



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Jana Jiráska, Ph.D., a JUDr. Václava Štencla, MA, v právní věci

žalobkyně: **Proconom Software, s. r. o., IČO 07156863**
sídlem Mrštíkova 399/2a, 460 07 Liberec
zastoupená advokátem Mgr. Tomášem Krutákem
sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 602 00 Brno

za účasti: **1) Ředitelství silnic a dálnic s. p., IČO 65993390**
(dříve Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace)
sídlem Čerčanská 12, 140 00 Praha 4

2) Hyperon advisory s. r. o., IČO 08165599
sídlem Sokolovská 352/215, 190 00 Praha 9

3) VARS BRNO a. s., IČO 63481901
sídlem Kroftova 3167/80c, 616 00 Brno
zastoupená advokátem Mgr. Janem Tejkalem
sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 11. 2022, č. j. ÚOHS-37016/2022/163,

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 11. 2022, č. j. ÚOHS-37016/2022/163, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení ve výši 11 228 Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám advokáta Mgr. Tomáše Krutáka.
- III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. V této věci soud posuzoval otázku, kdy lze IT služby považovat za běžné a obecně dostupné služby, které lze poptávat prostřednictvím dynamického nákupního systému ve smyslu § 138 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek („ZZVZ“).
2. Žalovaný rozhodnutím ze dne 8. 9. 2022, č. j. ÚOHS-31229/2022/500, zamítl návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvkové organizace (nyní Ředitelství silnic a dálnic s. p., „ŘSD“), učiněných v zadávacím řízení na zavedení dynamického nákupního systému „podpora a rozvoj ASPE“, jehož zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 9. 2021 pod ev. č. Z2021-032756 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 9. 2021 pod ev. č. 2021/S 177-461460. Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („předseda“) rozhodnutím ze dne 24. 11. 2022, č. j. ÚOHS-37016/2022/163, zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí žalovaného.
3. Aspe® („Aspe“) je software pro plánování a řízení dopravních a pozemních staveb, který vyvinula a vlastní korporace IBR Consulting, s. r. o. („IBR“). ŘSD tento software využívá při realizaci svých projektů. Jeho záměrem tak bylo zadávat veřejné zakázky týkající se využití softwaru Aspe v jednotlivých projektech prostřednictvím dynamického nákupního systému. V zadávacích podmínkách ŘSD uvedlo mimo jiné následující:

2.1.4 (...) Poskytování dílčích plnění spojených s podporou a rozvojem programového vybavení Aspe bude respektovat Pravidla partnerského programu IBR při poskytování maintenance produktů rodiny Aspe zákazníkům z resortu Ministerstva dopravy ČR, jejichž aktuální znění tvoří Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace (...).

7. (...) Žádost předložená dodavatelem musí mít elektronickou formu a musí obsahovat alespoň: (...)

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

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

9.5.5 (...) V případě společné účasti dodavatelů zadavatel požaduje, aby každý z dodavatelů doložil doklad, ze kterého jasně vyplývá, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe ®(...)
4. V rámci vysvětlení, změny nebo doplnění zadávací dokumentace č. 4 pak ŘSD uvedlo následující. „Zadavatel uvádí, že požadavek na doložení dokladu prokazujícího oprávnění dodavatele realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE stanovený v zadávací

dokumentaci byl stanoven na základě Podmínek a pravidel partnerského programu IBR při poskytování Maintenance produktů rodiny Aspe Zákazníkům z rezortu Ministerstva dopravy ČR výrobce a vlastníka produktů rodiny ASPE, tj. společnosti IBR Consulting, s.r.o. (dále jen „IBR“), přičemž zadavatel byl povinen nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, aby zamezil jakémukoliv neoprávněnému zásahu do programového vybavení ASPE. Co se týče certifikačního procesu, platí, že společnost IBR jakožto výrobce a vlastník produktů rodiny ASPE umožní zásah do programového vybavení ASPE pouze svým partnerům, tj. právníckým osobám zaměřeným na poskytování služeb a dodávek IT/SW, které mají s touto společností uzavřenou tzv. partnerskou smlouvu, tedy smlouvu o spolupráci při prodeji a poskytování podpory produktů ASPE (partnerská smlouva). Z uvedeného plyne, že dodavatel musí za účelem uzavření partnerské smlouvy a tím i pro získání dokladu potřebného ke splnění podmínek účasti v zadávacím řízení kontaktovat společnost IBR. Součástí partnerské smlouvy je zejména závazek partnera respektovat a dodržovat pravidla partnerského programu IBR při prodeji a poskytování podpory produktů rodiny ASPE, která stanovují základní rámec a principy fungování partnerské sítě IBR. Zadavatel pak pro účely účasti v zadávacím řízení nepožaduje přímo předložení této smlouvy, neboť ta by s ohledem na její povahu mohla obsahovat obchodní tajemství. Zadavateli postačí právě doklad vydaný společností IBR, ze kterého bude patrné, že dodavatel má uzavřenu partnerskou smlouvu a je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů ASPE.“

II. Obsah žaloby

5. Proti rozhodnutí předsedy podala žalobkyně žalobu. Tvrdila, že účast v zadávacím řízení byla zadavatelem svěřena do rukou soukromého subjektu – IBR, s kterým musí mít potenciální účastník uzavřenou partnerskou smlouvu. Podmínky partnerství jsou přitom neobjektivně stanoveny IBR. Zadávací podmínky jsou proto v rozporu se zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace. IBR je vůči žalobkyni ve vztahu podobném podjatosti, což osvědčuje žádost žalobkyně adresovaná IBR o sdělení podmínek vstupu do partnerské sítě. Na tuto žádost reagovala IBR tak, že žalobkyni podmínky nesdělí a za partnera ji nechce. Tvzení IBR, že žalobkyně prodává nápadně podobný software, se nezakládá na pravdě. Žalovaný svůj závěr, že vstup do partnerské sítě IBR není pro jiné dodavatele nijak vyloučen, neodůvodnil. Předseda pak ve svém rozhodnutí zmínil názor rozkladové komise, že o splnění podmínek pro plnění veřejné zakázky fakticky rozhoduje IBR, ale neztotožnil se s ním. Sám však uvedl pouze to, že IBR je vlastníkem systému Aspe, takže daná situace je pochopitelná – nemůže jít k tíži zadavatele, že IBR drží majetková a autorská práva k systému. Tento závěr je dle žalobkyně v rozporu se ZZVZ, ustálenou rozhodovací praxí, a navíc je nepřezkoumatelný. Situace připomíná vendor lock-in, neboť zadavatel vytvořil stav exkluzivity pro dodavatele z partnerské sítě IBR, přičemž o jejich zapojení do partnerské sítě rozhoduje výlučně IBR. Podmínkou partnerství je mimo jiné to, že zájemce se nesmí dopouštět nekalosoutěžního jednání vůči IBR – co je tímto jednáním však posuzuje sama IBR. Předseda k tomu v bodu 42 svého rozhodnutí uvedl, že tato podmínka by měla být formulována jinak a jednoznačněji a nejlépe zcela odstraněna. Tato úvaha je vnitřně rozporná.
6. Předmět zadávacího řízení dále dle žalobkyně nesplňuje podmínky § 138 odst. 1 ZZVZ, neboť se nejedná o běžnou, obecně dostupnou službu. Zadavatel totiž zatížil podporu a údržbu programového vybavení ASPE mnoha podmínkami (certifikace, partnerské podmínky, oprávnění prodávat produkty Aspe). Tyto služby nejsou běžnou potřebou ani nejsou běžně dostupné na trhu, neboť o jejich dostupnosti rozhoduje soukromý subjekt. Žalobkyně rovněž poukázala na to, že žalovaný ve věci rozhodoval podruhé, neboť jeho

původní rozhodnutí předseda zrušil rozhodnutím ze dne 22. 4. 2022, č. j. ÚOHS-12744/2022/163. V tomto rozhodnutí předseda konstatoval, že rozvoj programového vybavení nelze považovat za běžnou službu. V žalobou napadeném rozhodnutí však předseda svůj původní názor změnil s tím, že se v daném případě jedná spíše o podporu a údržbu systému, a nikoliv o zasahování do zdrojového kódu za účelem povyšování verze programového vybavení, vyvíjení nových funkcionalit apod. Tento závěr není dostatečně odůvodněný a navíc vychází pouze z vyjádření IBR a nikoliv ze zadávací dokumentace, kde je zvolen kód CPV 72262000-9 „Vývoj programového vybavení“. Předseda nadto sám uvádí, že specifikace v zadávací dokumentaci i zvolení kódu CPV není jednoznačné, avšak nevyvozuje z toho žádné závěry, ačkoliv v dřívější rozhodovací praxi nevhodné zvolení kódu odmítal.

7. Žalobkyně nesouhlasí ani se závěrem předsedy, že služby podpory a údržby mohou vyžadovat zásahy do zdrojového kódu, a proto považuje za neoprávněný požadavek technické kvalifikace v čl. 9.5 zadávací dokumentace (tj. že jeden z členů týmu programátora má zkušenosti s realizací minimálně dvou projektů v oblasti dodávky programových úprav a úprav zdrojových kódů SW).
8. Zadavatel též dle žalobkyně porušil § 84 a § 82 ZZVZ, pokud v případě společné účasti dodavatelů požadoval, aby každý z nich doložil doklad, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe [čl. 7 písm. d) zadávací dokumentace]. Oprávnění je tak požadováno u společné účasti několikrát, čímž je omezován okruh potenciálních dodavatelů. Důvodem společné účasti je přitom právě nemožnost plnit předmět veřejné zakázky samostatně.
9. Žalovaný konečně nezákonně a v rozporu s vlastní rozhodovací praxí vyhodnotil, že čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace je požadavek kvalifikace. Žalovaný totiž v rozhodnutí ze dne 10. 2. 2021, č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv, dospěl k závěru, že požadavek na předložení certifikátu prokazujícího partnerství se společností Cisco minimálně na úrovni Premier Partner a dále certifikát prokazující partnerství se společností DELL EMC minimálně na úrovni Gold představují svým charakterem kvalifikaci, která však nespadá mezi kvalifikaci uvedenou v § 73 odst. 1 až 3 ZZVZ. V napadeném rozhodnutí přitom předseda uvedl, že požadavek na partnerství dle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace je obdobný partnerstvím společností Dell, Hewlett-Packard, Infor či Oracle. Jedná se tak zjevně o skrytou kvalifikaci, kterou nelze podřadit pod kvalifikaci obsaženou v § 73 ZZVZ. Rozhodnutí předsedy je nadto vnitřně rozporné – v bodu 40 má požadavek dle čl. 7 písm. c) a d) zadávací dokumentace za kvalifikaci, ale v bodu 50 uvádí, že se jedná o požadavek vztahující se k předmětu plnění a nikoliv o kvalifikaci.
10. Žalobkyně z výše uvedených důvodů navrhla, aby soud zrušil rozhodnutí předsedy a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného, osob zúčastněných na řízení a replika žalobkyně

11. Žalovaný ve vyjádření k žalobě odkázal na vydaná rozhodnutí. Zdůraznil, že zadavatel svým postupem otevřel soutěž dalším subjektům, jinak by byla oprávněna poskytovat poptávané služby pouze IBR. Ta sice může fakticky zasahovat do průběhu zadávacího řízení tím, že rozhoduje o vstupu do jejího partnerského programu. Podstatné ale je, že partnerská síť je postavena na principu otevřenosti a žalovaný nezjistil, že by IBR omezovala možnost získání příslušných oprávnění. Ve věci jde o zavedení dynamického nákupního systému a

žalovanému proto není zřejmé, kde by měl být dán vliv na výběr dodavatele. Žalobkyně nadto nebyla ze strany IBR odmítnuta, ale vyzvána k dalšímu jednání. I společnosti disponující konkurujícím produktem vstoupily do partnerské sítě úspěšně. Na zákonnost rozhodnutí předsedy nemá žádný vliv odlišný závěr rozkladové komise. Podle žalovaného se v dané věci nejedná o vendor lock-in, a i pokud by se o takový stav jednalo, sám o sobě není nezákonný – tím by byl pouze případný navazující postup zadavatele. To, že by byla IBR za normálních okolností jediným oprávněným subjektem pro navazující služby programového vybavení, je fakt vyplývající z vlastnictví autorských práv k takovému systému. Žalovaný trval na tom, že požadavek na partnerství není požadavkem na kvalifikaci, nýbrž je podmínkou plnění – bez ní nelze zakázku plnit. Na rozdíl od věci řešené žalovaným v rozhodnutí ze dne 10. 2. 2021, č. j. ÚOHS-05233/2021/500/Alv, kde šlo o způsobilost plnit veřejnou zakázku, jde v nynějším případě o oprávnění dodavatelů plnit předmět dynamického nákupního systému. Bez něj by nebyl žádný z dodavatelů (vyjma IBR) schopen zakázku plnit, neboť by neměl oprávnění k zásahu do programového vybavení. Podel žalovaného předseda též vysvětlil, proč se odklonil od svého předchozího názoru (důvodem byla další skutková zjištění žalovaného), proč neshledal problém v CPV kódu a proč i služby podpory a údržby mohou vyžadovat zásahy do zdrojového kódu. Závěrem žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

12. Osoby zúčastněné na řízení se k žalobě nevyjádřily.
13. Žalobkyně podala k vyjádření žalovaného repliku, v níž zopakovala svoji argumentaci. Dále poukázala na zakázky vypsané po podání žaloby, které dle jejího názoru dokazují, že předmětem dynamického nákupního systému není obyčejná a běžná služba podpory aktualizace systému.

IV. Posouzení věci

14. Žaloba je důvodná.

IV./A) Zákonnost použití dynamického nákupního systému

15. Podle § 138 odst. 1 věta první ZZVZ může zadavatel zavést dynamický nákupní systém, kterým se pro účely tohoto zákona rozumí plně elektronický, otevřený systém pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací.
16. Z důvodové zprávy k citovanému ustanovení vyplývá, že „[t]ato plně elektronická forma zadávání veřejných zakázek umožňuje flexibilně reagovat na aktuální potřeby zadavatele při pořizování obecně dostupných komodit a umožňuje opakovaně zadávat veřejné zakázky, pro které byl zaveden dynamický nákupní systém“ (tisk č. 637/0, Poslanecká sněmovna Parlamentu, 7. volební období, www.psp.cz).
17. Judikatura správních soudů se dosud tímto zvláštním postupem pro zadávání veřejných zakázek zabývala jen okrajově. Krajský soud v Brně ve vztahu k obdobné úpravě obsažené v předchozím zákonu č. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozsudku ze dne 5. 10. 2016, č. j. 62 Af 64/2015-122, dovodil, že se jedná pouze o jeden ze způsobů, „jak (z organizačního hlediska často efektivněji) administrovat poptávku zadavatele; výhoda jeho využití spočívá v tom, že zadavatel nemusí běžné a obecně dostupné zboží opakovaně poptávat postupem, jenž splňuje všechny dílčí znaky kompletní zadávací procedury (...), nýbrž může „otevřít“ dodavatelům vstup do formálně jednoho trvajících procesu, v rámci kterého pak dodavatelé na

dílčí plnění podávají dílčí nabídky.“ Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 29. 11. 2017, č. j. 9 As 269/2016-44, tento rozsudek krajského soudu zrušil; sám však k dynamickému nákupnímu systému pouze podotkl, že se jedná o „specifický nástroj, jehož prostřednictvím zadavatel zadává veřejné zakázky. ZVZ reguluje nejen samotné zadávání zakázek v takovém systému, ale i jeho zavedení a některá pravidla jeho fungování, bez ohledu na konkrétně zadávané veřejné zakázky. Princip jeho fungování je v některých ohledech obdobný rámcové smlouvě uzavřené s více uchazeči, ve které všechny podmínky plnění nejsou konkrétně vymezeny.“

18. Odborná literatura se pak shoduje v tom, že podstatou dynamického nákupního systému je zjednodušení zadávání veřejných zakázek, jejichž předmět plnění je na trhu běžně dostupný a který zadavatel poptává periodicky (opakovaně). Musí jít o komodity, jež lze na trhu poptávat a jež je možné bez spolupůsobení jakýchkoliv zvláštních podmínek dodat. Musí tedy jít o takové plnění, které nevykazuje žádná specifika a v zásadě nevyžaduje zvláštní proceduru pro přípravu ani pro vlastní realizaci. Nemělo by se proto jednat o komplexní plnění, která mají být poskytována zadavateli přímo na míru. Využíváním dynamického nákupního systému by mělo dojít k výraznému snížení administrativní zátěže zadavatele a s tím spojené úspoře veřejných prostředků oproti opakovaným zadávacím řízením. Mezi typické předměty plnění, které lze zadávat prostřednictvím dynamického nákupního systému, teorie řadí např. kancelářské potřeby, běžně dostupné zboží z oblasti informačních technologií, léčivé přípravky a zdravotnické potřeby, prostředky BOZP, nábytek, běžné stavební práce, ze služeb pak služby překladatelské či tlumočnické, tiskařské, úklidové či právní, ale též IT služby včetně „body shopping“. Dynamický nákupní systém tak lze připodobnit k (běžnému) nákupu v obchodě či na internetu. (Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1010; Podešva, V. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI] Wolters Kluwer, www.aspi.cz; Jelínek, K. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář. [Systém ASPI] Wolters Kluwer, www.aspi.cz).

19. Ustanovení § 138 odst. 1 ZZVZ je transpozicí

- čl. 34 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES a
- čl. 52 odst. 1 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES.

Tyto směrnice přitom definují dynamický nákupní systém v zásadě shodně: pro uskutečňování nákupů pro běžnou potřebu, jejichž vlastnosti vzhledem k běžné dostupnosti na trhu splňují požadavky veřejných zadavatelů, mohou veřejní zadavatelé využívat dynamický nákupní systém. V bodu 63 odůvodnění směrnice 2014/24/EU a v bodu 73 odůvodnění směrnice 2014/25/EU je pak shodně uvedeno, že „tato technika nákupu dává zadavatelům k dispozici širokou škálu nabídek, což zajistí optimální využití finančních prostředků díky rozsáhlé hospodářské soutěži v souvislosti s běžně užívanými již hotovými výrobky, stavbami nebo službami, jež jsou na trhu běžně k dispozici“ (podtržení doplněno soudem).

20. ZZVZ tedy v návaznosti na evropskou úpravu stanoví dvě podmínky, za nichž lze zavést dynamický nákupní systém. První podmínka spočívá v tom, že jeho předmětem musí být zboží, služby či stavební práce pro běžnou potřebu. Tuto podmínku nelze posuzovat z hlediska toho, co je v lidské společnosti obecně považováno za běžnou potřebu ani z

pohledu jakéhosi „průměrného“ zadavatele. Takový přístup by vedl k absurdním důsledkům – ačkoliv např. chléb či jiné základní potraviny jsou běžnou potřebou každého člověka, nelze z toho dovozovat, že by např. ŘSD bylo z tohoto titulu oprávněno zavádět dynamický nákupní systém na nákup chleba. Tuto – subjektivní – podmínku je proto třeba posuzovat z pohledu zadavatele: musí se jednat o zboží či služby, které konkrétní zadavatel běžně potřebuje ke své činnosti a které musí pořizovat prostřednictvím veřejných zakázek. S ohledem na širší zadavatelů a rozsah jimi zajišťovaných činností se předmět dynamického nákupního systému může u jednotlivých zadavatelů značně lišit. Zadavatel by však měl být schopen vysvětlit a doložit, že jde skutečně o zboží či služby, které potřebuje a opakovaně poptává. „Běžnost“ v sobě zároveň obsahuje požadavek, aby se nejednalo o zboží či služby, které se vymykají každodennímu chodu zadavatele. Řčeno slovy filmového klasika, zavedením dynamického nákupního systému by se zadavatel „neměl pouštět do žádných velkých akcí“.

21. Druhá – objektivní – podmínka spočívá v tom, že se jedná o zboží či služby obecně dostupné. Tuto podmínku je třeba posuzovat z pohledu relevantního trhu, tj. zda dané zboží či služba jsou na trhu běžně k dispozici, resp. jsou nabízeny množstvím dodavatelů. Předpokladem zavedení dynamického nákupního systému je rozsáhlá hospodářská soutěž dodavatelů ohledně daných produktů. Obecně dostupné zboží či služba jsou proto takové, jejichž dodání nabízí stovky či alespoň desítky dodavatelů. Je-li zboží či služba nabízena jen malým množstvím dodavatelů, pak zpravidla nelze hovořit o jejich obecné dostupnosti. Zavedení dynamického nákupního systému v takovém případě ztrácí smysl. „Dostupnost“ v sobě zároveň zahrnuje předpoklad, že dodání zboží či služby není v zásadě ničím podmíněno a dodavatelé jsou schopni se dynamického nákupního systému účastnit bez dalšího (aniž by museli plnit specifické podmínky).
22. Subjektivní ani objektivní podmínku pak v případě služeb nelze vykládat tak, že vylučují služby vyžadující kreativitu. Zadavatelé jistě mohou běžně potřebovat ke své činnosti služby vyžadující kreativní přístup dodavatele a současně se může jednat o služby nabízené celou škálou dodavatelů. Příkladem mohou být služby reklamní, marketingové nebo též právní. Je-li splněna podmínka, že se jedná o uspokojování často se opakujících potřeb zadavatele, mohou být i tyto služby poptávány prostřednictvím dynamického nákupního systému.
23. S ohledem na právě uvedené úvahy je pro věc nerozhodná obsáhlá polemika mezi žalovaným (předsedou) a žalobkyní ohledně charakteru poptávané služby. Předmětem dynamického nákupního systému nepochybně mohou být služby spočívající v údržbě a správě, ale též v modernizaci či rozvoji softwaru vyžadujícím zásah do zdrojového kódu. Rozlišování mezi údržbou na straně jedné a rozvojem na straně druhé nedává samo o sobě smysl – podstatné totiž je posoudit, zda je v souvislosti s touto službou splněna subjektivní a objektivní podmínka. Lze si jistě představit zadavatele, který ke své každodenní činnosti potřebuje provádět běžné úpravy a změny informačních systémů nebo softwarových nástrojů a současně je taková služba obecně nabízena celou řadou IT společností. V takovém případě by zavedení dynamického nákupního systému nemělo nic bránit.
24. V projednávané věci se žalovaný ani předseda na posouzení splnění obou podmínek příliš nesoustředili. Z postoje ŘSD – který žalobkyně v zásadě nečiní sporným – je nicméně zjevné, že jeho běžnou činností je administrace stavebních projektů, k níž je potřebný relevantní software. Jelikož za tímto účelem ŘSD využívá řadu let právě Aspe, lze údržbu a rozvoj tohoto softwaru z pohledu ŘSD považovat za běžnou potřebu (soud v tomto ohledu nehodnotí oprávněnost takové potřeby z pohledu dalších ustanovení ZZVZ – k tomu viz

zejména bod 32 níže). Subjektivní podmínku tedy lze považovat za splněnou – ostatně žalobkyně v tomto ohledu ani nic nenamítá (vyjma polemiky týkající se rozvoje softwaru a zásahu do zdrojového kódu, která ale není pro posouzení věci určující).

25. Jiná je však situace u druhé podmínky. Z bodu 154 rozhodnutí žalovaného plyne, že se partnerské sítě IBR účastní 6 subjektů, kteří se tak též jako jediní mohou účastnit dynamického nákupního systému. Požadované služby tedy na relevantním trhu poskytují jen jednotky dodavatelů, a nelze tudíž hovořit o rozsáhlé hospodářské soutěži. Za zásadní pak soud považuje roli IBR, které se podrobněji věnuje v následující části rozsudku. Již zde je však nutno uvést, že poskytování poptávaných služeb je přímo vázáno na podmínku, že má dodavatel uzavřenu smlouvu o partnerství s IBR. Uzavření této smlouvy přitom není nárokové a je na vůli IBR, zda s potenciálním dodavatelem takovou smlouvu uzavře či nikoliv. Za této situace tak nelze požadované služby považovat za obecně dostupné na relevantním trhu. Objektivní podmínka pro zavedení dynamického nákupního systému tedy nebyla splněna. Dospěl-li předseda k opačnému závěru, je jeho rozhodnutí nezákonné pro rozpor s § 138 odst. 1 ZZVZ.

IV./B) Porušení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace

26. Podle § 6 odst. 1 ZZVZ musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle § 6 odst. 2 ZZVZ musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
27. Zásada transparentnosti není naplněna v případě, že je možné v zadatelově postupu shledat takové prvky, které činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by způsobovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, publ. pod č. 2189/2011 Sb. NSS). K porušení zákazu diskriminace pak dochází tehdy, jsou-li zadávací podmínky formulovány tak, že jsou určití dodavatelé bezdůvodně vyloučeni z možnosti účastnit se zadávacího řízení.
28. Ze zadávacích podmínek a jejich vysvětlení citovaných výše je zřejmé, že pro zařazení do dynamického nákupního systému je nezbytné, aby se příslušný dodavatel obrátil na IBR a uzavřel s ní partnerskou smlouvu. IBR následně vystaví dodavateli doklad, který osvědčuje splnění podmínek uvedených v bodech 2.1.4, 7., resp. 9.5.5 zadávací dokumentace. K výzvě žalovaného IBR zaslala vyjádření ze dne 20. 12. 2021. V něm uvedla, že pro uzavření partnerské smlouvy musí zájemce splnit kritéria definovaná v dokumentu „Pravidla partnerského programu IBR při prodeji a poskytování podpory a rozvoji produktů Aspe®“. Zájemce předně musí být právnickou osobou, jejíž podnikatelská činnost je zaměřena převážně na poskytování služeb a dodávek v oblasti IT/SW s minimálně 3 zaměstnanci na hlavní pracovní poměr pro tuto činnost. Zájemce rovněž nesmí současně vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči produktům Aspe konkurenční produkt. Dále musí „splnit ostatní podmínky proškolení a Certifikace určených zaměstnanců a následné získání Certifikátu Partner, až poté je možné s ním uzavřít Partnerskou smlouvu. Samotná skutečnost, že zájemce splňuje podmínky pro vstup do partnerské sítě samozřejmě nemůže, a tedy ani nezakládá automaticky nárok zájemce na uzavření partnerské smlouvy, nicméně dosud každý zájemce, který podmínky splnil, se členem partnerské sítě stal, tj. se 100 % zájemců splňujících stanovené podmínky byla uzavřena partnerská smlouva.“

29. Právě popsaný postup zadavatele vede k tomu, že o podstatném elementu způsobilosti jednotlivých dodavatelů k zařazení do dynamického nákupního systému rozhoduje IBR. Kritéria, na jejichž základě tak činí, jakkoliv jsou popsána v pravidlech partnerského programu, jsou dosti obecná a nevedou automaticky k zařazení dodavatele do partnerské sítě a k uzavření partnerské smlouvy. Tento systém tak ponechává IBR neomezenou úvahu, zda s konkrétním dodavatelem uzavře partnerskou smlouvu. Soud se proto shoduje s žalobkyní v tom, že IBR má podstatný vliv na rozhodnutí, kdo se bude moci účastnit dynamického nákupního systému. Zařazení zadavatele do dynamického nákupního systému však dle názoru soudu nemůže být ponecháno na libovůli třetí osoby odlišné od zadavatele. Jednání IBR je přitom v tomto ohledu zcela nekontrolovatelné a nic na tom nemění ani její tvrzení, že dosud všem zájemcům o partnerství vyhověla. Zadávací podmínky obsažené v bodech 2.1.4, 7., resp. 9.5.5 zadávací dokumentace jsou proto v rozporu se zásadou transparentnosti.
30. Současně soud připomíná, že smyslem zadávání veřejných zakázek je mimo jiné prostřednictvím konkurence jednotlivých dodavatelů docílit pro zadavatele co nejvýhodnější nabídky. S tím se ovšem nesrovnává jedna z podmínek partnerského programu, podle níž zájemce nesmí současně vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči produktům Aspe konkurenční produkt. Tato podmínka přímo diskriminuje konkurenty IBR z možnosti uzavřít s ní partnerskou smlouvu a ve svém důsledku též vylučuje tyto dodavatele ze zařazení do dynamického nákupního systému. ŘSD tak požadavkem na účast dodavatelů v partnerském programu IBR porušilo zásadu zákazu diskriminace. Na tomto závěru nemění nic vyjádření IBR, že mezi jejími partnery jsou též tři společnosti vyvíjející a prodávající plně konkurenční produkt, a že smyslem je bránit nekalosoutěžnímu jednání konkurentů. Znění podmínky však tomuto tvrzení vůbec neodpovídá a nadto výklad a aplikace této podmínky tak jako tak zůstává plně pod kontrolou IBR, která se může kdykoliv rozhodnout v konkrétním případě partnerskou smlouvu neuzavřít. Ostatně i předseda dospěl v bodu 42 svého rozhodnutí k tomu, že tato podmínka je nejednoznačná a měla by být nejlépe zcela odstraněna. Jeho závěru, že přesto tato podmínka není překážkou vstupu do partnerské sítě, však soud s ohledem na výše uvedené nepřisvědčuje.
31. Neobstojí ani argumentace předsedy a žalovaného, že zadávací podmínky vyplývají z předmětu dynamického nákupního systému (jde o důsledek autorských práv), že partnerská síť je postavena na principu otevřenosti a že žalobkyně nadto nebyla ze strany IBR odmítnuta.
32. Ve správním spisu je založena smlouva uzavřená dne 12. 7. 2018 mezi ŘSD a IBR na poskytování služeb podpory Aspe na základě jednacího řízení bez uveřejnění. Smlouva byla uzavřena na 4 roky s tím, že ŘSD je oprávněno kdykoliv po třech letech účinnosti ukončit poskytování služeb podle smlouvy. Na základě této smlouvy byla IBR povinna vést s Ministerstvem dopravy jednání směřující k uzavření smlouvy k vytvoření samostatné verze resortního řešení na bázi Aspe, k němuž předá veškeré zdrojové kódy a časově neomezené užívání licencí. Součástí smlouvy byly též podmínky exitu a předání zdrojových kódů ŘSD v případě ukončení smlouvy. Nedošlo-li tedy k vytvoření resortního řešení, mělo ŘSD vytvořeny exitové podmínky pro to, aby byla soutěžena komplexní zakázka na software k řízení staveb. Jak uvádí předseda (bod 32 rozhodnutí), zadavatel mohl celý systém v potřebnou dobu přesoutěžit, ale rozhodl se domluvit s aktuálním dodavatelem na faktickém otevření soutěže pro zajištění údržby stávajícího systému. Nutnost respektovat autorská práva k Aspe si tedy ŘSD přivodilo samo svým postupem, ačkoliv mohlo postupovat jinak, transparentně a nediskriminačně.

33. Tvzení o otevřenosti partnerského systému (resp. soutěže) pak soud považuje za iluzorní, neboť na účast v soutěži má zásadní vliv postoj IBR k jednotlivým dodavatelům. Podmínkou účasti navíc fakticky je uzavření partnerské smlouvy, jejíž obsah ŘSD není znám (z důvodu tvrzeného obchodního tajemství). Není tak jasné, k jakým závazkům musí dodavatelé svolit, aby s nimi IBR bylo ochotno takovou smlouvu uzavřít. Závěry žalovaného (bod 156 rozhodnutí), že se IBR zadávacího řízení neúčastní a že poptávané služby budou nabízet členové otevřené partnerské sítě nezávislí na výrobci Aspe, neodpovídá realitě. Vliv IBR na zadávací řízení a závislost dodavatelů na IBR je očividná.
34. Skutečnost, že IBR výslovně žalobkyni neodmítla a vyzvala ji k jednání, pak na výše uvedených závěrech nemůže ničeho změnit. Ty jsou totiž platné bez ohledu na to, zda se dynamického nákupního systému chce účastnit žalobkyně nebo jiný subjekt.

IV./C) Zbývající námitky a obiter dictum

35. S ohledem na výše uvedené závěry soudu je nadbytečné zabývat se tím, zda lze v případě společné účasti dodavatelů požadovat, aby každý z nich doložil doklad, že je oprávněn realizovat prodej a poskytovat podporu produktů Aspe, či zda se jedná o požadavek kvalifikace a zda je v tomto ohledu rozhodnutí předsedy vnitřně rozporné. Uvedený požadavek neobstál již z hlediska zásady transparentnosti a zákazu diskriminace. S ohledem na závěr týkající se porušení § 138 odst. 1 ZZVZ se pak soud nezabýval ani zakázkami vypsanými po podání žaloby, které žalobkyně zmínila v replice. Ostatně jedná se o skutečnosti, které nastaly až po vydání rozhodnutí předsedy a k nimž soud v zásadě nemůže přihlížet [§ 75 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní („s. ř. s.“)].
36. Nad rámec odůvodnění soud podotýká, že ze správního spisu vyplývá dlouhodobý konkurenční boj mezi žalobkyní a IBR. Ta přitom podezírá jednatele žalobkyně z porušení zákazu konkurenčního jednání a žalobkyni pak z kopírování svého software. Výše uvedené závěry soudu proto nemohou být vykládány tak, že soud aprobejue neoprávněný zásah do autorských práv. Způsob, kterým ŘSD přistoupilo k zadávání veřejných zakázek prostřednictvím dynamického nákupního systému, však z pohledu ZZVZ neobstojí. Úlohou zadavatele zkrátka není, aby v zadávacím řízení (v zadávacích podmínkách) hájil práva a oprávněné zájmy IBR tím, že jí umožní rozhodovat o podstatné podmínce nutné k zařazení dodavatele do dynamického nákupního systému.
37. Konečně soud podotýká, že s IBR vědomě nejednal jako s osobu zúčastněnou na řízení ve smyslu § 34 odst. 1 s. ř. s. Osoba zúčastněná na řízení totiž musí být žalobou napadeným rozhodnutím přímo dotčena na svých právech a povinnostech. IBR však rozhodnutím předsedy nemohla být přímo dotčena, neboť o jejích právech a povinnostech nerozhodoval. Mohlo u ní dojít maximálně k dotčení nepřímému, které pro přiznání postavení osoby zúčastněné na řízení nepostačuje.

V. Závěr a náklady řízení

38. Vzhledem k tomu, že soud shledal námitky žalobce důvodnými, zrušil rozhodnutí předsedy a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, v němž je vázán právním názorem soudu (§ 78 odst. 1, 4 a 5 s. ř. s.).
39. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

40. Žalobkyně dosáhla v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení. Náklady žalobkyně jsou tvořeny odměnou jejího zástupce za dva úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení a žaloba) podle § 11 odst. 1 písm. a), d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), přičemž mimosmluvní odměna za jeden úkon právní služby činí částku 3 100 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu]. Soud žalobkyni nepřiznal odměnu za úkon spočívající v podání repliky. V tomto podání žalobkyně pouze zopakovala žalobní argumentaci a poukázala na skutečnosti, jež nastaly po vydání rozhodnutí předsedy, k nimž soud nepřihlíží. Soud proto náklady na něj nepovažuje za účelně vynaložené. Dále žalobkyni náleží náhrada hotových výdajů jejího zástupce v paušální výši 300 Kč za každý úkon právní služby (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). K tomu soud připočetl náhradu za daň z přidané hodnoty, kterou je zástupce žalobkyně povinen odvést z odměny a náhrad, ve výši 1 428 Kč (§ 57 odst. 2 s. ř. s.) a zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč. Celkem tedy žalobkyni na náhradě nákladů řízení náleží částka ve výši 11 228 Kč. Soud žalovanému uložil zaplatit náhradu nákladů řízení k rukám zástupce žalobkyně v přiměřené lhůtě.
41. Výrok o náhradě nákladů řízení osob zúčastněných na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Soud osobám zúčastněným na řízení žádnou povinnost neuložil, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemají.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 17. prosince 2024

Mgr. Petr Šebek v. r.
předseda senátu