



UOHSX00K02UQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0460/2024/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-28213/2024/500

Brno 23. 7. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 6. 2024 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 117 22 Praha 1,
- navrhovatel – SAP ČR, spol. s r.o., IČO 49713361, se sídlem Bucharova 2817/11, 158 00 Praha 5,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Nový daňový informační systém (nDIS) – I. Etapa“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 12. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 1. 2024 pod ev. č. Z2023-059869, ve znění pozdějších změn, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 1. 2024 pod ev. č. 2506-2024, ve znění pozdějších změn,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – SAP ČR, spol. s r.o., IČO 49713361, se sídlem Bucharova 2817/11, 158 00 Praha 5 – ze dne 7. 6. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 117 22 Praha 1 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Nový daňový informační systém (nDIS) – I. Etapa“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 12. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 1. 2024 pod ev. č. Z2023-059869, ve znění

pozdějších změn, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 1. 2024 pod ev. č. 2506-2024, ve znění pozdějších změn, **se podle § 265 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 117 22 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 29. 12. 2023 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění jednacích řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Nový daňový informační systém (nDIS) – I. Etapa“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 1. 2024 pod ev. č. Z2023-059869, ve znění pozdějších změn, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 1. 2024 pod ev. č. 2506-2024, ve znění pozdějších změn (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

2. V bodu 4.1 „Účel veřejné zakázky“ článku 4. „Účel a předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil: *„Účelem Veřejné zakázky je provedení I. Etapy nového daňového informačního systému (nDIS) ze strany vybraného dodavatele a poskytnutí souvisejících služeb, a to v souladu s podmínkami vyplývajícími ze Vzoru smlouvy a Pokyny Objednatele ve smyslu čl. 16.1 Vzoru smlouvy.“*

3. V bodu 4.2 „Předmět veřejné zakázky“ článku 4. „Účel a předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„4.2.1 Předmětem plnění Veřejné zakázky je provedení Díla sestávajícího z Výchozí dokumentace a Systému nDIS I a dále z poskytování Služeb tak, jak jsou tyto vymezeny ve Vzoru smlouvy, přičemž:

(a) technické požadavky Zadavatele na provedení Výchozí dokumentace jsou obsaženy zejména v Příloze 2 Vzoru smlouvy (Požadavky na dokumentaci);

(b) technické požadavky Zadavatele na provedení Systému nDIS I jsou obsaženy zejména v:

(i) Příloze 3 Vzoru smlouvy (Koncept architektury nDIS), kde jsou popsány základní principy, v souladu s nimiž má být vytvořen a zaveden Systém nDIS I;

(ii) katalogích požadavků obsažených v Přílohách 4 až 13 Vzoru smlouvy, které vymezují funkční celky, ze kterých má sestávat Systém nDIS I;

(iii) příloze 14 Vzoru smlouvy (Katalogu průřezových požadavků), příloze 15 Vzoru smlouvy (Katalogu technických požadavků na Systém nDIS I) a příloze 16 Vzoru smlouvy (Seznamu aplikačních služeb), kde jsou popsány obecné požadavky Zadavatele na provedení Systému nDIS I; a

(c) technické požadavky Zadavatele na poskytování Služeb jsou popsány zejména v Příloze 17 Vzoru smlouvy (Katalogové listy služeb).

4.2.2 Systém nDIS I bude provozován Zadavatelem na technické infrastruktúře poskytované SPCSS, která zahrnuje především síťovou, hardwarovou, cloudovou, systémovou a aplikační infrastrukturu dle nabídky SPCSS obsažené v Příloze 18 Vzorů smlouvy. Veškeré požadavky na takovou technickou infrastrukturu a infrastrukturní služby SPCSS nezbytné k řádnému fungování Systému nDIS I je dodavatel povinen doplnit do Specifikace nákladových položek, která je přílohou č. 7 Pokynů zadavatele.

4.2.3 Podrobný popis předmětu plnění Veřejné zakázky a obchodní podmínky jsou uvedeny v závazném Vzorů smlouvy.“

4. Přípisem ze dne 13. 5. 2024, který byl zadavateli doručen prostřednictvím datové schránky téhož dne, podal navrhovatel – SAP ČR, spol. s r.o., IČO 49713361, se sídlem Bucharova 2817/11, 158 00 Praha 5 (dále jen „navrhovatel“) – námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky (dále jen „námitky“).
5. Námitky navrhovatele zadavatel odmítl rozhodnutím ze dne 28. 5. 2024, které navrhovatel obdržel prostřednictvím elektronického nástroje téhož dne.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 7. 6. 2024 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

Ke stanovení požadavku na kybernetickou bezpečnost systému

7. Navrhovatel uvádí, že zadavatel vyžaduje, aby díla třetích osob odpovídala z hlediska kybernetické bezpečnosti veškerým požadavkům, které stanoví platné právní předpisy, a to včetně evropské legislativy a právní úpravy přijaté na jejím základě.
8. Zadavatel podle navrhovatele koncipuje cenu systému nDIS jako cenu fixní a konečnou, čímž dochází fakticky k přenosu rizika za implementaci požadavků na kybernetickou bezpečnost v budoucnu výhradně na dodavatele, a to bez nároku na úhradu požadovaných prací. Zadavatel podle navrhovatele v rozhodnutí uvádí, že v případě potřeby podstatné změny díla v důsledku nové právní úpravy kybernetické bezpečnosti bude postupováno v režimu změnového řízení podle čl. 13 smlouvy, přičemž tento postup předpokládá uzavření dodatku ke smlouvě a dohodu o ceně takového plnění, což nezaručuje automatické a spravedlivé navýšení ceny za dodatečné práce pro vybraného dodavatele, neboť uzavření dodatku není ze strany dodavatele bez dalšího nárokovatelné a předpokládá konsensus obou smluvních stran. Tato konstrukce podle navrhovatele vytváří nejistotu ohledně toho, zda budou dodatečné náklady vybranému dodavateli skutečně adekvátně kompenzovány. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na to, že výše uvedená argumentace zadavatele obsažená v rozhodnutí o námitkách neodpovídá tomu, co zadavatel uvedl ve Vysvětlení zadávací dokumentace č. 12, kde výslovně stanovil, aby dodavatelé požadavky vyplývající ze směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/2555 ze dne 14. prosince 2022 o opatřeních k zajištění vysoké společné úrovně kybernetické bezpečnosti v Unii a o změně nařízení (EU) č. 910/2014 a směrnice (EU) 2018/1972 a o zrušení směrnice (EU) 2016/1148 (dále jen „NIS2“)

zohlednili ve své nabídkové ceně, což navrhovatel považuje za postup, který je v rozporu se zásadou transparentnosti.

9. Navrhovatel zastává názor, že stanovení požadavků na kybernetickou bezpečnost systému nDIS v souvislosti s budoucím vývojem legislativy bez možnosti přesného ocenění těchto požadavků v době podání (předběžné) nabídky nutně povede k neporovnatelnosti (předběžných) nabídek. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že přenesení rizika spojeného s budoucí legislativou výhradně na dodavatele bez zajištění spravedlivé a předem jasně definované kompenzace za dodatečné práce je v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek.

K požadavku na nacenění licenčních poplatků

10. Zadavatel podle navrhovatele požaduje, aby licenční poplatky byly zahrnuty v ceně díla nebo služeb. Takové nastavení podle navrhovatele znevýhodňuje ty dodavatele, kteří využívají standardizovaný proprietární software s opakovanými licenčními poplatky. Toto řešení dle navrhovatele nezohledňuje skutečnost, že dodavatelé nemají jistotu ohledně délky trvání smlouvy, což je podle navrhovatele klíčová informace pro kalkulaci těchto nákladů. Navrhovatel uvádí, že tímto způsobem je riziko přeneseno výlučně na dodavatele, což překračuje míru běžného podnikatelského rizika. Navrhovatel zastává názor, že jsou zvýhodněni dodavatelé, kteří nabídnou „nový“ systém, kdy mohou lépe stanovit cenu za licence, na rozdíl od dodavatelů proprietárních systémů, kteří fungují na principu plateb opakovaných průběžných poplatků, avšak podle zadávacích podmínek tito dodavatelé nemohou nacenit opakované licenční poplatky, jak jsou v praxi zvyklí.
11. Navrhovatel dodává, že pokud dodavatelé nemají možnost predikovat budoucí výdaje spojené s licenčními poplatky, vystavují se značnému finančnímu riziku, neboť nevědí, zda budou schopni ekonomicky ustát případné zvýšení poplatků nebo změny v licenčních podmínkách. Navrhovatel zastává názor, že namítaná zadávací podmínka a s ní související ekonomické riziko je způsobilé odradit od účasti v zadávacím řízení potenciální dodavatele, kteří by jinak mohli podat na plnění předmětu veřejné zakázky nabídku, což ve svém důsledku omezuje hospodářskou soutěž.
12. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že ačkoliv namítaná zadávací podmínky formálně nevylučuje dodavatele standardizovaného softwaru, fakticky dochází k jejich znevýhodnění, a tedy i k porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace.

K požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob

13. Z obsahu námitek, na které navrhovatel v návrhu odkazuje a z nichž se odvozuje další argumentace navrhovatele, plyne, že navrhovatel odkazuje na následující ustanovení návrhu smlouvy a argumentaci zadavatele obsaženou ve Vysvětlení zadávací dokumentace.
14. Dle č. 8.5 (b) smlouvy platí, že „Zhotovitel bude Objednateli průběžně předávat zdrojový kód ke všem softwarovým částem plnění na základě této Smlouvy, pokud to není vyloučeno povahou díla třetí osoby, a to včetně podrobné dokumentace zdrojového kódu v rozsahu stanoveném touto Smlouvou.“.
15. Dle č. 8.5 (c) smlouvy platí, že „zdrojový kód bude předáván nahráním do úložiště zdrojových kódů Objednatele za využití nástroje GitLab, jak je definován v příloze této Smlouvy označené

jako Příloha 18, nebude-li stanoveno jinak, a to v souladu s přílohou této Smlouvy označenou jako Příloha 15.“.

16. *Dle čl. 8.5 (j) smlouvy platí, že „v případě, že není možné poskytnout zdrojové kódy v souladu s předchozími odstavci této Smlouvy, je Zhotovitel povinen předat Objednateli kompletně zdokumentované aplikační programové rozhraní (API). Povinnosti Zhotovitele uvedené v předchozích odstavcích tohoto článku 8.5 Smlouvy se přiměřeně použijí i na předání API dokumentace. Pro vyloučení pochybností se Strany dohodly, že pokud Zhotovitel neposkytne zdrojové kódy k Systému nDIS I, je povinen Objednateli prokázat, že příslušné zdrojové kódy nebylo možno získat ani při vynaložení nejvyššího možného úsilí a že neexistovala jiná kvalitativně srovnatelná varianta řešení, která by získání příslušných zdrojových kódů umožnila.“.*
17. *Ve Vysvětlení zadávací dokumentace č. 13 ze dne 3. 5. 2024 zadavatel uvádí, že „nepoptává dodávku standardizovaného softwarového produktu a že Systém nDIS I nemůže být ve svém jádru založen ani jako celek postaven na standardizovaném řešení. Dodání Systému nDIS I nezbytně vyžaduje vývojové práce za účelem naplnění zcela specifických požadavků a potřeb zadavatele, které z povahy věci žádný jiný uživatel na trhu nemá, neboť neprovozuje daňový systém státu a neplní úkoly finanční správy. Pokud Zhotovitel hodlá využít v rámci Systému nDIS I díla třetích osob, je povinen zajistit naplnění povinnosti stanovené v čl. 8.5 (b) SoD, která se vztahuje na veškerý software, který bude součástí Systému nDIS I. Standardizovaná řešení mohou být využita výhradně v rámci jednotlivých komponent, které lze v případě nutnosti bez významných nákladů zaměnit za jiné obdobné produkty, které budou splňovat zadávací podmínky. U takových dílčích komponent pod proprietární licencí se za stanovených podmínek povinnost uvedená v čl. 8.5 (b) SoD neuplatní. Na trhu musí být nicméně ve vztahu k použité komponentně dostupné kvalitativně srovnatelné alternativy, které lze pro tyto účely použít.“.*
18. *Navrhovatel zastává názor, že licenční podmínky standardního softwaru obvykle neumožňují poskytnutí zdrojových kódů ani práva k jejich úpravám. To znamená, že dodavatelé standardního softwaru jsou de facto vyloučeni z účasti v zadávacím řízení, což je vysoce diskriminační. Zadavatel se záměrem vyhnout se vendor lock-in podle navrhovatele paradoxně nastavuje takové zadávací podmínky, které mohou vést k novému proprietárnímu uzamčení.*
19. *Navrhovatel uvádí, že nijak nezpochybňuje právo zadavatele nastavit zadávací podmínky tak, aby v budoucnu zabránil vendor lock-in. Sporný je však podle navrhovatele způsob, jakým zadavatel v zadávacím řízení postupoval. Navrhovatel se domnívá, že stav uzamčení lze vyloučit různými způsoby, přičemž zadavatel měl povinnost zvolit postup, který je v souladu se zákonem, kdy měl přihlídnout k situaci na relevantním trhu. Namítanou zadávací podmínku považuje navrhovatel za nepřiměřeně excesivní a likvidační, neboť neumožňuje převážné většině dodavatelů účast v zadávacím řízení. Zadavatelem tvrzený záměr zamezit nastavením zadávacích podmínek stavu vendor lock-in je z pohledu navrhovatele nezákonně nadřazen základním zásadám zadávání veřejných zakázek.*
20. *Navrhovatel uvádí, že standardizovaný software (například produkty od Microsoft, SAP, IBM, či AWS) je široce používán a podporován mnoha dodavateli po celém světě. Tyto renomované softwarové produkty mají na trhu širokou síť certifikovaných partnerů a poskytovatelů služeb, kdy dodavatelé těchto produktů poskytují rozsáhlou dokumentaci, školení a certifikace pro své produkty. Tato dokumentace zahrnuje podrobné návody, technické specifikace*

a nejlepší praxe, které podle navrhovatele usnadňují implementaci a údržbu softwaru jinými dodavateli. Navrhovatel zastává názor, že široký výběr dodavatelů garantuje, že v případě, kdy původní dodavatel neplní jeho očekávání, zadavatel může snadno přejít k jinému dodavateli, neboť v takovém případě nebude závislý na jednom dodavateli. Navrhovatel dodává, že standardní software často přichází s rozsáhlou dokumentací a standardizovanými aplikačními programovými rozhraními (API), které umožňují integraci a úpravy bez nutnosti přístupu ke zdrojovým kódům. Dodavatelé takových řešení podle navrhovatele obvykle zajišťují, že jejich dokumentace a API jsou pravidelně aktualizovány a testovány, aby splňovaly nejnovější bezpečnostní standardy a best practices, čímž se zajišťuje, že systém je nejen funkční, ale také vysoce bezpečný a spolehlivý. Tato dokumentace a API podle navrhovatele zabezpečují, že jiné společnosti mohou poskytovat podporu a rozvoj softwaru, čímž se opět snižuje riziko vendor lock-in.

21. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že návaznost dalších plnění, na která zadavatel v rozhodnutí o námitkách upozorňuje, bude u takového standardizovaného softwaru možná a proveditelná i bez poskytnutí zdrojových kódů. Podle navrhovatele právě požadavek zadavatele na téměř výlučné poskytnutí zdrojových kódů nutně povede k vývoji systému nDIS tzv. na „zelené louce“, který bude mít za následek, že to bude pouze vybraný dodavatel, kdo bude disponovat potřebným know-how k podpoře a rozvoji systému nDIS, což podle navrhovatele povede k vendor lock-in, jemuž se paradoxně zadavatel snaží vyhnout. Navrhovatel zastává názor, že standardní softwarová řešení s určitým stupněm vývoje na míru mohou být stejně efektivní a často ekonomičtější variantou, která zároveň umožňuje snadnější přechod mezi dodavateli než nový systém, u kterého budou zadavateli poskytnuty zdrojové kódy.
22. Navrhovatel uvádí, že jako odborník v oboru nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že systém nDIS je vysoce unikátní a není možné jej vytvořit primárně na principu standardizovaného softwaru s mírnou úpravou. Požadovaný systém nDIS není podle navrhovatele ojedinělým řešením, jež vyžaduje tak vysokou míru vlastního vývoje, jak se zadavatel snaží opakovaně tvrdit. Navrhovatel má totiž za to, že jím nabízené standardizované řešení do vysoké míry pokrývá téměř všechny potřeby zadavatele bez nutnosti významné individualizace již vyvinutého řešení. Navrhovatel v dalším představuje jím dodávané řešení s ohledem na míru shody se zadavatelem poptávaným řešením a uvádí možné postupy, jakým způsobem upravit jím dodávaný systém, aby byly v plném rozsahu zohledněny zadavatelem stanovené požadavky na systém. Navrhovatel má za to, že jím nabízené řešení je již ověřené a jeho nasazení by bylo rychlejší a ekonomicky efektivnější než kompletní vývoj nového systému na míru. Protože však navrhovatel podle svého vyjádření nemůže zadavateli poskytnout zdrojové kódy k jím nabízenému standardizovanému řešení, má navrhovatel za to, že je z účasti v zadávacím řízení automaticky diskvalifikován, neboť v uvedeném ohledu nesplňuje zadávací podmínky. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů ve spojení s údajně nepravdivým tvrzením zadavatele, že systém nDIS nelze vyvinout na základě již existujícího standardizovaného softwaru, za diskriminační a významně omezující hospodářskou soutěž.

K požadavku na výhradní licenci

23. Navrhovatel ve svých námitkách uvedl, že je přesvědčen o tom, že požadavek zadavatele na postoupení výkonu práv duševního vlastnictví, stejně jako požadavek na udělení výhradní

licenci je nedůvodný a nepřiléhavý, neboť téhož cíle lze podle názoru navrhovatele dosáhnout prostřednictvím udělení nevýhradní licence.

24. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách argumentuje tím, že čl. 8.2 (e) smlouvy dodavatelům umožňuje poskytnutí nevýhradní licence, pokud nelze poskytnout výhradní licenci. Tato úprava je však podle navrhovatele nedostatečná, protože primární požadavek zadavatele na výhradní licenci v zadávacích podmínkách zůstává.
25. Navrhovatel konstatuje, že rozumí významu systému nDIS jako součásti kritické informační infrastruktury, avšak je přesvědčen o tom, že nevýhradní licence s vhodně formulovanými oprávněními by dostatečně zajistila ochranu zájmů zadavatele i veřejného zájmu.
26. Požadavek zadavatele na výhradní licenci podle navrhovatele tak představuje nadbytečnou překážku pro dodavatele, je v rozporu se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace a vede k omezení hospodářské soutěže.

Ke stanovení platebních podmínek v návrhu smlouvy

27. Navrhovatel se domnívá, že zadavatelem nastavené platební podmínky významným způsobem omezují hospodářskou soutěž, neboť v rozporu s § 36 odst. 1 zákona bezdůvodně zaručují konkurenční výhodu zejména větším dodavatelům, a vytvářejí tak překážku hospodářské soutěže. Navrhovatel dodává, že dle čl. 11.1(a) návrhu smlouvy platí, že cena díla, respektive její jednotlivé části, jsou splatné na základě dílčích faktur vystavených zhotovitelem poté, co bude splněn akceptační milník dle přílohy návrhu smlouvy.
28. Navrhovatel namítá, že doba plnění dle zadávacích podmínek činí minimálně 31 měsíců, přičemž cena za dílo má být hrazena toliko v pěti platbách, které jsou časově rozvrženy tak, že od dodavatele vyžadují zejména pro první dvě dílčí úhrady ceny díla značné ekonomické rezervy a dotaci realizace předmětu veřejné zakázky primárně z vlastních zdrojů.
29. Argumentaci zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že zadavatel má zájem na dodání díla jako celku a že dílčí plnění nejsou způsobilá splnit účel veřejné zakázky, navrhovatel považuje za značně iluzorní, neboť právě rozdělení díla na více akceptačních milníků umožňuje zadavateli lépe kontrolovat průběžné plnění a zajistit, že každá dílčí část plnění je provedena řádně a včas. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel by měl umožnit postupné převzetí a fakturaci dílčích částí díla, což by bylo jak pro dodavatele, tak pro zadavatele efektivnější a významně by to rozšířilo okruh možných dodavatelů. Navrhovatel podle svého vyjádření tak usuzuje na základě opakovaných žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, které zadavatele na namítaný problém upozorňovaly. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatelem nastavené platební podmínky jsou diskriminační, zaručují určitým dodavatelům bezdůvodně konkurenční výhodu a současně vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

K problematice vyřízení námitek navrhovatele zadavatelem

30. Navrhovatel má za to, že zadavatel nedostatečně vypořádal jím podané námitky, když se nevyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách. Navrhovatel se domnívá, že rozhodnutí o námitkách obsahuje na mnoha místech pouze povrchní a obecná konstatování, a zadavatel tak nevypořádal dostatečně podrobně jednotlivé argumenty a skutečnosti uvedené v námitkách.

31. Zadavatel se podle navrhovatele nedostatečně vypořádal s námitkou týkající se kybernetické bezpečnosti a budoucí legislativy. Navrhovatel zastává názor, že v zadávacích podmínkách abscentují konkrétní mechanismy pro dodatečnou úhradu za poskytnutí služeb stran zapracování legislativních změn do systému. Podle navrhovatele nejasnosti ohledně aplikace změnového řízení vedou k finanční nejistotě pro dodavatele a k podání vzájemně neporovnatelných nabídek. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nestanoví, jakým způsobem bude určována „předvídatelnost“ legislativních změn v době přípravy výchozí dokumentace, což navrhovatel považuje za klíčové pro shodnou interpretaci tohoto problému. Zadavatel podle navrhovatele nikterak neřeší, jak zajistí, aby jím požadovaná fixní cena plnění nezpůsobovala neporovnatelnost nabídek.
32. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel rovněž adekvátně neřeší ani tu část jeho námitek týkajících se údajného znevýhodnění dodavatelů standardizovaného softwaru, kdy neuvádí žádné konkrétní možnosti, jak by bylo možné porovnat nabídky zahrnující nacenění různých druhů licenčních poplatků. Navrhovatel má za to, že zadavatel nevypořádal jeho námitku, že různá konstrukce licenčních poplatků může vést k neporovnatelnosti nabídek, zejména pak s ohledem na požadavek zadavatele, aby licenční poplatky byly zahrnuty do nabídkové ceny. Zadavatel se podle navrhovatele nedostatečně vypořádal s jeho argumentací, že zadávací podmínky mohou v uvedeném ohledu zvýhodnit ty dodavatele, kteří vyvinou zcela nový systém bez využití standardizovaného softwaru oproti dodavatelům, kteří budou vycházet z proprietárního řešení. Zadavatel podle navrhovatele nikterak nezhojil jeho obavy týkající se opakovaných licenčních poplatků u proprietárních systémů s ohledem na neznámou délku smluvního vztahu.
33. Zadavatel podle navrhovatele nevěnoval dostatečnou pozornost argumentu navrhovatele, že standardní software může snížit riziko vendor lock-in díky širší dostupnosti dodavatelů s potřebným know-how. Zadavatel podle navrhovatele sice uvedl možnost výjimky, kdy lze místo zdrojových kódů poskytnout API, ale už se nezabývá tím, jak často a za jakých konkrétních podmínek by tato výjimka byla aplikovatelná, což podle navrhovatele ponechává dodavatele v nejistotě ohledně přijetí jejich řešení. Navrhovatel má za to, že zadavatel nijak nereagoval na jeho tvrzení, že zadávací podmínky nereflktují technické limity trhu. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách totiž sice tvrdí, že požadavky na zdrojové kódy zajišťují nezávislost na budoucím dodavateli, ale již nikterak neřeší argumentaci navrhovatele, že použití standardního softwaru by mohlo snížit riziko vendor lock-in, a to díky možnosti snadnější výměny dodavatelů v průběhu plnění, aniž by musely být poskytnuty zdrojové kódy.
34. Zadavatel podle názoru navrhovatele v rozhodnutí nijak nereflektuje jeho konkrétní návrhy ohledně nevýhradní licence a nepředkládá dostatečné důvody pro preferenci výhradní licence. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nepředložil konkrétní důkazy nebo analýzy, které by jednoznačně prokazovaly, že výhradní licence je jediným způsobem, jak zajistit nezávislost na dodavateli a elementární bezpečnost systému. Podle názoru navrhovatele zadavatel nevěnoval dostatečnou pozornost jím navrhovaným alternativním řešením, a to například správně nastaveným podmínkám pro přístup k technické dokumentaci nebo API.
35. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách nereagoval řádně na jeho námitku, když nevysvětlil, proč nelze jednotlivé části prvního akceptačního milníku č. 1 (Prováděcí projekt, Prováděcí analýza, Detailní návrh řešení) považovat za samostatná dílčí

plnění způsobilá k předběžnému převzetí a fakturaci. Zadavatel podle názoru navrhovatele nezohlednil, že umožnění dílčí fakturace za jednotlivé fáze prvního akceptačního milníku by mohlo zajistit větší likviditu pro dodavatele, což by mohlo přispět k širší účasti menších a středních dodavatelů v zadávacím řízení.

36. Navrhovatel se domnívá, že rozhodnutí o námitkách je tak v rozporu i s § 245 odst. 1 zákona a je dán důvod pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách.

K otázce aktivní legitimace navrhovatele pro podání námitek a návrhu

37. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že z důvodu, že nepodal žádost o účast v zadávacím řízení, není aktivně legitimován pro podání námitek a následně návrhu proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Navrhovatel nesouhlasí s argumentací zadavatele, že s ohledem na dosavadní průběh zadávacího řízení, zejména pak s ohledem na zaslaná vysvětlení zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel není oprávněn zadat veřejnou zakázku přímo na základě předběžných nabídek, ale bude o předběžných nabídkách jednat. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na výhradu zadavatele v zadávací dokumentaci stran možnosti nejednat o předběžných nabídkách a zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky v souladu s ustanovením § 61 odst. 9 zákona. Z ustanovení zadávací dokumentace podle navrhovatele plyne právo zadavatele zadat veřejnou zakázku na základě předběžných nabídek. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud by zadavatel tuto možnost využil, došlo by z jeho strany k vynechání fáze jednání o předběžných nabídkách a po skončení lhůty pro podání předběžných nabídek by přistoupil přímo k činnostem spojeným s otevíráním (předběžných) nabídek. Navrhovatel vnímá tvrzení zadavatele, že není oprávněn zadat veřejnou zakázku na základě předběžných nabídek, jako ryze účelové, a to právě ve snaze odmítnout námitky navrhovatele z procesních důvodů, aniž by se s nimi musel věcně vypořádat.
38. Navrhovatel uvádí, že jím podané námitky směřují i do minimálních technických podmínek, které jsou v dalším jednání neměnné. Navrhovatel v této souvislosti v textu pod čarou odkazuje na to, že zadavatel jako minimální technické podmínky dle čl. 9 Přílohy č. 2 zadávací dokumentace stanoví: *„Dodavatel je povinen zajistit, že součástí vlastního zdrojového kódu budou i zdrojové kódy knihoven a frameworků (pokud budou použity) a to v podobě, aby je mohl použít (tedy měnit, kompilovat, znovupoužívat) kdokoli jiný pro potřeby FS. Nemá-li možné z licenčních důvodů zdrojové kódy knihoven a frameworků poskytnout, lze je použít jen v takovém rozsahu, aby je bylo možné bez nutnosti vynaložení významných nákladů nahradit takovou verzí, která splňuje podmínku předatelnosti.“*
39. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že mu postupem zadavatele újma vznikla a navrhovatel tak byl aktivně legitimován k podání námitek, resp. návrhu. Navrhovatel dodává, že v námitkách namítal, že u proprietárního softwaru nemůže z důvodu specifického know-how zadavateli poskytnout zdrojové kódy. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že požadavek na zdrojové kódy, resp. na jejich podobu, je podle jeho názoru součástí minimálních technických podmínek, které nebudou předmětem jednání a zůstávají tak po celou dobu zadávacího řízení neměnné.

40. Navrhovatel uvádí, že svými námitkami brojil toliko proti postupu zadavatele proti samotným zadávacím podmínkám, které jsou nastaveny natolik diskriminačním způsobem, že by podání žádosti považoval za úkon, který je pouze formální. Navrhovatel v dalším odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu týkající se přípustnosti podání námitek proti zadávacím podmínkám v průběhu jednacího řízení s uveřejněním. Navrhovatel dodává, že dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona je obecně zadavatel povinen odmítnout námitky stěžovatele, pakliže tyto byly podány neoprávněnou osobou. Podle navrhovatele postup zadavatele, který sice v rozhodnutí o námitkách uvádí, že navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání námitek, a tudíž je podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona odmítá, a zároveň námitky věcně přezkoumává, značí, že ani sám zadavatel si v šetřeném případě není jist, zda navrhovatel je či není aktivně legitimován k podání námitek (návrhu) či nikoliv.
41. Navrhovatel dodává, že namítané zadávací podmínky mu rovněž znemožnily, aby podal společnou žádost o účast s jinými dodavateli, s nimiž by se vzhledem k povaze veřejné zakázky a jejímu rozsahu a významu mohl podílet na jejím plnění. Navrhovatel uvádí, že v důsledku namítaných zadávacích podmínek nemohl podat žádost o účast. Podle názoru navrhovatele je nepochopitelné dovozovat, že aby se navrhovatel mohl efektivně bránit proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, je nucen nejprve podat žádost o účast, resp. předběžnou nabídku.

K ostatním částem návrhu

42. Navrhovatel ve svém návrhu odkazuje na aktuální soudní judikaturu týkající se nastavení základních mezí přiměřenosti, které musí zadavatel dodržet při formulaci zadávacích podmínek v souvislosti se zabráněním stavu proprietárního uzamčení poptávaného informačního systému.
43. Navrhovatel má za to, že zadávací podmínky jsou nezákonné, neboť jsou vymezeny způsobem, který je v přímém rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek a nedůvodně omezují hospodářskou soutěž.
44. Navrhovatel uvádí, že je zadávacími podmínkami přímo diskriminován, v důsledku čehož mu vzniká újma, protože se nemůže účastnit zadávacího řízení a ztratil tak možnosti uzavřít se zadavatelem smlouvu na plnění veřejné zakázky a generovat s tím spojený zisk.
45. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadávací řízení zrušil, neboť uložení nápravného opatření spočívajícího v odstranění nezákonných zadávacích podmínek již není objektivně možné.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

46. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 7. 6. 2024 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
47. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
48. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem ze dne 11. 6. 2024.

49. Dne 17. 6. 2024 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele. V průvodním dopisu z téhož dne zadavatel Úřad rovněž informoval o zpřístupnění dokumentace o zadávacím řízení prostřednictvím elektronického nástroje.

Vyjádření zadavatele k návrhu

50. Zadavatel má za to, že návrh neobsahuje toliko argumentaci navrhovatele obsaženou v jeho námitkách či reakci navrhovatele na rozhodnutí zadavatele o námitkách. Podle zadavatele navrhovatel formuloval námitky do značné míry obecně, a tudíž byl zadavatel nucen je vypořádat ve stejné míře obecnosti. Zadavatel dodává, že k novým skutečnostem uváděným v návrhu by Úřad neměl v souladu s § 251 odst. 4 zákona přihlížet, neboť je považuje za nepřípustné. Zadavatel zastává názor, že nemá povinnost reagovat na každé obecně zmíněné tvrzení navrhovatele v námitkách, nýbrž jeho úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem námitkové argumentace, tj. aby se zabýval všemi stěžejními aspekty námitek.
51. Zadavatel uvádí, že celým návrhem se prolínají tvrzení navrhovatele založená na argumentaci, která nezohledňuje podmínky zadávací dokumentace v celém rozsahu nebo je účelově dezinterpretuje, případně je založena na polemice s podmínkami, které zadávací dokumentace vůbec neobsahuje, anebo s tvrzeními, která zadavatel nikdy nevyslovil. Navrhovatel podle zadavatele záměrně opomíjí jeho argumentaci v rozhodnutí o námitkách a opakovaně uvádí svoji argumentaci, která se míjí s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách.
52. Zadavatel sděluje, že námitky navrhovatele byly odmítnuty z toho důvodu, že nebyly podány oprávněnou osobou. Zadavatel však dle svého vyjádření v rozhodnutí o námitkách uvedl i důvody, pro které bylo nezbytné námitky navrhovatele odmítnout i po věcné stránce.
53. Podle zadavatele z ustanovení § 241 odst. 1 zákona je zřejmé, že mezi postupem zadavatele a vznikem újmy musí existovat příčinná souvislost. Zadavatel má za to, že v daném případě tomu tak není, neboť rozhodující příčina nemožnosti uzavřít se zadavatelem smlouvu, realizovat veřejnou zakázku a potažmo výdělek z takové realizace je v daném případě dána tím, že se navrhovatel rozhodl nepodat žádost o účast. Zadavatel se domnívá, že i kdyby námitkám navrhovatele vyhověl a zadávací podmínky změnil, nezměnilo by se nic na tom, že by zadávací podmínky byly změněny před podáním předběžných nabídek a nemělo by to vliv na skutečnosti, že zadavatel již s navrhovatelem nemůže uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Podle zadavatele totiž neexistuje příčinná souvislost mezi namítanými pochybeními zadavatele při stanovení zadávacích podmínek a tvrzenou újmou navrhovatele. Podle zadavatele je za situace, kdy zadavatel nepodal žádost o účast v zadávacím řízení, lhotejné, zda se jeho námitky týkají minimálních technických podmínek či nikoli. Zadavatel má za to, že navrhovatel měl možnost a předpoklady pro to, aby podal žádost o účast, neboť zadávací podmínky mu v tom nebránily, navrhovatel se tedy pouze rozhodl žádost o účast nepodat. Zadavatel se domnívá, že z jeho postupu je zjevné, že záměrem navrhovatele bylo spíše dosáhnout zrušení zadávacího řízení než se zadávacího řízení seriózně zúčastnit. Zadavatel je přesvědčen o tom, že navrhovatel v důsledku nepodání žádosti o účast ztratil aktivní legitimaci k podání námitek a potažmo i návrhu, neboť mu postupem zadavatele nevznikla ani nehrozí jím tvrzená újma.

54. Zadavatel konstatuje, že v rozhodnutí o námitkách k otázce požadavků na kybernetickou bezpečnost uvedl, že výchozí dokumentace musí zohledňovat požadavky vyplývající z návrhu smlouvy, který je přílohou zadávací dokumentace, a z právních předpisů včetně těch, jejichž přijetí je v době přípravy výchozí dokumentace očekáváno a odborné veřejnosti známo. Podle zadavatele je takovým právním předpisem platná směrnice NIS2 a návrh zákona o kybernetické bezpečnosti, který je nyní ve stádiu přípravy. Zadavatel má za to, že z informací souvisejících s připravovaným zákonem o kybernetické bezpečnosti nevyplývá oproti původnímu návrhu žádná změna, který by se týkala požadavků na technické, provozní nebo aplikační provedení systému nDIS I, natož taková, kterou by nebylo možno předvídat na základě platné směrnice NIS2. Ostatně ani navrhovatel svou námitku nijak nekonkretizoval.
55. Zadavatel je přesvědčen o tom, že směrnici NIS 2, která má být transponována do právních řádů členských zemí EU, nelze považovat za normu, která by pro odborně způsobilého dodavatele mohla představovat neznámou právní úpravu, jež by na něj přenášela nepřiměřené riziko. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na ustanovení návrhu smlouvy týkající se změnového řízení, na základě kterého zadavatel v odůvodněných případech připouští uzavření dodatku ke smlouvě na základě sjednaných podmínek.
56. Zadavatel zdůrazňuje, že námitka navrhovatele stran licenčních poplatků je vágní a obecná, a to zejména z důvodu, že navrhovatel v námitkách používá neurčitou argumentaci, a to že dodavatelé, kteří *„využívají standardizovaný proprietární software s opakovanými licenčními poplatky“*, jsou oproti ostatním dodavatelům, kteří vytváří pro zadavatele „nový“ systém, znevýhodnění z důvodu, že tito ostatní dodavatelé mohou snáze a lépe stanovit jednorázové licenční poplatky než dodavatelé proprietárních systémů. Zadavatel dodává, že poptává první část unikátního daňového informačního systému založeného na požadavcích vyplývajících z českého daňového práva, který na trhu neprovozuje žádný jiný subjekt, a tudíž k argumentaci navrhovatele, že by na trhu existovala kvalitní komplexní standardizovaná řešení tohoto systému, vyjadřuje pochybnosti. Zadavatel se domnívá, že i pokud by přesto taková standardizovaná proprietární řešení na trhu dostupná byla, pak by licenční podmínky a výše licenčních poplatků stanovených poskytovatelem tohoto softwaru byla s největší pravděpodobností známá, což by podle něj umožnilo snadnější a přesnější stanovení celkových nákladů spojených s užíváním tohoto softwaru. Zadavatel tak setrvává na svém názoru, že požadavek na zahrnutí licenčních poplatků do nabídkové ceny žádným způsobem nediskriminuje ani jinak neznevýhodňuje dodavatele, kteří využívají *„standardizovaný proprietární software s opakovanými licenčními poplatky“*. Podle zadavatele je zahrnutí licenčních poplatků do nabídkové ceny standardním požadavkem, který je v zadávací dokumentaci formulován transparentním způsobem rovným pro všechny uchazeče, bez ohledu na to, zda využívají standardizovaný software nebo vyvíjejí řešení na míru.
57. Zadavatel uvádí, že formuloval požadavek na poskytnutí zdrojových kódů především u těch částí systému, které nelze jednoduše nahradit a které jsou nezbytné ať už v rámci servisní činnosti nebo dalšího rozvoje software. Zadavatel má za to, že dispozice a kontrola nad zdrojovými kódy je ve spojení s dalšími podmínkami zárukou, že bude moci pokračovat v rozvoji a provozu systému, a to s jakýmkoli odborně způsobilým dodavatelem, aniž by byl závislý na předchozím dodavateli či jeho poddodavatelích. Zadavatel se domnívá, že pokud by byl jako základ systému na aplikační vrstvě použit proprietární nebo standardizovaný software

bez zdrojových kódů, nebylo by možné v budoucnu další etapy realizovat, neboť v případě nového dodavatele by z pohledu technologie, licenčních poplatků a podpory byl plně odkázán na poskytovatele tohoto proprietárního software. V takovém případě podle zadavatele k závislosti na dodavateli zdánlivě nedochází na úrovni implementačního partnera, avšak dochází k němu na úrovni poskytovatele proprietárního software, který nelze žádným způsobem nahradit.

58. Zadavatel je přesvědčen o tom, že pokud je proprietární software použit jako základ systému a zadavatel nemá k dispozici jeho zdrojové kódy, je dodavatel takového řešení nenahraditelný po celou dobu provozování systému a může být nahrazen až v případě kompletního nahrazení tohoto systému, což po zadavateli nelze spravedlivě požadovat. Zadavatel dodává, že z těchto i jiných důvodů zadavatel připouští využití proprietárního software v rámci řešení systému za podmínky, že je možné případně takto použitý modul vyměnit za jiný, aniž by to znamenalo významné náklady na takovou změnu. Obdobně pak zadavatel podle svého vyjádření připouští možnost poskytnout API namísto zdrojových kódů. K námitce navrhovatele, že zadavatel nestanoví, jak často a za jakých podmínek lze API použít, zadavatel odkazuje na čl. 8.5 písm. (j) návrhu smlouvy, a navíc uvedené považuje za předmět jednání o předběžných nabídkách.
59. Zadavatel konstatuje, že je otevřený všem dostupným technickým řešením a odmítá veškeré požadavky navrhovatele, které de facto směřují k tomu, aby byl určitý standardní proprietární software upřednostněn či zvýhodněn před jinými variantami řešení. Zadavatel má zato, že rovné podmínky spočívají právě v tom, že pro všechny varianty jsou v mezích možností stanoveny podmínky jednotné.
60. Zadavatel uvádí, že pokud se navrhovatel domáhá odstranění požadavku na udělení výhradní licence a přitom uznává, že článek 8.2 (e) návrhu smlouvy připouští i udělení nevýhradní licence, pak je jeho námitka vnitřně rozporná, neboť sám navrhovatel v návrhu uznává, že návrh smlouvy obsahuje alternativu, která by pro něj byla přijatelná (tj. nevýhradní licence).
61. Zadavatel má zato, že navrhovatel v námitkách zcela opomenul čl. 8.2 (e) návrhu smlouvy, který podle zadavatele připouští udělení nevýhradní licence, a pouze argumentoval, že požadavek na výhradní licenci je nepřiměřený a diskriminační a že pro naplnění zamýšleného účelu postačuje licence nevýhradní. Zadavatel proto podle svého vyjádření v rozhodnutí o námitkách danou námitku odmítl s poukazem na to, že čl. 8.2 (e) návrhu smlouvy výslovně obsahuje možnost poskytnutí nevýhradní licence, které se navrhovatel ve svých námitkách dovolává. Podle zadavatele se tak navrhovatel v námitkách domáhá úpravy zadávacích podmínek, která je již v návrhu smlouvy obsažena. Podle zadavatele navrhovatel teprve až v návrhu uvádí důvod toho, proč alternativně zakotvenou možnost nevýhradní licence považuje za neadekvátní, čímž podle zadavatele nepřipustně rozšířil námitkovou argumentaci, o které zadavatel v rozhodnutí o námitkách nemohl rozhodnout. Zadavatel uvádí, že ustanovení čl. 8.2. návrhu smlouvy obsahuje tzv. kaskádu práv duševního vlastnictví. Tento mechanismus se podle zadavatele užívá zejména při dodávkách komplexních řešení, do kterých je zapojeno více subjektů a kde existuje řetězec různých práv a licencí, a to zejména v situacích, kdy nelze předjímat, jaká technická řešení budou součástí výsledné dodávky. Zadavatel dodává, že kaskáda práv duševního vlastnictví zajišťuje hierarchické uspořádání a vymezení práv a stanovuje pravidla pro přenos těchto práv mezi všemi subjekty v řetězci vztahů dodávaného řešení tak, aby zadavatel získal veškerá potřebná práva k užití díla

pro stanovený účel, přestože dopředu nemůže předjímat, v jakém postavení se dodavatelé a poddodavatelé ve vztahu k autorským dílům nachází a jaká práva jsou objektivně schopni poskytnout.

62. Podle zadavatele nelze akceptovat požadavek navrhovatele, který usiluje o své zvýhodnění, že by mu mělo být ponecháno oprávnění k dalšímu využití poskytnutého plnění pro své vlastní komerční účely či účely třetích osob. Zadavatel dodává, že tento požadavek nelze akceptovat ani z hlediska elementární bezpečnosti informačního systému, který je pro stát klíčový, což by v důsledku mohlo znamenat, že by jiný subjekt než zadavatel, kterému by byl dodán systém nebo jeho části, mohl zjistit, jak např. fungují některé moduly informačního systému daňové správy, a to se všemi z toho plynoucími negativními důsledky.
63. Zadavatel uvádí, že se navrhovatel v námitkách původně domáhal rozdělení akceptačních milníků 1 a 2 do více částí tak, aby na jejich základě bylo možno fakturovat části ceny díla dříve, než jak to předpokládá návrh smlouvy, avšak v návrhu rozdělení akceptačního milníku 2 do více částí opouští.
64. Zadavatel konstatuje, že má zájem na dodání systému jako celku, přičemž samostatná dílčí plnění nejsou způsobilá splnit účel, pro který zadavatel veřejnou zakázku zadává. Zadavatel dodává, že předběžné převzetí plnění odpovídající akceptačním milníkům postupem podle čl. 9.4 návrhu smlouvy stanovil tak, aby byl bez ohledu na zvolené řešení schopen ověřit za podmínek stanovených v návrhu smlouvy, že příslušné plnění splňuje požadavky stanovené v návrhu smlouvy a v případě jednotlivých verzí systému také nasadit tyto verze do produkčního provozu.
65. Zadavatel zastává názor, že akceptační milník 1 odpovídá pouze přípravě výchozí dokumentace, tedy úvodní fází provádění díla předtím, než zhotovitel započne s prováděním systému, kterou zadavatel rozdělil do tří dokumentů. Zadavatel konstatuje, že termín předání tohoto akceptačního milníku 1 je v zadávacích podmínkách stanoven jako termín nejzazší a dodavateli nic nebrání v tom předložit výchozí dokumentaci k předběžnému převzetí i dříve, s čímž souvisí i případná dřívější fakturace, pakliže je výchozí dokumentace zpracována v souladu s návrhem smlouvy. Zadavatel nevidí žádný důvod, proč by měl umožnit samostatnou fakturaci prvních dvou částí výchozí dokumentace (prováděcího projektu a prováděcí analýzy), když se jedná o dokumenty, které mají pouze pomocný charakter a pro zadavatele nemají bez současného vypracování detailního návrhu řešení žádnou přidanou hodnotu.
66. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele podle § 265 odst. 2 zákona zamítl, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. V opačném případě zadavatel navrhuje, aby Úřad po přezkoumání úkonů a postupu zadavatele návrh navrhovatele na zrušení zadávacího řízení věcně zamítl pro jeho nedůvodnost.

Další průběh správního řízení

67. Usnesením ze dne 21. 6. 2024 Úřad zadavateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

68. Usnesením ze dne 3. 7. 2024 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, přičemž tuto na základě žádosti zadavatele ze dne 8. 7. 2024 usnesením ze dne 9. 7. 2024 prodloužil. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí ve stanovené lhůtě ani později nevyjádřil.
69. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil přípisem ze dne 15. 7. 2024.
70. Zadavatel uvádí, že setrvává na své argumentaci, kterou uplatnil ve vyjádření k návrhu ze dne 17. 6. 2024, na které rovněž odkazuje. Zadavatel shrnuje svoji argumentaci uplatněnou ve svém vyjádření ze dne 17. 6. 2024 a setrvává na svém názoru, že navrhovatel nebyl oprávněnou osobou pro podání námitek a následně návrhu. Co se týče věcné části návrhu, zadavatel ve svém vyjádření toliko ve stručnosti shrnuje svoji argumentaci uplatněnou ve vyjádření k návrhu. Zadavatel je rovněž přesvědčen o tom, že jeho rozhodnutí o námitkách je přezkoumatelné, kdy se v plném rozsahu věcně vyjádřil ke každé jednotlivé námitce uplatněné navrhovatelem, tak jak mu ukládá zákon.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

71. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření účastníků řízení, rozhodl podle § 265 písm. b) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.
72. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

73. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené
- 1) podmínky průběhu zadávacího řízení,
 - 2) podmínky účasti v zadávacím řízení,
 - 3) pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 - 4) pravidla pro hodnocení nabídek,
 - 5) další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
74. Podle § 36 odst. 3 zákona zadavatel stanoví zadávací podmínky a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
75. Podle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit jako
- a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

76. Podle § 61 odst. 4 zákona zadavatel v zadávací dokumentaci označí, které požadavky na plnění veřejné zakázky představují minimální technické podmínky, které musí nabídka splňovat.
77. Podle § 61 odst. 5 zákona po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast zadavatel posoudí soulad kvalifikace účastníků zadávacího řízení a provede snížení počtu účastníků zadávacího řízení podle § 111 zákona, pokud si tak vyhradil v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo v předběžném oznámení, kterým zahájil zadávací řízení. Zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky, kteří neprokázali splnění kvalifikace nebo nebyli vybráni při snížení počtu účastníků zadávacího řízení. Nevyloučeným účastníkům zadávacího řízení zašle výzvu k podání předběžných nabídek, a to všem současně. Výzva k podání předběžných nabídek musí obsahovat náležitosti stanovené v příloze č. 6 k zákonu.
78. Podle § 61 odst. 8 zákona jedná zadavatel s účastníky zadávacího řízení o předběžných nabídkách s cílem zlepšit předběžné nabídky ve prospěch zadavatele. V rámci jednání může být snižován počet předběžných nabídek, o nichž se bude jednat podle § 112 zákona, pokud si tak zadavatel vyhradil v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo v předběžném oznámení, kterým zahájil zadávací řízení.
79. Podle § 61 odst. 9 zákona si může zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradit, že nemusí o předběžných nabídkách jednat a může zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky. V takovém případě se při otevírání předběžných nabídek postupuje podle § 108, § 109 odst. 1 a 2 a § 110 zákona obdobně.
80. Podle § 61 odst. 11 zákona může zadavatel v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek podle § 61 odst. 4 zákona a vyjma pravidel pro hodnocení nabídek podle § 115 zákona. O takové změně nebo doplnění zadávacích podmínek musí zadavatel účastníky zadávacího řízení písemně informovat a poskytnout jim přiměřenou dobu pro úpravu předběžných nabídek. Změněné nebo doplněné zadávací podmínky musí nadále splňovat podmínky pro použití jednacího řízení s uveřejněním.
81. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky, nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma. Námitky nelze podat proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, koncese malého rozsahu podle § 178 zákona nebo sektorové veřejné zakázky podle § 158 odst. 1 zákona; to neplatí v případech, kdy zadavatel nebo jiná osoba zahájí zadávací řízení podle § 4 odst. 4 nebo 5 zákona.
82. Podle § 251 odst. 1 věty první zákona návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá.
83. Podle § 265 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

Shrnutí zjištěných skutečností

84. V bodu 4.4.1 odstavce 4.4 „Minimální technické podmínky“ části A zadávací dokumentace - pokyny zadavatele (dále také jen „zadávací dokumentace“) zadavatel stanovil: „*Minimální technické podmínky ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 ZZVZ jsou blíže specifikovány v příloze č. 2 těchto Pokynů zadavatele.*“. V příloze č. 2 „Minimální technické podmínky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„Zadavatel dle § 61 odst. 4 ZZVZ vymezuje následovně požadavky, které představují minimální technické podmínky:

Dodavatel je povinen vypracovat Výchozí dokumentaci.

Dodavatel je povinen vytvořit a zavést funkční celky Systému nDIS I, které:

- 1. Budou technologickými komponentami:*
 - *Portál nDIS pro přístup interních a externích uživatelů,*
 - *nIDR jako integrační platforma,*
 - *nIDM (IDM/IAM) pro správu identit, uživatelských účtů, rolí a oprávnění,*
 - *MDM pro správu číselníků.*
- 2. Budou zajišťovat průřezové a podpůrné funkcionality:*
 - *nED – nová evidence daní,*
 - *OSD – obecná správa daní,*
 - *GDPR a zajištění procesů ochrany osobních údajů,*
 - *Evidence a zajištění procesů správy subjektů,*
 - *nRS – nový registr subjektů.*
- 3. Budou používány při provádění následujících daňových agend:*
 - *Daň z nemovitých věcí,*
 - *Daň z příjmů ze závislé činnosti a Individualizace.*
- 4. Budou zajišťovat kooperaci a integraci mezi nDIS a ADIS (včetně Portálu MOJE daně) nutnou pro hladký přechod z ADIS na nDIS a pro eliminaci rizik vznikajících při nesprávném provedení takového přechodu.*
- 5. Budou všechny integrovány vzájemně mezi sebou a dále integrovány s interními informačními systémy FS, mezi které patří:*
 - *eSSL – Elektronická spisová služba,*
 - *EKIS – Ekonomický informační systém,*
 - *DWH – Datový sklad.*
- 6. Budou propojeny s externími informačními systémy spolupracujících organizací, mezi které patří zejména:*

- služby Základních registrů prostřednictvím ISZR,
 - informační systém Katastru nemovitostí.
7. Funkční celky Systému nDIS I uvedené výše budou vytvořeny a zavedeny tak, aby zajišťovaly:
- Prostředí pro dlouhodobou a flexibilní podporu daňových agend,
 - Proaktivní a uživatelsky přívětivý přístup,
 - Centralizaci dat poplatníků a plátců,
 - Nezávislost na místní příslušnosti,
 - Předvyplňování formulářů,
 - Centralizaci plateb,
 - Modulární prostředí pro postupný převod dalších procesů z ADIS do nDIS,
 - Použitelnost řešení i pro další procesní oblasti a funkcionality,
 - Maximální možné využití standardizovaných řešení nezávislých výrobců, a to jak přímým použitím out-of-the-box softwaru, tak použitím standardizovaných a veřejně dostupných platforem a tím umožňovaly snížení rozsahu zákaznických řešení,
 - Vytvoření prostředí nezávislého na jednom dodavateli pro eliminaci vzniku vendor lock-in,
 - Prostředí, které bude škálovatelné zejména prostřednictvím kontejnerizace dle potřeb Zadavatele,
 - Řešení musí být připraveno k provozování v eGovernment Cloudu či jiném určeném infrastrukturním prostředí.
8. Dodavatel je povinen poskytovat Paušální služby a Služby na vyžádání v souvislosti s realizací Systému nDIS I
9. Dodavatel je povinen zajistit, že součástí vlastního zdrojového kódu budou i zdrojové kódy knihoven a frameworků (pokud budou použity) a to v podobě, aby je mohl použít (tedy měnit, kompilovat, znovupoužívat) kdokoli jiný pro potřeby FS. Není-li možné z licenčních důvodů zdrojové kódy knihoven a frameworků poskytnout, lze je použít jen v takovém rozsahu, aby je bylo možné bez nutnosti vynaložení významných nákladů nahradit takovou verzí, která splňuje podmínku předatelnosti.
10. Řešení bude provozovatelné ve 2 nezávislých datových centrech SPCSS v režimu Active-Active včetně schopnosti plnit zálohovací plány
11. Výše uvedené minimální technické podmínky nebude zadavatel v průběhu jednání ve smyslu § 61 odst. 11 ZZVZ měnit či doplňovat.“

85. V odstavci 7.1 „Vymezení zadávací dokumentace“ článku 7. „Vymezení zadávací dokumentace, její poskytování, její vysvětlení, změny a doplnění“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

7.1.1 Zadávací dokumentace je Zadavatelem vypracována jako podklad pro zpracování a podání nabídek dodavatelů v rámci zadávacího řízení. Její ustanovení se přiměřeně použijí i ve vztahu k žádostem o účast, nevyplyvá-li ze zadávací dokumentace výslovně něco jiného.

7.1.2 Zadavatel upozorňuje, že zadávací dokumentace je souhrnem požadavků Zadavatele, nikoliv konečným souhrnem veškerých požadavků vyplývajících z obecně závazných právních předpisů a technických norem. Dodavatel se tak musí při zpracování své žádosti o účast, předběžné nabídky a nabídky vždy řídit nejen požadavky obsaženými v zadávací dokumentaci a dalších dokumentech obsahujících zadávací podmínky ve smyslu ustanovení § 28 odst. 1 písm. a) ZZVZ, ale též ustanoveními příslušných právních předpisů a technických norem.

7.1.3 Informace a údaje uvedené v jednotlivých částech zadávací dokumentace, jejích přílohách a dalších dokumentech tvořících zadávací podmínky Veřejné zakázky, vymezují závazné požadavky Zadavatele na plnění Veřejné zakázky. Zadavatel však upozorňuje na to, že tyto zadávací podmínky mohou, vyjma minimálních technických podmínek obsažených v příloze č. 2 těchto Pokynů zadavatele a vyjma pravidel pro hodnocení nabídek, doznat změn, a to mimo jiné v rámci fáze, kdy bude jednáno o předběžných nabídkách dodavatelů. Požadavky, které vyplynou z výzvy k podání konečných nabídek (v podrobnostech viz čl. 8 těchto Pokynů zadavatele) je dodavatel povinen plně a bezvýhradně respektovat při zpracování své konečné nabídky, přičemž neakceptování takových požadavků Zadavatele bude považováno za nesplnění zadávacích podmínek (...).“.

86. V odstavci 8.3 „Způsob a zásady jednání s dodavateli o předběžných nabídkách“ článku 8. „Vymezení průběhu jednacího řízení s uveřejněním“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„8.3.1 Zadavatel po posouzení kvalifikace zašle všem dodavatelům, kteří prokázali splnění kvalifikace v souladu s Kvalifikační dokumentací, výzvu k podání předběžných nabídek. Předběžnou nabídku může podat pouze ten dodavatel, který byl Zadavatelem vyzván k podání předběžné nabídky na Veřejnou zakázku. Zadavatel si vyhrazuje právo o předběžných nabídkách nejednat a zadat Veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky v souladu s ustanovením § 61 odst. 8 ZZVZ.

8.3.2 V případě, že Zadavatel nevyužije svého práva zadat Veřejnou zakázku na základě předběžných nabídek, odešle dodavatelům, kteří podali předběžnou nabídku, výzvu k jednání o předběžných nabídkách, a to alespoň pět (5) dnů před datem jednání.“.

87. V bodu 8.2 „Postoupení práv a licenční ujednání“ článku 8. „Práva duševního vlastnictví a zdrojové kódy“ návrhu smlouvy, který je přílohou č. 1 zadávací dokumentace, zadavatel stanovil:

„(a) Strany se dohodly, že pokud bude v souvislosti s jakýmkoli plněním poskytovaným na základě této Smlouvy vytvořen Zhotovitelem jeho vlastní činností nebo činností třetích osob včetně poddodavatelů z podnětu Zhotovitele nebo na jeho objednávku jakýkoli předmět práva duševního vlastnictví nebo obdobného práva včetně zvláštního práva pořizovatele databáze,

náleží automaticky v plném rozsahu Objednateli k okamžiku jeho zpřístupnění Objednateli; Zhotovitel souhlasí s tím, že Objednatel je plně oprávněn vykonávat kterékoli z těchto práv.

(b) V případě, že z jakéhokoli důvodu ke kterékoli verzi, části či prvku plnění nepřejde na Objednatele jakékoli právo duševního vlastnictví nebo obdobné právo včetně zvláštního práva pořizovatele databáze automaticky dle předchozího článku 8.2(a) Smlouvy, Zhotovitel tímto k okamžiku zpřístupnění takové verze, části nebo prvku plnění, které zahrnuje příslušný předmět práva duševního vlastnictví nebo obdobného práva včetně zvláštního práva pořizovatele databáze, toto právo postupuje na Objednatele.

(c) V rozsahu, v jakém z jakéhokoli důvodu ke kterékoli verzi, části či prvku plnění práva nepřecházejí dle článku 8.2(a) Smlouvy na Objednatele automaticky, nebo nejsou postoupena Objednateli dle článku 8.2(b) Smlouvy, Zhotovitel tímto k okamžiku zpřístupnění takové verze, části nebo prvku plnění, které zahrnuje příslušný předmět práva duševního vlastnictví nebo obdobného práva, neodvolatelně postupuje Objednateli právo výkonu těchto práv, zejména autorských majetkových práv a zvláštního práva pořizovatele databáze, a to na celou dobu jejich trvání k danému plnění.

(d) V rozsahu, v jakém z jakéhokoli důvodu ke kterékoli verzi, části či prvku plnění práva nepřecházejí dle článku 8.2(a) Smlouvy na Objednatele automaticky, nebo nejsou postoupena Objednateli dle článku 8.2(b) Smlouvy, nebo právo výkonu těchto práv není postoupeno dle článku 8.2(c) Smlouvy, Zhotovitel tímto k okamžiku zpřístupnění takové verz[e], části nebo prvku plnění, které zahrnuje příslušný předmět práva duševního vlastnictví nebo obdobného práva včetně zvláštního práva pořizovatele databáze, uděluje Objednateli licenci

(i) výhradní;

(ii) množstevně a územně neomezenou;

(iii) nezrušitelnou, nevypověditelnou a udělenou na dobu určitou, a to celou dobu trvání autorských majetkových práv; (...).“.

(e) V rozsahu, v jakém z jakéhokoliv důvodu ke kterékoli verzi, části či prvku plnění nelze Objednateli poskytnout výhradní licenci dle článku 8.2(d) Smlouvy, Zhotovitel tímto k okamžiku zpřístupnění takové verze, části nebo prvku plnění, které zahrnuje příslušný předmět práva duševního vlastnictví nebo obdobného práva včetně zvláštního práva pořizovatele databáze, uděluje Objednateli nevýhradní licenci v celém rozsahu stanoveném v článku 8.2(d) Smlouvy.

88. V bodu 8.4 „Díla třetích osob“ článku 8. „Práva duševního vlastnictví a zdrojové kódy“ návrhu smlouvy zadavatel stanovil:

„(a) Zhotovitel je oprávněn do plnění poskytovaného na základě této Smlouvy zakomponovat předmět chráněný právy duševního vlastnictví třetích osob (včetně poddodavatelů) nebo obdobnými právy včetně pod proprietárními nebo FOSS licencemi, jako například předprogramované části software, které užije jako základ nebo součást plnění poskytovaného na základě této Smlouvy (dále jen ‚dílo třetí osoby‘), avšak pouze za následujících podmínek:

(i) použití díla třetí osoby nebude spojeno s povinností vyznačit změny, které Zhotovitel v díle třetí osoby provedl ani s povinností sdělit třetí osobě zdrojový kód nebo dokumentaci API odvozeného díla; odvozeným dílem se pro účely tohoto článku 8 Smlouvy považuje nejen plnění Zhotovitele založené na díle třetí osoby, ale i plnění

Zhotovitele, do kterého by dílo třetí osoby bylo pouze jen začleněno nebo s ním bylo propojeno (dále jen „odvozené dílo“);

- (ii) Objednatel bude moci nezávisle na Zhotoviteli díla třetích osob a od nich odvozená díla užívat, upravovat, měnit či jinak do nich zasahovat, volně je šířit, sdělovat veřejnosti a udělovat k nim podlicence v rozsahu stanoveném touto Smlouvou; (...).“.*

89. V bodu 8.5 „Zdrojové kódy a API“ článku 8. „Práva duševního vlastnictví a zdrojové kódy“ návrhu smlouvy zadavatel stanovil:

„(...) (b) Strany se dohodly, že Zhotovitel bude Objednateli průběžně předávat zdrojový kód ke všem softwarovým částem plnění na základě této Smlouvy, pokud to není vyloučeno povahou díla třetí osoby, a to včetně podrobné dokumentace zdrojového kódu v rozsahu stanoveném touto Smlouvou. Zhotovitel bude rovněž dokumentovat a průběžně aktualizovat přehled všech autorů zdrojových kódů k softwarovým částem plnění vytvořeným na míru Objednateli vlastní činností Zhotovitele nebo činností třetích osob na objednávku Zhotovitele či z podnětu Zhotovitele včetně poddodavatelů.

(c) Zdrojový kód bude předáván nahráním do uložiště zdrojových kódů Objednatele za využití nástroje GitLab, jak je definován v příloze této Smlouvy označené jako Příloha 18, nebude-li stanoveno jinak, a to v souladu s přílohou této Smlouvy označenou jako Příloha 15. Zdrojový kód musí být spustitelný v prostředí Objednatele a zaručovat možnost ověření, že je k datu nahrání kompletní a ve správné verzi a že umožňuje kompilaci, instalaci, spuštění a ověření funkcionality. (...)

(j) V případě, že není možné poskytnout zdrojové kódy v souladu s předchozími odstavci této Smlouvy, je Zhotovitel povinen předat Objednateli kompletně zdokumentované aplikační programové rozhraní (API). Povinnosti Zhotovitele uvedené v předchozích odstavcích tohoto článku 8.5 Smlouvy se přiměřeně použijí i na předání API dokumentace. Pro vyloučení pochybností se Strany dohodly, že pokud Zhotovitel neposkytne zdrojové kódy k Systému nDIS I, je povinen Objednateli prokázat, že příslušné zdrojové kódy nebylo možno získat ani při vynaložení nejvyššího možného úsilí a že neexistovala jiná kvalitativně srovnatelná varianta řešení, která by získání příslušných zdrojových kódů umožnila.“.

90. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 na dotaz č. 1 b: »Tyto požadavky vnímáme tak, že mohou velmi významně omezit okruh použitelných děl třetích osob, zejména např. článek:

„(ii) Objednatel bude moci nezávisle na Zhotoviteli díla třetích osob a od nich odvozená díla užívat, upravovat, měnit či jinak do nich zasahovat, volně je šířit, sdělovat veřejnosti a udělovat k nim podlicence v rozsahu stanoveném touto Smlouvou.“.

Je si prosím Zadavatel vědom toho, že takové omezení je v praxi splnitelné jen některými (ne všemi) FOSS licencemi a v podstatě zamezuje možnosti použít většinu komerčních děl třetích osob, i řadu děl třetích osob, které jsou založeny na FOSS, ale jsou využívány se specifickou licencí na základě komerční (enterprise) podpory provozu a údržby? (...).«.

Zadavatel uvedl následující:

„Zadavatel k dotazu 1b dodavatele uvádí, že jedním z cílů Smlouvy je zabránit nežádoucí situaci tzv. vendor-lock in. Ustanovení čl. 8 Smlouvy zakotvuje podmínky dodání Systému nDIS I takovým způsobem, aby jej byl zadavatel schopen řádně provozovat, udržovat a rozvíjet bez

závislosti na dodavateli Systému nDIS I. Dodavatel je odpovědný za to, že taková dostatečná práva pro zadavatele získá i od třetích osob, jejichž díla využije v rámci provedení Systému nDIS I. Jednou z těchto podmínek je s ohledem na autorskoprávní ochranu i získání oprávnění k užití a veškerým úpravám Systému nDIS I, které budou nezbytné k zajištění jeho funkčnosti, stejně jako k jeho využívání v souladu s potřebami Finanční správy ČR, a to bez ohledu na to, kdo vykonává k jednotlivým komponentám Systému nDIS I osobnostní a majetková autorská práva. Zadavatel upozorňuje, že se nejedná o podmínku jedinou a i ostatní podmínky využitelnosti díla třetí osoby (např. neexistence povinnosti poskytnout zdrojový kód odvozeného díla) musí být dodavatelem taktéž splněny – viz čl. 8 odst. 8.4 Smlouvy.

Pokud se jedná o díla třetích osob pod některou z FOSS licencí, jejich obvyklým znakem je přístup ke zdrojovým kódům a možnost jejich úprav v rámci jejich využití. Zadavatel si je vědom skutečnosti, že získání dostatečných práv v intencích čl. 8 odst. 8.4 Smlouvy může vyžadovat získání enterprise licence, jejíž obstarání pro zadavatele je však odpovědností dodavatele, pokud hodlá taková díla třetích osob v rámci Systému nDIS I využít.

Pokud není možné ve výjimečných případech předvídaných Smlouvou obstarat pro zadavatele zdrojové kódy (zadavatel předpokládá, že taková situace může nastat u děl třetích osob pod proprietární licencí), Smlouva v čl. 8 odst. 8.4 písm. b) předpokládá, že tyto poskytnuty nebudou, což znamená, že nebudou ani užívány a měněny. Zadavatel však musí mít možnost úprav těch prvků Systému nDIS I, které zajišťují funkční propojení mezi příslušnou komponentou pod proprietární licencí a navazujícími prvky Systému nDIS I tak, aby byla v maximální možné míře zajištěna řádná funkčnost Systému nDIS I bez závislosti na dodavateli Systému nDIS I či třetích osobách, jejichž díla dodavatel využil v rámci zhotovení Systému nDIS I.

Zadavatel předpokládá, že optimální rozsah práv, která lze získat k dílům třetích osob pod FOSS a proprietárními licencemi, bude též předmětem jednání o nabídkách v rámci jednacího řízení s uveřejněním.“

Právní posouzení

91. Úřad úvodem konstatuje, že v souvislosti s posuzovanou právní otázkou, je nezbytné vycházet z povahy (druhu) zadávacího řízení, ve kterém je předmětná veřejná zakázka zadávána. Tato je zadávána v jednacím řízení s uveřejněním (dále také jen „JŘSU“). V tomto kontextu Úřad sděluje, že charakter JŘSU je zejména oproti otevřenému či užšímu zadávacímu řízení dle zákona odlišný, což ostatně plyne i ze samotného názvu tohoto druhu zadávacího řízení. Podstatou aplikace JŘSU ze strany zadavatele je přímé jednání zadavatele s účastníky zadávacího řízení o jejich předběžných nabídkách. Obecně lze usuzovat o tom, že zadavatelé se k použití JŘSU uchýlí zejména v případech, kdy předmět plnění je obzvláště složitý, respektive kdy zadavatel má reálnou představu o „výsledku“ zadávacího řízení, avšak si není zcela jist tím, jakou cestou se k němu dobrat, nebo například v případech, kdy ještě před uzavřením smlouvy má v úmyslu s jednotlivými účastníky zadávacího řízení nad jejich řešeními jednat, tak aby se z jeho pohledu co nejvíce přiblížila k optimálnímu řešení. Jak vyplývá z ustanovení § 61 odst. 11 zákona, platí, že jediným limitem jednání v jednacím řízení s uveřejněním jsou minimální technické podmínky podle § 61 odst. 4 zákona a pravidla pro hodnocení nabídek podle § 115 zákona, které nemohou být na základě jednání v JŘSU měněny, doplňovány či jakýmkoli jiným způsobem modifikovány. Zákonodárce stanoví, že průběh jednacího řízení s uveřejněním je standardně rozdělen do několika fází, a to konkrétně na první fázi – podání žádostí o účast,

druhou fází – podání předběžných nabídek a třetí fází – podání nabídek (blíže srov. § 61 odst. 5 až odst. 12 zákona). Hlavním smyslem a účelem užití jednacího řízení s uveřejněním tak je jednání mezi zadavatelem a účastníky zadávacího řízení, a to na podkladě podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci a v předběžných nabídkách, které účastníci zadávacího řízení (poté, co podali žádost o účast a prokázali, že jsou kvalifikováni pro plnění předmětu veřejné zakázky) zpracovali na základě „stávajících“ zadávacích podmínek. Cílem takto pojatého jednání je vyjednání „výsledných“ podmínek plnění předmětu veřejné zakázky, které budou následně zakotveny ve smlouvě uzavírané mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem.

92. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že **na základě jednání** v JŘSU mezi zadavatelem a účastníky zadávacího řízení **může docházet k doplňování či změně původních zadávacích podmínek** stanovených zadavatelem, což ostatně předpokládá a stanoví i sám zákonodárce v ustanovení § 61 odst. 11 zákona, kde je mj. uvedeno: *„Zadavatel může v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek podle odst. 4 a vyjma pravidel pro hodnocení nabídek podle § 115. (...)“*. Z citovaného ustanovení zákona plyne, že **jednání** v JŘSU **může probíhat o všech aspektech zadávacích podmínek a vlastnostech nabízeného plnění**, a to s výjimkou minimálních technických podmínek a pravidel pro hodnocení nabídek. Zároveň však platí, že zadavatel je povinen dle § 36 odst. 3 zákona stanovit zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení a tyto poskytnout dodavatelům, a to buď v rámci zadávací dokumentace, případně následně v rámci vysvětlení zadávací dokumentace, nebo v rámci jednání u těch zadávacích řízení, kde je jednání připuštěno (tj. mimo jiné právě i JŘSU). Dle komentářové literatury¹ *„[se bude] uvedená míra podrobností zadávacích podmínek u jednotlivých druhů zadávacích řízení lišit dle fází toho kterého druhu zadávacího řízení; u těch druhů zadávacích řízení, v rámci kterých je předpokládáno jednání s účastníky (JŘSU, JŘBU, ŘSSD, ŘOIP, koncesní řízení a řízení pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném režimu) se zákonem povoluje (předpokládá) jejich postupné dotváření při (resp. jako výsledek) jednání či dialogu.“*
93. Na základě shora uvedeného je tedy možné uzavřít, že rozhodne-li se zadavatel o předběžných nabídkách jednat, účastníci zadávacího řízení mohou předběžné nabídky v průběhu jednání upravovat a stejně tak zadavatel může v průběhu jednání měnit, doplňovat nebo upřesňovat zadávací podmínky, vyjma minimálních technických podmínek označených v zadávací dokumentaci, které musí nabídka splňovat, a vyjma pravidel pro hodnocení nabídek. Pokud tedy zadavatel v rámci jednacího řízení s uveřejněním hodlá jednat, kdy výsledkem jednání může být změna předběžných nabídek i změna původních zadávacích podmínek (s výše uvedenými výjimkami), jedná se o postup, který je zcela přirozený, a dokonce i předpokládatelný. Pro úplnost Úřad dodává, že „dotváření“ zadávacích podmínek v rámci jednacího řízení zpravidla bývá příznačné pro technické, obchodní, smluvní či jiné podmínky, které se vztahují k předmětu veřejné zakázky.
94. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že je nezbytné důsledně rozlišovat, v jaké fázi se zadávací řízení právě nachází, rozhodne-li se některý z dodavatelů zadávací podmínky

¹ Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022 s. 253

rozporovat, neboť právě „živost a možnosti změn“ při postupu v JŘSU způsobují odlišnou situaci v souvislosti s podáváním námitek, resp. s rozhodováním o nich. Jak bylo zmíněno již výše, zadávací podmínky, až na výjimky, nejsou neměnné. Je tedy třeba vždy sledovat, v jaké fázi se nalézá předmětné zadávací řízení a v jakém postavení je dodavatel (typicky např. zda je či není účastníkem zadávacího řízení, zda v souvislosti s uplatňovanou argumentací mu hrozí újma atp.), který předmětnou zadávací podmínku namítá. Právě uvedené plně reflektuje rozhodovací praxe Úřadu, ze které Úřad vychází i při posuzování tohoto případu.

95. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozhodovací praxi předsedy Úřadu, který se touto problematikou opakovaně při svém rozhodování zabýval. Předseda Úřadu např. ve svém rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0147/2023/VZ, č. j. ÚOHS-01612/2024/163 ze dne 15. 1. 2024 výslovně uvedl: *„Je nutné vzít v potaz, v jaké fázi se zadávací řízení nacházelo v době, kdy navrhovatel podal námitky, návrh a rozklad. JŘSU posuzované v tomto případě se nacházelo (a stále nachází) ve své první fázi, tj. fáze kvalifikační (ta začíná uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení a končí posuzováním kvalifikace, příp. vyloučením nekvalifikovaných účastníků), a proti jakým úkonům zadavatele směřovaly námitky a návrh navrhovatele (vysvětlení zadávací dokumentace). V této fázi je nutné námitkami napadat zejména minimální technické podmínky (v nyní posuzovaném případě příloha č. 19 zadávací dokumentace) a pak podmínky kvalifikace, tj. články 10–14 zadávací dokumentace (10. Požadavky Zadavatele na kvalifikaci dodavatelů; 11. Základní způsobilost dle § 74 a § 75 ZZVZ; 12. Profesní způsobilost dle § 77 ZZVZ; 13. Ekonomická kvalifikace dle § 78 ZZVZ; 14. Technická kvalifikace dle § 79 ZZVZ). Je sice právem dodavatele se dotazovat na jakoukoli část zadávací dokumentace, avšak s ohledem na tento konkrétní případ, kdy si zadavatel nevyhradil dle § 61 odst. 9 zákona možnost o předběžných nabídkách nejednat, je zřejmé, že vše, mimo minimální technické požadavky dle § 61 odst. 4 zákona a podmínky účasti, je možné v průběhu jednací fáze se zadavatelem jednak diskutovat a jednak změnit. V takovém případě má sice dodavatel možnost pokládat dotazy i k těmto částem, avšak lze chápat a také akceptovat stanovisko zadavatele, že v této fázi řízení je třeba se soustředit na ty části zadávací dokumentace, které jsou podstatné pro podání žádosti o účast ve smyslu možnosti tyto žádosti podat. Je tomu tak proto, že vysvětlovat zadávací podmínky, které mohou být předmětem jednání, je skutečně neúčelné, neboť jejich finální podoba je nejistá a účastníkům zadávacího řízení bude dána možnost namítnat případně jejich finální podobu.“* Obdobný postoj předseda Úřadu k této problematice zastává například i ve svém rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0163/2023/VZ, č. j. ÚOHS-06728/2024/163 ze dne 14. 2. 2024 či v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0042/2024/VZ, č. j. ÚOHS-18154/2024/163 ze dne 3. 5. 2024. Z právě citovaného potom plyne, že pokud se zadávací řízení nachází ve fázi první (podávání žádostí o účast), je na místě podávat námitky toliko proti kvalifikačním podmínkám, proti minimálním technickým podmínkám, které se v průběhu zadávacího řízení nemohou měnit, respektive proti pravidlům hodnocení nabídek, které rovněž musejí zůstat neměnné po celou dobu zadávacího řízení. Ve vztahu k dalším parametrům (zadávacím podmínkám) veřejné zakázky je situace o poznání složitější, neboť se jedná o podmínky, které mohou doznat značných změn, mohou být měněny či mohou být zcela vypuštěny, a to v návaznosti na to, že mohou být předmětem jednání. „Výsledná“ podoba zadávacích podmínek tedy může mít zcela jinou podobu a nebude mít přímý vliv na stěžovatelem namítané body. V kontextu právě uvedeného pak i rozhodovací praxe jednoznačně dovozuje, že třeba zabývat se právě i otázkou případné újmy dodavatele

s ohledem na jednotlivé fáze JŘSU. V tomto kontextu je možno odkázat na již výše citované rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R0147/2023/VZ, ve kterém je mj. uvedeno následující „*Žádostí o účast vyjadřuje dodavatel jednak svůj zájem o samotné jednání a jednak o zakázku jako takovou. Zároveň pak prokazuje zadavateli, že splňuje jeho požadavky na kvalitu dodavatele (že jde o partnera, se kterým může zadavatel o předmětném plnění jednat) tím, že splňuje kvalifikační požadavky. Skutečnost, že navrhovatel projde kvalifikačním sítím, vůbec neznamena, že bude mít o veřejnou zakázku zájem i během (po) jednací fázi. Neznamena to ani, že navrhovatel bude nucen podat předběžnou nabídku či následně nabídku, pokud si rizika vyhodnotí jako příliš vysoká. Pokud vyhodnotí, že nemůže podat nabídku např. kvůli nezákonným zadávacím, technickým nebo smluvním podmínkám, pak je namíste podat v zákonné lhůtě námitky a případně návrh proti zadávacím podmínkám, nicméně takové úkony mají svůj smysl až tehdy, kdy bude zřejmé, že zadavatel již takovou spornou podmínku nehodlá změnit.*“².

96. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě navrhovatel své námitky podal dne 13. 5. 2024. Z Věstníku veřejných zakázek plyne, že lhůta pro podání žádostí o účast končila dne 14. 5. 2024. Navrhovatel tak svoje námitky u zadavatele uplatnil těsně před koncem lhůty pro podání žádostí o účast. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že navrhovatel ve svých námitkách brojí proti:
1. stanovení požadavku na kybernetickou bezpečnost dodávaného systému v souvislosti s budoucím vývojem legislativy a nacenění těchto prací v nabídce,
 2. požadavku zadavatele na nacenění licenčních poplatků již v nabídce,
 3. stanovení platebních podmínek v návrhu smlouvy s ohledem na stanovení akceptačních milníků,
 4. požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob a
 5. požadavku zadavatele na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému.
97. Ačkoliv si zadavatel v zadávací dokumentaci (konkrétně pak v bodu 8.3.1 zadávací dokumentace) vyhradil právo o předběžných nabídkách nejednat a zadat veřejnou zakázku na základě předběžné nabídky,³ nelze tuto skutečnost vykládat tím způsobem, že by tato zadávací podmínka sama o sobě nějakým významným způsobem zvyšovala „pravděpodobnost“ nejednání o předběžných nabídkách, natož aby tato přímo vylučovala možnost zadavatele o předběžných nabídkách jednat (jak se mj. navrhovatel snaží ve svém návrhu argumentovat), respektive vylučovala možnost zadávací podmínky (vyjma minimálních technických podmínek a podmínek pro hodnocení nabídek) na základě výsledků jednání měnit. Nelze totiž např. odhlédnout od toho, že zadavatel hned v následujících bodech téhož článku zadávací dokumentace mj. stanoví podmínky a postup při jednání s účastníky o jejich předběžných nabídkách. O skutečnosti, že naopak lze v šetřeném případě s vysokou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že k jednání o předběžných nabídkách ve výsledku dojde, svědčí jak předmět veřejné zakázky, tak i poměrně rozsáhlé zadávací podmínky, které v sobě

² zvýraznění provedeno Úřadem

³ V této souvislosti Úřad upozorňuje, že zadavatel v zadávací dokumentaci používá nesprávný odkaz na ustanovení § 61 odst. 8 zákona, tj. číslo odstavce před novelou provedenou zákonem č. 166/2023 Sb., účinnou od 16. 7. 2023.

zahrnují velké množství technických, obchodních i smluvních podmínek, které mohou být předmětem jednání. V neposlední řadě je pak v uvedeném ohledu třeba odkázat i na vysvětlování zadávací dokumentace, kde zadavatel případné jednání o nabídkách nejenže potenciálně zvažuje, ale podle jeho odpovědí s ním de facto i počítá (viz bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lze tedy uzavřít, že možnost jednání o předběžných nabídkách v šetřeném případě reálně přichází do úvahy, neboť není vyloučena. Tudíž není ani vyloučeno, že stávající zadávací podmínky mohou vlivem jednání o předběžných nabídkách dostat změn, které nelze předem odhadnout, a tudíž zadávací podmínky, které byly uveřejněny v elektronickém nástroji v okamžiku podání námitek navrhovatele, nemusely být finálními zadávacími podmínkami (vyjma kvalifikačních podmínek, podmínek hodnocení a minimálních technických podmínek).

98. S ohledem na výše uvedené bude pro posouzení věci rozhodující, zda námitky navrhovatele (respektive některé z námitkových bodů) jsou relevantní s ohledem na fázi zadávacího řízení, ve které byly podány (srov. bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a zda je mj. dána újma na straně navrhovatele, jelikož je ve vztahu k předmětnému zadávacímu řízení limitován „tvrdou“ zadávací podmínkou, kterou již nelze měnit. Úřad opakuje, že z kontextu ustanovení § 61 odst. 11 zákona lze dovodit, že v případě JŘSU před ukončením jednání mají dodavatelé k dispozici „finální“ znění kvalifikačních podmínek, pravidel pro hodnocení nabídek podle § 115 zákona a minimálních technických podmínek podle § 61 odst. 4 zákona, které musí zůstat po celou dobu zadávacího řízení neměnné.
99. Poněvadž navrhovatel ve svých námitkách (a tedy ani následně v návrhu) nebrojí ani proti kvalifikačním podmínkám ani proti pravidlům pro hodnocení nabídek, je zapotřebí posoudit, zda některý z jeho námitkových bodů (viz bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí) míří proti minimálním technickým podmínkám, které po celou dobu zadávacího řízení zůstávají konstantní, a tedy mají dopad na dodavatele, potažmo v daném případě navrhovatele.
100. Pokud se porovnají zadavatelem stanovené minimální technické podmínky (viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a jednotlivé námitkové body uplatněné navrhovatelem v námitkách a následně v návrhu (viz bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je zřejmé, že první tři námitkové body (tj. námitka stanovení požadavku na kybernetickou bezpečnost dodávaného systému v souvislosti s budoucím vývojem legislativy a nacenění těchto prací v nabídce, námitka týkající se požadavku zadavatele na nacenění licenčních poplatků již v nabídce a námitka týkající se stanovení platebních podmínek v návrhu smlouvy s ohledem na stanovení akceptačních milníků) nemíří do minimálních technických podmínek, které zůstávají po celou dobu jednacího řízení s uveřejněním neměnné. V této souvislosti Úřad dodává, že ani navrhovatel v návrhu neargumentuje tím způsobem, že by se výše uvedené námitkové body týkaly minimálních technických podmínek. Tyto námitkové body se totiž vztahují k zadávacím podmínkám, které však mohou být v průběhu jednacího řízení měněny. Námitky proti uvedeným podmínkám tak jsou předčasné a slovy předsedy Úřadu ve výše citovaném druhostupňovém rozhodnutí lze takové námitky označit za „neúčelné“, resp. tyto nemohou bez dalšího rozhodovat o účasti či neúčasti dodavatele v zadávacím řízení.
101. Námitku týkající se požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob a námitku týkající se požadavku zadavatele na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému navrhovatel podle všeho vnímá jako námitky, které se vztahují k minimálním

technickým podmínkám, neboť jedna z minimálních technických podmínek stanovená zadavatelem zní: „*Vytvoření prostředí nezávislého na jednom dodavateli pro eliminaci vzniku vendor lock-in*“. Konkrétně se pak jedná o jednu z minimálních technických podmínek obsažených v odstavci 7. minimálních technických podmínek (viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

102. Obecně vzato jak požadavek zadavatele na zdrojové kódy, tak i požadavek na licence k poptávanému systému (a to jak co do jejich rozsahu, tak i charakteru: výhradní/nevýhradní) se buď přímo nebo nepřímo dotýkají „přístupu“ zadavatele k dodávanému systému z pohledu jeho změn, rozšiřování, aktualizací apod., který nechce být v budoucnu vázán či odkázán toliko na služby původního poskytovatele (vybraného dodavatele, příp. jeho poddodavatelů) a chce mít možnost s dílem volně nakládat.
103. V šetřeném případě je tak nezbytné posoudit, co minimální technický požadavek „*Vytvoření prostředí nezávislého na jednom dodavateli pro eliminaci vzniku vendor lock-in*“, který v průběhu zadávacího řízení nesmí být změněn, prakticky znamená. Jazykovým výkladem tohoto minimálního technického požadavku, který je v šetřeném případě v plném souladu i s výkladem logickým a teleologickým, lze dospět k závěru, že tento minimální technický požadavek stanoví toliko **cíl** zadavatele, ke kterému zadavatel hodlá dospět (zjednodušeně řečeno zabránit vendor lock-in). Zadavatel tedy v uvedeném ohledu v minimálních podmínkách sice striktně stanoví cíl, který požaduje dosáhnout, ale **nestanoví cestu** (cesty), respektive způsob, jak tohoto cíle má být dosaženo. Z obsahu zadávacích podmínek, které mohou být předmětem jednání zadavatele s účastníky zadávacího řízení, plyne, že vedle navrhovatelem namítaných požadavků na zdrojové kódy existují i další řešení, která mohou eliminovat možnost vzniku vendor lock-in, a to např. poskytnutí řádně zdokumentovaného aplikačního programového rozhraní, tzv. API. V této souvislosti Úřad poznamenává, že navrhovatel zase vidí cestu, jak zabránit vendor lock-in, v používání standardních proprietárních systémů, se kterými pracuje a ke kterým má v určitém rozsahu přístup relativně vysoký počet dodavatelů na trhu, a to bez nutnosti poskytování zdrojových kódů. V uvedeném ohledu tak lze shrnout, že ačkoliv zadavatel jako minimální technickou podmínku stanovil zabránění vzniku vendor lock-in, **neznamená to zároveň, že zadavatel jako minimální technickou podmínku stanoví i požadavek na předání zdrojových kódů**. Ačkoliv předání zdrojových kódů lze považovat za **jeden** z významných postupů, který má zabránit stavu vendor lock-in, nejedná se o jediný možný způsob (nad to takový, který by zadavatel identifikoval v zadávacích podmínkách jako minimální technickou podmínku ve smyslu § 61 odst. 4 zákona), a tudíž nelze v uvedeném ohledu klást pomyslné rovnítko mezi zabráněním stavu vendor lock-in a požadavkem zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů, obzvlášť pak za situace, kdy sám zadavatel v zadávacích podmínkách připouští za určitých podmínek i jiná řešení. Pro úplnost v této souvislosti Úřad dodává, že i sám navrhovatel v návrhu výslovně uvádí, že nijak nezpochybňuje právo zadavatele nastavit zadávací podmínky tak, aby v budoucnu zabránil vendor lock-in efektu, kdy stavu uzamčení systému lze předejít více různými způsoby. V neposlední řadě pak o skutečnosti, že požadavek na zdrojové kódy není minimálním technickým požadavkem, který je striktně dán a zadavatel o něm nehodlá jakkoliv dále jednat, nepochybně svědčí i ta skutečnost, že sám zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6, v rámci odpovědi na dotaz 1 b (viz bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí) nejenže možnost jednání o tomto problému nevylučuje, nýbrž připouští, či dokonce **počítá**

s tím, že tato problematika (zřejmě) **bude předmětem jednání o předběžných nabídkách**, když uvádí: „Zadavatel předpokládá, že optimální rozsah práv, která lze získat k dílům třetích osob pod FOSS a proprietárními licencemi, bude též předmětem jednání o nabídkách v rámci jednacího řízení s uveřejněním.“. Argumentace navrhovatele stran striktního a závazného požadavku zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů, o němž zadavatel nehodlá v průběhu jednacího řízení vůbec jednat, se tak ve světle výše uvedených skutečností jeví jako argumentace ničím nepodložená.

104. Úřad neopomněl, že navrhovatel v návrhu, v části, ve které se vyjadřuje k tomu, že jím podané námitky rovněž směřují proti minimálním technickým podmínkám, odkazuje na článek 9 minimálních technických podmínek, který zní: „Dodavatel je povinen zajistit, že součástí vlastního zdrojového kódu budou i zdrojové kódy knihoven a frameworků (pokud budou použity) a to v podobě, aby je mohl použít (tedy měnit, kompilovat, znovupoužívat) kdokoli jiný pro potřeby FS. Není-li možné z licenčních důvodů zdrojové kódy knihoven a frameworků poskytnout, lze je použít jen v takovém rozsahu, aby je bylo možné bez nutnosti vynaložení významných nákladů nahradit takovou verzí, která splňuje podmínku předatelnosti.“. Navrhovatel ve svém návrhu na základě obsahu výše citovaného ustanovení minimálních technických podmínek je přesvědčen o tom, že požadavek zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů, respektive na jejich podobu je součástí minimálních technických podmínek, a tudíž se v průběhu zadávacího řízení měnit nebude. K výše uvedenému Úřad uvádí, že si lze klást otázku, jestli předmětná argumentace navrhovatele je v obdobné míře obsažena i v námitkách navrhovatele ze dne 13. 5. 2024, kde odkaz na cit. bod minimálních technických podmínek chybí. Co se však týče vlastního znění minimální technické podmínky, tak sice první věta stanoví „podobu“ zdrojových kódů, kdy součástí zdrojového kódu mají být i zdrojové kódy knihoven a frameworků, avšak hned z následující věty plyne, že požadavek zadavatele na „podobu“ zdrojových kódů nemusí být striktní a absolutní, neboť zadavatel připouští i alternativní řešení, které bude splňovat podmínku „předatelnosti“. Jelikož minimální technické podmínky nestanoví, jak v šetřeném případě chápat podmínku předatelnosti, lze oprávněně předpokládat, že se jedná o zadávací podmínku, která úzce souvisí s problematikou práv k dílům třetích osob, jejíž finální podoba nemusí být v zadávacích podmínkách závazně stanovena a zadavatel o této zadávací podmínce může jednat.
105. S ohledem na výše uvedené tak lze uzavřít, že ačkoliv námitkový bod týkající se požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob a námitkový bod týkající se požadavku zadavatele na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému navrhovatel vztahuje k minimálním technickým podmínkám, Úřad zjistil, že ze žádné ze zadavatelem stanovených minimálních technických podmínek neplyne, že by výše uvedené navrhovatelem namítané body (tj. požadavek na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob a požadavek na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému) nemohly být předmětem jednání zadavatele s účastníky řízení o předběžných nabídkách z důvodu, že již byla stanovena jejich „finální“ podoba v rámci minimálních technických podmínek, o které již zadavatel nebude moci v dalším průběhu jednacího řízení jednat. Na základě výše uvedeného tak zadavatel má možnost jednat o finálním znění požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob a požadavku na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému v rámci dalšího průběhu jednacího řízení.

106. Jak již bylo v úvodu části odůvodnění tohoto rozhodnutí, která se týká právního posouzení, uvedeno, je nezbytné v případě zadávacího postupu dle JŘSU důsledně rozlišovat, v jaké fázi se právě zadávací řízení nachází. V případě navrhovatele, který se při podání námitek nacházel ve fázi podávání žádostí o účast, se tedy jednalo o to, zda má vážný zájem se zadávacím řízením účastnit a zda mu v podání žádosti o účast bránily kvalifikační podmínky, podmínky hodnocení či minimální technické podmínky v podobě, jak byly zadavatelem uveřejněny, přičemž proti kvalifikačním podmínkám a podmínkám hodnocení navrhovatel nebrojil vůbec a v případě minimálních technických podmínek bylo zjištěno, že zadávací dokumentace striktně nestanoví podmínky, proti kterým navrhovatel fakticky brojí, a jejich finální podoba tak ve fázi podávání žádostí o účast zřejmá není. Co se týče nastavení zadávacích podmínek, které navrhovatel namítá, Úřad akcentuje, že tyto v okamžiku podávání žádostí o účast nemusely být uveřejněny ve finální podobě, neboť v mezidobí do podání konečných nabídek tyto mohou doznat změn. Pakliže v okamžiku, kdy budou známy finální zadávací podmínky, bude některý z účastníků zadávacího řízení přesvědčen o jejich nezákonnosti, bude mít dostatečný prostor uplatnit proti nim svoje námitky a případně následně i návrh u Úřadu, avšak až v příslušné fázi zadávacího řízení.
107. Úřad se tak v šetřeném případě zabýval otázkou možné existence hrozby či vzniku újmy na straně navrhovatele, tj. otázky, zda byl navrhovatel vůbec aktivně legitimován k podání návrhu. Aktivní legitimace k podání návrhu na přezkum postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky se odvíjí od legitimace k podání námitek. Podmínky aktivní legitimace k podání námitek přitom plynou z § 241 odst. 1 zákona, podle něhož může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Musí se tedy jednat o dodavatele dle § 5 zákona (přičemž v posuzovaném případě není mezi účastníky správního řízení sporu o tom, že by navrhovatel nebyl aktivně legitimován v tom smyslu, že by nebyl dodavatelem 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 námitek 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.
108. V šetřeném případě navrhovatel ve fázi podávání žádostí o účast brojí proti zadávacím podmínkám, které souvisejí s oceňováním nabídky. V této souvislosti je tak namístě uvést, že ve fázi podávání žádostí o účast navrhovatel nemusí své plnění jakkoli naceňovat, přičemž v mezidobí do podání konečné nabídky mohou tyto podmínky doznat změny, stejně jako ostatní navrhovatelem namítané body, jak bylo vysvětleno výše. Jak zdůraznil i předseda Úřadu ve výše zmíněném rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0147/2023/VZ, podáním žádosti o účast se dodavatel nezavazuje k podání předběžné nabídky v další fázi zadávacího řízení. Pochopitelně platí, že nejen s podáním nabídek, ale i s podáním žádostí o účast účastníkům řízení vzniknou jisté výdaje, které by se následně s ohledem na další vývoj jednacího řízení mohly ukázat jako zbytečně vynaložené. Takové však budou tyto náklady vždy, pokud se nestane vybraným dodavatelem, a je tak pouze na uvážení každého z nich, zda učiní své podnikatelské rozhodnutí a podá žádost o účast v konkrétním jednacím řízení s uveřejněním se stávajícími zadávacími podmínkami, které mohou být předmětem dalšího jednání, či zda se

po svém úsudku dobrovolně rozhodne takového zadávacího řízení vůbec neúčastnit, jak to učinil navrhovatel.

109. Na základě výše uvedeného tak lze uzavřít, že navrhovatel nebyl oprávněnou osobou pro podání námitek týkajících se

1. stanovení požadavku na kybernetickou bezpečnost dodávaného systému v souvislosti s budoucím vývojem legislativy a nacenění těchto prací v nabídce,
2. požadavku zadavatele na nacenění licenčních poplatků již v nabídce,
3. stanovení platebních podmínek v návrhu smlouvy s ohledem na stanovení akceptačních milníků,
4. požadavku na zdrojové kódy a na rozsah licence u děl třetích osob,
5. požadavku zadavatele na poskytnutí výhradní licence k dodávanému systému,

stejně jako návrhu v uvedeném ohledu, neboť v šetřeném případě **nebyla naplněna nezbytná podmínka existence vzniklé či hrozící újmy na právech navrhovatele**, a tedy není ani dána aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

K údajnému nesprávnému či nezákonnému rozhodnutí o námitkách

110. Navrhovatel prakticky napříč všemi svými námitkovými body v návrhu namítá údajné nesprávné, neúplné či nezákonné rozhodnutí o jím podaných námitkách.

111. Jak bylo výše v podrobnostech odůvodněno, Úřad zjistil, že navrhovatel za stávající situace nebyl oprávněnou osobou pro podání námitek a návrhu ve smyslu zákona, a to ve vztahu ke všem jím uplatněným námitkovým bodům, a tudíž jím podané námitky měly být zadavatelem podle § 245 odst. 3 zákona odmítnuty.

112. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel námitky navrhovatele skutečně podle § 245 odst. 3 zákona odmítl z důvodu, že nebyly podány oprávněnou osobou. Z obsahu rozhodnutí zadavatele mj. plyne, že zadavatel dospěl k závěru, že žádná z námitek navrhovatele se netýká podmínek, které by bylo nezbytné splnit v rámci žádostí o účast v zadávacím řízení, přičemž s ohledem na dosavadní průběh zadávacího řízení je zřejmé, že o předběžných nabídkách bude jednat. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepodal žádost o účast, nemůže se tak již účastnit dalších fází zadávacího řízení a nastavením zadávacích podmínek týkajících se dalších fází zadávacího řízení mu nemůže být způsobena újma. V této souvislosti Úřad odkazuje na ustanovení § 245 odst. 1 zákona, ze kterého plyne, že dojde-li k odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 zákona, postačuje, aby rozhodnutí o námitkách obsahovalo toliko odůvodnění ke splnění podmínek pro odmítnutí námitek.

113. Co se týče skutečnosti, že vedle toho, že zadavatel námitky navrhovatele odmítl z „procesních“ důvodů, neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání námitek, zadavatel **navíc** uvedl i důvody, pro které je třeba námitky odmítnout i po věcné stránce, Úřad uvádí, že právě uvedené nelze v šetřeném případě považovat za postup, který by byl v rozporu se zákonem. Tím, že se zadavatel také věcně vyjadřuje ke každému námitkovému „okruhu“ uplatňovanému navrhovatelem, spíše svědčí o transparentnosti postupu zadavatele, neboť navrhovatele seznamuje s tím, jak na každou jednotlivou jeho námitku nahlíží on a rovněž zdůvodňuje,

z jakého důvodu má na konkrétní namítanou skutečnost odlišný pohled či názor, než který zastává navrhovatel v námitkách.

114. Byť to v šetřeném případě není rozhodné, Úřad se seznámil s „věcným“ odůvodněním obsaženým v rozhodnutí o námitkách a dospěl k názoru, že se zadavatel podrobně a konkrétně vypořádal se všemi námitkami navrhovatele, a to jak co do jejich obsahu, tak i co do jejich významu. Úřad považuje zpracované rozhodnutí o námitkách minimálně na stejné úrovni podrobnosti, která odpovídá podaným námitkám. Obecně rovněž platí, že za nezákonné rozhodnutí o námitkách nelze považovat rozhodnutí jen z toho důvodu, že zadavatel na konkrétní problém nahlíží odlišně než stěžovatel v návrhu.
115. Pro úplnost Úřad dodává, že zadavatel nemá povinnost reagovat na každý, byť dílčí a jednotlivý aspekt či argument podané námitky, nýbrž má povinnost se vyjádřit ke skutečnému obsahu a povaze vznesené námitky a tu vypořádat v souladu se zákonem. V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0205/2019/VZ, č. j. ÚOHS-01903/2020/323/VVá, ze dne 17. 1. 2020, v němž předseda Úřadu uvedl: „*Není možné a především není účelné vyžadovat po zadavateli, aby větu od věty a slovo od slova vypořádával často velmi obsáhle podané námitky [do]davatele, pokud mu dá v celkovém kontextu odpovědi na všechny jeho námitky, přičemž vyvrátí nebo potvrdí jeho úmysl zahájit správní řízení. (...) Opakuji tedy, že ač je samozřejmě po zadavateli nutno požadovat vyjádření ke všem navrhovatelovým námitkám, není účelem institutu námitek a rozhodnutí o nich, zahlcovat zadavatele rozsáhlými podáními, na jejichž každou větu by bylo nutné podrobně odpovídat. Takový postup by byl absurdní, zneužitelný a byl by v rozporu jak se smyslem institutu námitek, tak se zásadami zadávání veřejných zakázek.*“.
116. K výše uvedenému Úřad poznamenává, že zadavatel se vypořádával s místy velmi obecnou argumentací navrhovatele, kdy míře podrobnosti takto vznesených námitek pak logicky odpovídá i míra konkrétnosti jejich vypořádání.
117. Úřad proto neshledal důvod pro přijetí nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká republika – Generální finanční ředitelství, Lazarská 15/7, 117 22 Praha 1
2. SAP ČR, spol. s r.o., Bucharova 2817/11, 158 00 Praha 5

Vypraveno dne:

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