241 zákona a zda tedy důvod uvedený v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je objektivně naplněn.
63. K tomu Úřad uvádí, že podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Podmínky aktivní legitimace k podání námitek jsou tedy uvedeny ve shora citovaném ustanovení zákona. V daném případě se musí jednat o dodavatele dle § 5 zákona a tento musí zároveň specifikovat újmu, která mu postupem zadavatele hrozí či vznikla. Případný stěžovatel tak musí podmínky aktivní legitimace k podání návrhu splnit kumulativně. Stěžovatele (tj. osobu, která je oprávněna k podání námitek) lze tedy s ohledem na zákonnou úpravu definovat jako dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
64. Jak vyplývá z informací uvedených ve Veřejném rejstříku, navrhovatel je společnost s ručením omezeným. Z informací uvedených na internetové stránce www.tendersystems.cz vyplývá, že hlavní činností navrhovatele je výroba a provozování informačních systémů pro elektronické zadávání veřejných zakázek. Na základě těchto informací tedy lze usoudit, že se může jednat o potenciálního dodavatele, resp. potenciálního účastníka zadávacího řízení. Ostatně sám zadavatel ve vyjádření k návrhu uvádí, že navrhovatel je provozovatelem konkurenčního elektronického nástroje a nijak nezpochybňuje, že by předmět činnosti navrhovatele neodpovídal předmětu plnění veřejné zakázky. Co se týká specifikace újmy, resp. povinnosti prokázat vznik újmy, Úřad uvádí, že touto problematikou se podrobně

věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc ze dne 15. 7. 2010, v němž předseda Úřad konstatoval, že „(...) v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.

65. Navrhovatel v námitkách ze dne 6. 3. 2017 uvedl, že újma, která mu v důsledku porušení zákona zadavatelem vznikla nebo hrozí, je újma spočívající v nemožnosti získat veřejnou zakázku a škoda spočívající v případné nabídkové ceně stěžovatele, respektive jeho zisku. Dle Úřadu tak navrhovatel v námitkách újmu zjevně specifikoval a popsal.
66. Jak vyplývá z rozhodnutí o námitkách a konečně i z vyjádření zadavatele k návrhu, takovými úvahami které Úřad výše předestřel, se zadavatel vůbec nezabýval a své závěry o podání námitek, resp. návrhu neoprávněnou osobou vystavěl na stručné argumentaci, že stěžovatel není dle informací dostupných z webových stránek vendorů jejich obchodním ani jiným partnerem, a že stěžovatelem nebyl s největší pravděpodobností kontaktován ani případný poddodavatel, který by mohl být partnerem vendorů a měl by tak oprávnění poskytovat požadované plnění. Zadavatel rovněž uvedl, že v případě nemožnosti stěžovatele poskytovat zadavatelem požadovanou podporu, nemůže u stěžovatele ke vzniku újmy z důvodu nemožnosti získat veřejnou zakázku nikdy dojít. Tvrzená východiska pro závěr zadavatele, že navrhovatel není legitimován k podání námitek (návrhu), jsou však dle Úřadu lichá.
67. Úřad uvádí, že výše uvedená argumentace zadavatele je spekulativní a nekonkrétní. Úřad upozorňuje, že ve vyjádření zadavatele k návrhu, které bylo Úřadu doručeno dne 10. 4. 2017, zadavatel sám uvedl, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky dvou dodavatelů, přičemž dále tvrdí (viz bod 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že ani jeden z těchto dodavatelů není uveden na seznamu partnerů společnosti TESCO SW a.s. Tedy z uvedeného je zřejmé, že skutečnost, zda je určitý dodavatel uveden na seznamu partnerů příslušného výrobce software, nemá zjevně vliv na to, zda je příslušný dodavatel schopen podat nabídku v předmětném zadávacím řízení, což zadavatel vyjádřením k návrhu de facto potvrzuje. Tato skutečnost je však v protikladu s tvrzením zadavatele, kterým zpochybnil aktivní legitimaci stěžovatele, resp. navrhovatele k podání námitek (návrhu) tím, že tento není partnerem vendorů a tedy nemůže poskytovat požadované plnění. Pro úplnost Úřad uvádí, že v průběhu správního řízení obdržel vyjádření společnosti TESCO SW a.s., z něhož mj. vyplývá, že technickou podporu může poskytovat rovněž dodavatel, který není partnerem uvedeného výrobce. Tedy dle Úřadu takový dodavatel zjevně nebude ani uveden na seznamu partnerů příslušného výrobce software.
68. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že navrhovatel splnil podmínky aktivní legitimace k podání námitek dle § 241 odst. 1 zákona a námitky tak byly podány oprávněnou osobou podle § 241 zákona.
69. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené uzavírá, že zadavatel odmítl námitky z důvodu uvedeného v § 245 odst. 3 písm. a) zákona, tj. že nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona neoprávněně, neboť tento důvod pro odmítnutí námitek není ve skutečnosti dán. Je tak zřejmé dle názoru Úřadu, že zadavatel porušil postup stanovený zákonem pro vyřizování námitek.
70. S ohledem na shora vyložené se Úřad zabýval tím, zda rozhodnutí o námitkách – pokud zadavatel, jak bylo prokázáno, nemohl odmítnout námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona

a vyhnout se tak povinnosti vyjádřit se ke všem skutečnostem uváděným stěžovatelem v námitkách, a to v kvalitě předjímané zákonem “podrobně a srozumitelně” – a jeho odůvodnění obsahovalo podrobně a srozumitelně vyložené důvody (reakce) ke všem stěžovatelem namítaným skutečnostem, pro které námitky odmítl. Zadavatel, jak Úřad uvedl již shora, se ke skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách (dále bude vyloženo a posouzeno, že v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, neboť tak neučinil ve vztahu ke všem) vyjadřoval.

71. Na tomto místě tedy Úřad pro úplnost stručně shrnuje obsah námitek navrhovatele, přičemž uvedená argumentace tvořila i podstatnou část návrhu. Navrhovatel ve svých námitkách namítá:

- Diskriminační, netransparentní a nerovné nastavení zadávacích podmínek a domnívá se, že **stávající zadávací podmínky jednoznačně zvýhodňují společnost Tesco SW a. s.**
- Že **softwarové produkty požadované zadavatelem, zejména TSC CryptoID a TSC FAMA EAI+, jsou proprietární uzavřená řešení, nástroje a platformy společnosti Tesco SW**, že tyto softwarové produkty jsou aplikovány pouze na několika projektech společnosti Tesco SW a. s. a nejsou jako ostatní zadavatelem požadované produkty od společnosti IBM, Symantec nebo Oracle universální, otevřené a celosvětově široce rozšířené, používané a dostupné. Dodává, že produkty společnosti Tesco SW a. s. jsou úzce omezenou platformou (věcně, personálně i územně), s omezeným využitím pouze ve vztahu k několika řešením poskytovaným společností Tesco SW a. s., zejména pak ve vztahu k IS NEN. Podle názoru navrhovatele není známa žádná jiná podobná společnost, která poskytuje zadavatelem požadované produkty od společnosti Tesco SW a. s. (licence) či je schopná zajistit podporu k těmto produktům. Navrhovatel je přesvědčen, že **společnost Tesco SW a. s. má vliv na to, kdo bude moci poskytovat plnění**, které je předmětem veřejné zakázky.
- Upozorňuje na skutečnost, že **zadavatel požaduje pro produkty společnosti Tesco SW a. s. nákup v edici Technical Support Plus, což podle jeho názoru znamená podmínku určenou společností Tesco SW a. s.**, přičemž tato edice není ani z veřejných zdrojů dohledatelná.
- Navrhovatel má pochybnosti o samotném požadavku zadavatele na předmět plnění. Má za to, že licence k software měly být součástí předmětu plnění při poskytování samotné platformy IS NEN a licence by tak měly být v držení zadavatele. Navrhovatel má pochybnosti v tom smyslu, že zadavatel buď soutěží znovu licence, které již vlastní nebo že se fakticky dostal do závislosti na společnosti Tesco SW a. s. tím, že licence k jejím produktům nemá. **Podle názoru navrhovatele není zřejmé, k jakému konkrétnímu stavu má být technická podpora poskytována, neboť není známo, k jakému datu končí stávající technická podpora a kdo ji poskytuje.** Dále navrhovatel namítá **neurčitost a nejasnost zadávacích podmínek ve vztahu k poplatkům spojených s přerušением obnovené podpory.**
- Za problematický dále navrhovatel **považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy: „Licence je udělena jako výhradní k plnění**

poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. c) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou,...“.

Navrhovatel se jeví jako nestandardní, že dodavatel poskytne zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří, podle názoru navrhovatele, **nejasnost o stavu licencování produktů a vnáší do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.**

- Nejasné skutečnosti ve vztahu k dokumentům modifikujícím zadávací dokumentaci, ve vztahu ke stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky, k informacím o stávajícím dodavateli, k neuvedení důvodů nerozdělení předmětu plnění na části a dále neuveřejnění osob podílejících se na vypracování zadávací dokumentace a neuvedení informace zda zadavatel realizoval před zahájení zadávacího řízení k předmětné veřejné zakázce předběžné tržní konzultace.

72. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 21. 3. 2017 o námitkách navrhovatele uvedl, že:

- **Předmětem veřejné zakázky je poskytování plnění vztahující se k již existujícímu systému, přičemž podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty může poskytovat vždy jen partner příslušného vendora pro konkrétní produkt.** Dodává, že jinak nelze podporu poskytovat, neboť takto je obecně nastaven model podpory výrobců SW a HW, a že takto je nastaven samotný předmět plnění.
- Zadavatel je přesvědčen, že pro všechny produkty, pro které požaduje poskytnutí technické podpory, existuje dostatečně široký okruh dodavatelů na to, aby byla při podávání nabídek zachována hospodářská soutěž. Upřesňuje, že **všechny produkty uvedené v zadávací dokumentaci jsou produkty, které jsou využívány ve více aplikacích, než jen v IS NEN a že u všech produktů existuje dostatečně široký okruh poskytovatelů podpory.** Dodává, že **v případě zájmu** jakéhokoli dodavatele stát se obchodním partnerem některého z vendorů, **může tak učinit prostřednictvím partnerských politik, které jsou na webových stránkách vendorů uveřejněny.** Zadavatel uvádí, že podat nabídku může kdokoliv, kdo může poskytovat podporu pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty, případně lze využít institut poddodavatele.
- **K námitkám navrhovatele týkajících se nejasnosti a neúplnosti vymezení technických podmínek účasti v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že zajišťování podpory pro v zadávací dokumentaci uvedené produkty je obecně umožněno pouze prostřednictvím „vendorů“, čili výrobců těchto produktů, kteří poskytnou příslušné „licence“ a konkrétní cenové podmínky svým partnerům podle toho, o jaký produkt se u konkrétního objednatele jedná.** Jakkoliv potenciální účastník zadávacího řízení tak, podle názoru zadavatele, musí při přípravě nabídky nutně spolupracovat s těmito vendory, kteří při stanovení cenových podmínek mohou zohlednit i případné poplatky spojené s přerušením, resp. znovuoobením podpory, neboť je jim taková skutečnost známa. Zadavatel **uvádí, že zadávací dokumentace byla zpracována tak, aby zadavatel obdržel co nejvýhodnější cenovou nabídku za požadované plnění, přičemž nebylo specifikováno, jakou**

formou požaduje zadavatel toto plnění zajistit, tj. zda zakoupením licencí, zakoupením případné obnovy přerušené podpory, zakoupením pouze nové podpory nebo kombinací těchto možností pro jednotlivé komponenty. Zadavatel se domnívá, že omezením řešení plnění by mohlo dojít k omezení soutěže.

- **Pro umožnění přípravy nabídky jsou nezbytné informace, na jaké produkty je požadováno zajištění technické podpory a od jakého data v budoucnu je technická podpora požadována. Domnívá se, že stanovení dalších podmínek by mohlo být pro dodavatele omezující.**
- **K ostatním namítaným skutečnostem** zadavatel uvádí, že dokumenty s názvy „příloha č. 1 zadávací dokumentace_po 1. změně“ a „Zadávací dokumentace_po 1. změně“ byly uveřejněny dne 20. 2. 2017 na základě změny zadávací dokumentace dle § 99 zákona provedené v souvislosti s žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, která byla zadavateli doručena dne 16. 2. 2017. Změna zadávací dokumentace je vysvětlena v dokumentu nazvaném „První změna zadávací dokumentace“, který byl uveřejněn na profilu zadavatele téhož dne, jako výše uvedené dokumenty. K předpokládané hodnotě veřejné zakázky zadavatel uvádí, že tato byla stanovena v souladu s § 16 zákona a je věcí obchodní taktiky zadavatele, zda předpokládanou hodnotu uveřejní či nikoliv. Zadavatel dodává, že součástí zadávacích podmínek je maximální nabídková cena, která bude zadavatelem akceptována. K námitce nejasnosti týkající se současného krytí technické podpory zadavatel odkazuje na část Ad 2) rozhodnutí o námitkách a uvádí, že informace byly poskytnuty v dostatečné míře potřebné k podání nabídek. K neuvedení důvodu nerozdělení veřejné zakázky na části podle § 35 zákona zadavatel uvádí, že podle § 217 odst. 2 písm. m) zákona není zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvádět odůvodnění nerozdělení nadlimitní veřejné zakázky na části. Dodává, že důvody nerozdělení veřejné zakázky budou uvedeny v písemné zprávě zadavatele. K námitce týkající se neuvedení osob, se kterými zadavatel konzultoval přípravu zadávací dokumentace, zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje žádné informace, které by vyplývaly z předběžných tržních konzultací.

73. Úřad konstatuje, že z výše uvedeného věcného odůvodnění rozhodnutí o námitkách zjevně vyplývá, že se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vůbec nevyřadil s námitkou týkající se požadavku na nákup produktů v edici Technical Support Plus. Navrhovatel v námitkách k tomuto uvedl: „Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.“ Dále se zadavatel vůbec nevyjádřil k námitce týkající se poskytování výhradní licence, kde navrhovatel v námitkách svoji námitku přednesl následovně: »Jako další problematyczny bod Stěžovatel vidí stanovení požadavku Zadavatele ve smluvních podmínkách, tj. závazném návrhu smlouvy, kde v čl. IX. odst. 3 návrhu smlouvy je uvedeno: „Licence je udělena jako výhradní k plnění poskytnutému dle čl. III odst. 2, písm. ci) a jako nevýhradní pro ostatní poskytnuté plnění podle čl. III odst. 2, a to veškerým známým způsobům užití díla, zejména k účelu, ke kterému bylo dílo Poskytovatelem vytvořeno v souladu se Smlouvou, a to v rozsahu minimálně nezbytném pro řádné užívání díla

Uživatелеm. Licence je udělena jako neodvolatelná, neomezená územním či množstevním rozsahem a rovněž tak neomezená způsobem nebo rozsahem užití“. (...) U děl jako jsou jedinečné počítačové programy, je pojmově nemožné, že více autorů vytvoří totožný výtvar a výhradní licenci tak může poskytnout pouze autor takového jedinečného programu. Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«.

74. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nebylo dosaženo. Ostatně i sám navrhovatel v úvodu návrhu zpochybňuje způsob vypořádání se s věcnými námitkami navrhovatele. Co se týká samotného vyjádření zadavatele k návrhu, Úřad konstatuje, že zadavatel se k námitce týkající se požadavku na nákup stupně edice Technical Support Plus ani tady nevyjádřil. V případě námítka týkající se podmínky poskytování výhradní licence, nepřináší zadavatel ve vyjádření k návrhu k samotným důvodům tohoto požadavku žádnou argumentaci a pouze na základě skutečnosti, že byly podány 2 nabídky, bez dalšího konstatuje, že podmínka výhradní licence k plnění dle článku III. odst. 2 písm. ci) návrhu smlouvy neznamena nemožnost účasti v zadávacím řízení. Úřad uvádí, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní. Podle ustanovení § 245 odst. 1 zákona součástí rozhodnutí o námitkách musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Posílení funkce námitek jako nástroje, kterým by měly být v maximální možné míře bezprostředně vyřešeny všechny sporné otázky mezi zadavatelem a stěžovatelem, je promítnuto v ustanovení § 263 odst. 5 zákona, dle kterého platí, že je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zákon tak prostřednictvím shora citovaných ustanovení zákona posiluje právní jistotu stěžovatelů, kteří by se již tak v rozhodnutí o námitkách měli dozvědět veškerou relevantní argumentaci zadavatele k podaným námitkám. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen své stanovisko v celém rozsahu obhájit a tedy nikoliv se k některým částem námitek vůbec nevyjádřit, jak to učinil v právě posuzovaném případě. Takové podrobné zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu. Úřad závěrem dodává, že jestliže se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vůbec nijak nezabýval dvěma shora uvedenými skutečnostmi (jak Úřad shora popsal), které navrhovatel v námitkách namítal, je zjevné, že při vyřízení těchto námitek nepostupoval v souladu se zákonem.
75. S poukazem na shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený pro vyřizování námitek dle zákona, když rozhodnutím ze dne 21. 3. 2017 o námitkách stěžovatele, jež byly zadavateli doručeny dne 6. 3. 2017, odmítl námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, protože nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, přestože výše uvedený stěžovatel byl osobou

oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, a přitom se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil ani k následujícím námitkám stěžovatele ohledně:

- a. požadavku zadavatele uvedeného v bodě 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a v příloze č. 1 návrhu smlouvy na nákup v edici Technical Support Plus u softwarových technologií od společnosti TESCO SW, a. s., IČO 25892533, tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc u kterých zadavatel požaduje zajištění technické podpory, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: „Zadavatel v bodě 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce a rovněž v závazném návrhu smlouvy (Příloha č. 1 zadávací dokumentace) navíc požaduje pro produkty Tesco SW nákup v edici Technical Support Plus, což opět naznačuje určitou podmínku přinejmenším formy, určené společností Tesco SW. Ani z veřejných zdrojů pak tato edice není dohledatelná.“,
- b. požadavku zadavatele uvedeného v čl. IX. „Vlastnické právo a právo užití“ odst. 3 návrhu smlouvy na udělení výhradní licence k plnění poskytnutému dle čl. III. „Předmět smlouvy“ odst. 2 písm. ci) „Change Services“ návrhu smlouvy, přičemž stěžovatel k tomuto namítal: »Jeví se nám minimálně jako nestandardní, že dodavatel poskytne Zadavateli výhradní licenci k úpravě softwarových produktů, ke kterým může mít takový dodavatel licenci pouze nevýhradní. Uvedené vytváří další nejasnost o stavu licencování produktů a rovněž „vnáší“ do zadávacího řízení pochybnosti o jeho transparentnosti.«,

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 3. 2017 o námitkách uvedeného stěžovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

76. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K oprávněnosti podání návrhu navrhovatelem

77. Úřad se zabýval i námitkou zadavatele, zda návrh navrhovatele byl podán oprávněnou osobou, a zda tedy není dán důvod pro zamítnutí návrhu podle § 265 písm. b) zákona. K tomu, aby návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů byl podán oprávněnou osobou je mj. nezbytné, aby mu také předcházely námitky podané osobou oprávněnou podat námitky podle § 241 zákona, tj. osobou, která je dodavatelem, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Z tohoto důvodu se Úřad zabýval argumentem zadavatele uvedeným v závěru rozhodnutí o námitkách, že námitky nebyly dle jeho názoru podány oprávněnou osobou dle § 241 zákona a i proto je odmítl (konkrétní ustanovení zákona, na základě kterého by měl zadavatel námitky z uvedeného důvodu odmítnout, zadavatel neuvedl). Shodný názor o podání námitek, resp. návrhu neoprávněnou osobou přednesl zadavatel i ve vyjádření k návrhu.

78. Jelikož otázka, zda námitky byly podány osobou oprávněnou podle § 241 zákona, byla Úřadem v tomto rozhodnutí řešena obsírně již v bodech 63. až 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad na závěry tam uvedené plně odkazuje. Byly-li námitky podány osobou

oprávněnou a stejné oprávnění svědčilo stěžovateli i v době podání návrhu, což Úřad již odůvodnil, nelze než uzavřít, že návrh byl podán osobou oprávněnou. Úřad doplňuje, že zadavatel ve vyjádření k návrhu uvádí, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, resp. že navrhovatel není osoba oprávněná k podání návrhu, avšak k tomuto přednáší stejné důvody, kterými v námitkách dovozuje tu skutečnost, že námitky nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek ve smyslu § 241 odst. 1 zákona. Tedy ve správním řízení neuvádí žádné nové skutečnosti, na základě kterých dovozuje podání návrhu neoprávněnou osobou, než ty, které již přednesl v námitkách.

79. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad uzavírá, že navrhovatel splnil podmínky aktivní legitimace k podání návrhu. Dle Úřadu tak nejsou dány zákonem předvídané důvody pro zamítnutí návrhu podle § 265 písm. b) zákona.

K uložení nápravného opatření

80. Úřad s odkazem na ust. § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
81. Vzhledem k tomu, že je rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem námitkám stěžovatele, jak mu ukládá ust. § 245 odst. 1 zákona, rozhodl Úřad v souladu s ust. § 263 odst. 5 zákona toliko o zrušení rozhodnutí o námitkách, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
82. Pro úplnost Úřad uvádí, že dle ust. § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.

K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

83. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
84. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
85. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K uložení úhrady nákladů řízení

86. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
87. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
88. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000123.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské náměstí 932/6, 110 00 Praha 1
2. Tender systems s.r.o., náměstí Před bateriemi 692/18, 162 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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