UOHSX004QM77

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-3491/2013/511/MOn

Brno 25. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve společném správním řízení zahájeném na návrhy dne 3.4.2012 a dne 25.5.2012 a z moci úřední dne 10.5.2012, jehož účastníky jsou

- centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7,
- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1,
- navrhovatel − STUDENT AGENCY, s.r.o., IČ 25317075, se sídlem náměstí Svobody 86/17, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 27.3.2012 Mgr. Vítězslavou Kukákovou, IČ 88107787, s místem podnikání Zadní 209, 691 26 Pouzdřany,
- navrhovatel − OKsystem s.r.o., IČ 27373665, se sídlem Na Pankráci 1690/125, 140 21 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15.5.2012 JUDr. Danielem Chamrádem, advokátem se sídlem K Hutím 5/665, 194 00 Praha 9,
- vybraný uchazeč − Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 16.4.2012 JUDr. Tomášem Čihulou, LL.M. Eur., Ph.D., advokátem, Na Příkopě 19, 117 19 Praha 1,

vedeném ve věci návrhu na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011, dodatku č. 1 ze dne ze dne 1.8.2011, dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem

Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4 , pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 – při uzavření dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 ze dne 15.7.2011, **rozhodl takto**

I.

Návrh STUDENT AGENCY, s.r.o., IČ 25317075, se sídlem náměstí Svobody 86/17, 602 00 Brno, ze dne 3.4.2012, **se** v části, která se týká návrhu na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy č. 85/2011 a dodatku č. 1 ze dne 1.8.2011 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4, pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1, podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů **zamítá,** neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

II.

Centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a zadavatel Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 – se dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodrželi postup stanovený v § 21 citovaného zákona, když veřejnou zakázku na poskytování služeb obsažených v dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4 , pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1, nezadali některou z forem zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 téhož zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 28.11.2011 došlo k uzavření smlouvy – dodatku č. 5.

III.

Centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a zadavatel Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 – se dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodrželi postup stanovený v § 21 citovaného zákona, když veřejnou zakázku na poskytování služeb obsažených v dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4 , pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376,

128 01 Praha 1, nezadali některou z forem zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 téhož zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 27.12.2011 došlo k uzavření smlouvy – dodatku č. 6.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích II. a III. tohoto rozhodnutí se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů se **ukládá**:

- centrálnímu zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 **pokuta ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých)**,
- zadavateli Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 **pokuta ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých)**,

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

V.

Centrálnímu zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a zadavateli Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1, se podle ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz plnění dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011** k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4, pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1.

Zákaz plnění smlouvy – dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 k prováděcí smlouvě č. 85/2011, se ukládá s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

VI.

Centrálnímu zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a zadavateli Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1, se podle ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz plnění dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011** k prováděcí smlouvě č. 85/2011 uzavřené dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem – Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 a Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4, pro – na účet zadavatele – České republiky – Ministerstva práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1.

Zákaz plnění smlouvy – dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě č. 85/2011, se ukládá s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Uzavření dodatků č. 1 až č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011

1. Centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČ 00007064, se sídlem Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7 (dále jen „centrální zadavatel“) – uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17.10.2008 pod ev. č. 60023690 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21.10.2008 pod ev. č. 2008/S204-271509 oznámení jednacího řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“. Zadávací řízení bylo ukončeno dne 1.12.2008, kdy centrální zadavatel uzavřel na plnění veřejné zakázky rámcovou smlouvu s vybraným uchazečem – Fujitsu Technology Solutions s.r.o., IČ 26115310, se sídlem V Parku 2336/22, 148 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 16.4.2012 JUDr. Tomášem Čihulou, LL.M. Eur., Ph.D., advokátem, Na Příkopě 19, 117 19 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“).

2. Dne 15.7.2011 uzavřeli centrální zadavatel a zadavatel Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, IČ 00551023, se sídlem Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), s vybraným uchazečem prováděcí smlouvu č. 85/2011 (dále jen „prováděcí smlouva“), jejímž předmětem je požadavek centrálního zadavatele na poskytnutí licencí a služeb dle požadavků zadavatele, na jehož účet je prováděcí smlouva uzavřena a závazek vybraného uchazeče tyto licence a služby zadavateli poskytnout, a to v souladu s podmínkami prováděcí smlouvy a rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft.

3. Centrální zadavatel a zadavatel k prováděcí smlouvě uzavřeli s vybraným uchazečem dne 1.8.2011 dodatek č. 1, dne 11.10.2011 dodatek č. 2 a dodatek č. 3, dne 21.11.2011 dodatek č. 4, dne 28.11.2011 dodatek č. 5 a dne 27.12.2011 dodatek č. 6. Předmětem dodatků k prováděcí smlouvě je rozšíření služeb, které byly vymezeny v prováděcí smlouvě.

II. Řízení před správním orgánem

4. Dopisem ze dne 2.4.2012 podal navrhovatel STUDENT AGENCY, s.r.o., IČ 25317075, se sídlem náměstí Svobody 86/17, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 27.3.2012 Mgr. Vítězslavou Kukákovou, podnikatelkou, IČ 88107787, s místem podnikání Zadní 209, 691 26 Pouzdřany (dále jen „navrhovatel STUDENT AGENCY“) návrh na zákaz plnění prováděcí smlouvy, dodatku č. 1 ze dne 1.8.2011, dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011. Dnem 3.4.2012, kdy Úřad obdržel uvedený návrh, bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)[1], zahájeno správní řízení.

5. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
   - centrální zadavatel
   - zadavatel,

[1] Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávacího řízení.

- navrhovatel STUDENT AGENCY,
- vybraný uchazeč.

6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S196/2012/VZ-6621/2012/510/MOn ze dne 10.4.2012.

7. Úřad si na základě obdrženého podnětu vyžádal od centrálního zadavatele dokumentaci o předmětné veřejné zakázce. Na základě předložené dokumentace Úřad získal pochybnost o tom, zda centrální zadavatel a zadavatel při uzavření prováděcí smlouvy č. 85/2011, dodatku č. 1 ze dne 1.8.2011, dodatku č. 2 ze dne 11.10.2011, dodatku č. 3 ze dne 11.10.2011, dodatku č. 4 ze dne 21.11.2011, dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 postupovali podle § 21 odst. 2 zákona a veřejnou zakázku zadali v zadávacím řízení, jak stanoví zákon.

8. Z uvedeného důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

9. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
   - centrální zadavatel,
   - zadavatel.

10. Správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 10.5.2012, přičemž zahájení správního řízení Úřad účastníkům řízení oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S259/2012/VZ-8522/2012/510/MOn ze dne 10.5.2012.

11. Dopisem ze dne 24.5.2012 podal navrhovatel OKsystem s.r.o., IČ 27373665, se sídlem Na Pankráci 1690/125, 140 21 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15.5.2012 JUDr. Danielem Chamrádem, advokátem se sídlem K Hutím 5/665, 194 00 Praha 9 (dále jen „navrhovatel OKsystem“) návrh na zákaz plnění dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě. Dnem 25.5.2012, kdy Úřad obdržel uvedený návrh, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení.

12. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
   - centrální zadavatel
   - zadavatel,
   - navrhovatel OKsystem,
   - vybraný uchazeč.

13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S303/2012/VZ-10392/2012/510/MOn ze dne 25.6.2012.

14. K zajištění účelu výše specifikovaných správních řízení Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-13458/2012/510/MOn ze dne 23.7.2012, kterým spojil správní řízení zahájená na základě návrhu navrhovatele STUDENT AGENCY ze dne 2.4.2012, na základě návrhu navrhovatele OKsystem ze dne 24.5.2012 a správní řízení zahájené dne 10.5.2012 z moci úřední.

15. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-13488/2012/510/MOn ze dne 23.7.2012 Úřad vyloučil tu část správního řízení, která je vedena ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona centrálním zadavatelem a zadavatelem při uzavření prováděcí smlouvy mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem, pro – na účet zadavatele a dodatku č. 1 ze dne 1.8.2011, dodatku č. 2 ze dne 11.10.2011, dodatku č. 3 ze dne 11.10.2011 a dodatku č. 4 ze dne 21.11.2011.

16. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-13530/2012/510/MOn ze dne 23.7.2012 Úřad seznámil účastníky řízení s obsahem usnesení č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-13458/2012/510/MOn ze dne 23.7.2012, kterým byla výše uvedená správní řízení spojena, a rovněž účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve kterých byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Proti usnesení č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-13530/2012/510/MOn ze dne 23.7.2012 podal centrální zadavatel dopisem č. j. MV-4630-14/SIKT-2012 ze dne 7.8.2012 rozklad. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R212/2012/VZ-23613/2012/310/IPs ze dne 14.12.2012 namítané usnesení potvrdil a podaný rozklad zamítl.

17. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-14731/2012/511/MOn ze dne 7.8.2012 Úřad podle § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), ustanovil znalce v oboru autorského práva a v oboru kybernetika, v odvětví výpočetní technika – prof. Ing. Vladimíra Smejkala, CSc. LL.M., Včelařská 9, 182 00 Praha 8 – k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a následného zodpovězení níže položených dotazů:

    1) Nepřekračuje rozsah plnění (poskytovaných služeb) stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách?

    2) Je rozsah „doplňkových“ služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy č. 85/2011 a jejích dodatků č. 1 až č. 6 v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

    3) Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejich příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

    4) Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejich příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

18. Dopisem ze dne 14.8.2012 vznesl navrhovatel STUDENT AGENCY námitku podjatosti znalce prof. Ing. Vladimíra Smejkala, CSc. LL.M., Včelařská 9, 182 00 Praha 8.

19. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-17207/2012/511/MOn ze dne 1.10.2012 Úřad námitku podjatosti znalce zamítl. Proti usnesení č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-

17207/2012/511/MOn ze dne 1.10.2012 podal navrhovatel STUDENT AGENCY dopisem ze dne 17.10.2012 rozklad.

20. K vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a zodpovězení dotazů uvedených v odstavci 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-16640/2012/511/MOn ze dne 5.9.2012 podle § 56 správního řádu rovněž ustanovil znalce v oboru kybernetika, v odvětví výpočetní technika – Ing. Vladimíra Vlachovského, IČ 41160614, Roklova 1907, 190 16 Praha 21.

21. V podání ze dne 16.10.2012 znalec Ing. Vladimír Vlachovský uvádí, že společnost Deloitte Advisory s.r.o., která je sesterskou společností Deloitte Security s.r.o., jejímž je znalec zaměstnancem, poskytovala centrálnímu zadavateli poradenské služby při zavádění nového systému pořizování produktů Microsoft veřejnou správou a asistenční služby při vybudování Clearingového centra, a to vše ve vztahu ke smlouvě o spolupráci mezi centrálním zadavatelem a společností MICROSOFT s.r.o. Tento znalec v příloze svého podání rovněž předložil korespondenci, která výše uvedenou spolupráci prokazuje.

22. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-20132/2012/511/MOn ze dne 26.10.2012 Úřad podle § 11 odst. 2 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o znalcích“) vyloučil znalce Ing. Vladimíra Vlachovského z vypracování písemného znaleckého posudku, neboť v daném případě existovaly důvodné předpoklady podjatosti stanovené zákonem o znalcích.

23. Za účelem vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a zodpovězení dotazů uvedených v odstavci 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-20189/2012/511/MOn ze dne 30.10.2012 podle § 56 správního řádu ustanovil dalšího znalce v oboru kybernetika, v odvětví výpočetní technika – Ing. Toni Kolucha, Ph.D., Herbenova 887/13, 400 01 Ústí nad Labem.

24. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,302/2012/VZ-19434/2012/511/MOn ze dne 18.10.2012 Úřad účastníkům řízení podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

25. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-22818/2012/511/MOn ze dne 13.12.2012 Úřad účastníkům řízení podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil novou lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí, aby se účastníci řízení mohli seznámit s obsahem znaleckého posudku Ing. Toni Kolucha a aby se k němu mohli vyjádřit.

26. Usnesením č. j. ÚOHS-S196,259,303/2012/VZ-1754/2013/511/MOn ze dne 28.1.2013 Úřad účastníkům řízení podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil konečnou lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

27. Obsah návrhu navrhovatele STUDENT AGENCY ze dne 2.4.2012, návrhu navrhovatele OKsystem ze dne 24.5.2012, závěry znaleckého posudku znalce prof. Ing. Vladimíra Smejkala, CSc. LL.M. ze dne 15.10.2012, závěry znaleckého posudku Ing. Toni Kolucha, Ph.D. ze dne 8.12.2012, vyjádření centrálního zadavatele, zadavatele, vybraného uchazeče navrhovatele STUDENT AGENCY, navrhovatele OKsystem (včetně obsahu znaleckého posudku ze dne 9.11.2012 zpracovaného Ing. Ivanem Janouškem, soudním znalcem, a to na základě požadavku navrhovatele OKsystem a včetně znaleckého posudku Ing. Jana Fanty, soudního znalce, a to na základě objednávky právního zástupce vybraného uchazeče), jsou

uvedeny níže, vždy v příslušné části odůvodnění. Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 13.2.2013 bylo Úřadu doručeno po lhůtě stanovené pro vyjádření účastníků k podkladům rozhodnutí.

III. Závěry úřadu

28. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména části dokumentace o veřejné zakázce, kterou měl k dispozici, návrhu navrhovatele STUDENT AGENCY, návrhu navrhovatele OKsystem, stanovisek předložených centrálním zadavatelem, zadavatelem, vybraným uchazečem, navrhovatelem STUDENT AGENCY, navrhovatelem OKsystem, na základě předložených znaleckých posudků a na základě vlastního zjištění konstatuje, že centrální zadavatel a zadavatel v šetřeném případě nedodrželi postup stanovený zákonem při uzavírání dodatků č. 5 a 6 a dopustili se správních deliktů. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. rozhodnutí

Argumentace navrhovatele STUDENT AGENCY vztahující se k výroku I. rozhodnutí

29. Navrhovatel STUDENT AGENCY uvádí, že si je vědom, že podle § 114 odst. 4 zákona musí být návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona doručen Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy. Navrhovatel se však domnívá, že cit. ustanovení nelze v šetřeném případě aplikovat, resp. nelze jej s ohledem na postup centrálního zadavatele vykládat tak, že návrh je v části týkající se zákazu plnění prováděcí smlouvy ze dne 15.7.2011 a jejího dodatku č. 1 ze dne 1.8.2011 podán opožděně.

30. Navrhovatel STUDENT AGENCY se domnívá, že pokud centrální zadavatel neuveřejnil oznámení o uzavření smlouvy, nemůže jít tato skutečnost k tíži navrhovatele. V daném případě přitom centrální zadavatel nejen neuveřejnil oznámení o uzavření smluv způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, jak mu ukládá zákon, ale nezveřejnil dostatečné informace týkající se existence a obsahu smluvních vztahů ani jiným způsobem. Stejně tak zadavatel dle navrhovatele STUDENT AGENCY nezveřejnil ani souhrnné oznámení o smlouvách uzavřených na základě rámcové smlouvy, ke kterému byl povinen dle § 83 odst. 2 zákona do 30 dnů od konce příslušného kalendářního čtvrtletí.

31. Navrhovatel STUDENT AGENCY se domnívá, že vzhledem k tomu, že dodavatelé se nemohli s prováděcí smlouvou a jejími dodatky žádným způsobem seznámit (z důvodů porušení povinnosti na straně zadavatele), třicetidenní lhůta nemohla ani začít běžet, a návrh je tedy třeba považovat za řádně podaný v celém jeho rozsahu.

32. Navrhovatel STUDENT AGENCY uvádí, že pokud by Úřad přistoupil k tomu, že správní řízení ve věci návrhu v dotčených částech zastaví s odkazem na nedodržení lhůt podle § 114 odst. 4 zákona, znemožnil by tak dodavatelům proti nezákonnému postupu zadavatele jakkoliv brojit. Vzhledem k tomu, že po uzavření smlouvy se podle § 114 odst. 2 zákona lze návrhem domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy a návrhy s jiným petitem jsou tak ex lege

vyloučeny, bezvýjimečná povinnost doručit návrh v daných lhůtách by podle navrhovatele STUDENT AGENCY v konečném důsledku znamenala, že by nebylo možné postup zadavatele návrhem jakkoliv napadnout. Tato možnost by byla navrhovateli zcela odňata. Navrhovatel by mohl v takovém případě podat pouze podnět, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední ve smyslu § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů. Možnost podání podnětu k Úřadu přitom nelze považovat za dostatečný způsob kontroly jednání zadavatele, protože v případě podnětu je pouze na uvážení Úřadu, zda sám shledá důvody pro zahájení správního řízení. Ani v případě zahájení správního řízení se podatel podnětu nestává jeho účastníkem a nemůže tak uplatňovat práva, která by mu jako účastníku správního řízení náležela.

Závěry Úřadu k výroku I. rozhodnutí

33. Navrhovatel STUDENT AGENCY dne 3.4.2012 doručil Úřadu návrh na uložení zákazu plnění dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě. Součástí návrhu je i návrh na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy uzavřené dne 15.7.2011 a dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě uzavřeného dne 1.8.2011.

34. Podle § 114 odst. 3 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.

35. Ustanovení § 110 odst. 1 zákona stanoví, že při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může zadavateli podat zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

36. Podle § 110 odst. 7 zákona stěžovatel může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona podat bez předchozího podání námitek.

37. Podle § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.

38. Ustanovení § 114 odst. 2 zákona stanoví, že po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku lze podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení nebo proti porušení zákazu uzavření smlouvy, stanovenému tímto zákonem. Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.

39. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy (viz § 114 odst. 4 zákona).

40. Podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

41. Z výše uvedeného vyplývá, že ustanovení § 110 odst. 1 zákona stanoví okruh dodavatelů, kteří jsou oprávněni podávat zdůvodněné námitky zadavateli. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona dále zužuje tento okruh dodavatelů, kteří jsou oprávněni podat návrh u Úřadu.

42. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel STUDENT AGENCY návrh v části týkající se návrhu na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy uzavřené dne 15.7.2011 a dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě uzavřeného dne 1.8.2011, nedoručil ve lhůtě do 6 měsíců od uzavření těchto smluv, jak stanoví § 114 odst. 4 zákona (návrh byl podán řádně a včas v části týkající se návrhu na uložení zákazu plnění dodatku č. 5 ze dne 28.11.2011 a dodatku č. 6 ze dne 27.12.2011 k prováděcí smlouvě) a není tedy oprávněnou osobou pro podání návrhu v uvedené části. Z tohoto důvodu je návrh v části týkající se návrhu na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy uzavřené dne 15.7.2011 a dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě uzavřeného dne 1.8.2011, podaný neoprávněnou osobou, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

43. Úřad se neztotožňuje s argumentací navrhovatele STUDENT AGENCY, že vzhledem k tomu, že dodavatelé se nemohli s prováděcí smlouvou a jejími dodatky žádným způsobem seznámit (z důvodů porušení povinnosti na straně zadavatele), nemohla ani začít běžet třicetidenní lhůta pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, a návrh navrhovatele STUDENT AGENCY je tedy třeba považovat za řádně podaný v celém jeho rozsahu. Ačkoliv je možné přisvědčit argumentaci navrhovatele STUDENT AGENCY, že pokud centrální zadavatel neuveřejnil oznámení o uzavření smlouvy, jak mu ukládá § 147 zákona, nebylo ani možné, aby dodavatelé podali návrh na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy (resp. jejích dodatků), a to ve lhůtě to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavírá, že však nelze odhlédnout od splnění obligatorní podmínky pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy stanovené v § 114 odst. 4 zákona, kdy návrh na uložení zákazu plnění smlouvy musí být doručen Úřadu nejpozději do 6 měsíců od uzavření této smlouvy. Je totiž zjevné, že jazykovým výkladem výše uvedeného ustanovení lze nad jakoukoli pochybnost dovodit, že lhůta 6 měsíců od uzavření smlouvy je objektivní lhůtou, po jejímž uplynutí dochází k prekluzi oprávnění podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy. Poslední den lhůty pro podání návrhu na uložení zákazu plnění prováděcí smlouvy byl den 16.1.2012 a lhůty pro podání návrhu na uložení zákazu plnění dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě byl den 2.2.2012.

K výrokům II. a III. rozhodnutí

Argumentace navrhovatele STUDENT AGENCY vztahující se k výrokům II. a III. rozhodnutí

44. Předmět veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“ (dále jen „rámcová smlouva“), na niž navázala prováděcí smlouva a její dodatky, byl vymezen v bodě II.1.5 oznámení jako uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft v multilicenčních programech Enterprise a Select a služeb subjektům veřejné správy. Bylo stanoveno, že na základě rámcové smlouvy budou uzavírány prováděcí smlouvy, jejichž předmětem bude poskytování licencí ke konkrétním produktům a službám dle aktuálních požadavků subjektů veřejné správy. Rámcová smlouva vymezuje předmět plnění ve svém bodě 2 jako stanovení základních práv a povinností stran při uzavírání prováděcích smluv k rámcové smlouvě, stanovení povinností a mechanismů při zadávání informací do clearingového centra, stanovení cen a platebních podmínek za licence a služby

poskytnuté na základě prováděcích smluv a stanovení sankcí za porušení stanovených povinností. Z vymezení základních pojmů v bodě 1 rámcové smlouvy vyplývá, že pro účely rámcové smlouvy a prováděcích smluv se produkty Microsoft rozumí software společnosti Microsoft licencovaný v multilicenčních programech Enterprise a Select, uvedené v příloze č. 1 rámcové smlouvy, „licencemi“ jsou pak licence k produktům Microsoft poskytované na základě rámcové smlouvy a navazujících prováděcích smluv v multilicenčních programech Microsoft Enterprise a Microsoft Select, „služby“ jsou definovány jako služby Microsoft, které budou poskytovány dodavatelem a jejichž výčet je uveden v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Clearingové centrum je specifikováno jako software, ve kterém jsou shromažďovány údaje o všech produktech společnosti Microsoft, které subjekty veřejné správy získají na základě rámcové smlouvy a prováděcích smluv, a umožní centrálnímu zadavateli kdykoliv dálkový přístup do systému obsahujícího přehled produktů Microsoft nakoupených subjekty veřejné správy a poskytuje jednoduché analýzy shromážděných údajů.

45. Zadavatel může na základě rámcové smlouvy odebírat toliko služby uvedené v rámcové smlouvě a jejích přílohách. Tato skutečnost vyplývá již ze samotného charakteru veřejné zakázky na uzavření rámcové smlouvy, resp. z povahy institutu rámcové smlouvy jako takového. Ustanovení § 11 odst. 1 zákona definuje rámcovou smlouvu jako písemnou smlouvu mezi zadavatelem a jedním či více uchazeči uzavřenou na dobu určitou, která upravuje podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na pořízení opakujících se dodávek, služeb či stavebních prací s obdobným předmětem plnění zadávaných po dobu platnosti rámcové smlouvy, zejména pokud jde o cenu a množství. Uzavřením rámcové smlouvy získává tedy zadavatel výhodu spočívající v jednodušším postupu při zadávání jednotlivých veřejných zakázek, které spadají pod její předmět a obsah. V rámcové smlouvě uzavřené mezi zadavatelem (resp. centrálním zadavatelem) a jedním či více uchazeči musí být dostatečným způsobem specifikována jak povaha budoucího plnění, tak i jeho předpokládaný rozsah. Uzavření rámcové smlouvy neopravňuje zadavatele k tomu, aby jakkoliv překročil vymezený předmět veřejné zakázky, resp. dané rámcové smlouvy, a odebíral na jejím základě plnění, které nebylo ve veřejné zakázce řádně vysoutěženo. Podmínky sjednané rámcovou smlouvou platí pro všechny veřejné zakázky, které jsou na jejím základě uzavírány a pro veškeré plnění, které je s odkazem na rámcovou smlouvu odebíráno. Zákaz podstatné změny podmínek stanovených rámcovou smlouvou při zadávání veřejných zakázek na jejím základě je výslovně zakotven i v § 89 odst. 8 zákona. Z výše citovaných smluvních podmínek rámcové smlouvy podle navrhovatele STUDENT AGENCY vyplývá, že na základě rámcové smlouvy mohou být zadavateli poskytovány pouze licence k produktům společnosti Microsoft, které byly vymezeny v příloze č. 1 rámcové smlouvy, a pouze služby uvedené v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Rámcová smlouva v daném případě jednoznačným a určitým způsobem vymezuje předmět plnění, které může zadavatel po dobu její účinnosti na jejím základě odebírat na svůj účet či na účet jiných subjektů veřejné správy na základě uzavírání příslušných prováděcích smluv.

46. Předmětem prováděcí smlouvy uzavřené centrálním zadavatelem na účet zadavatele dne 15.7.2011 je poskytnutí licencí a služeb uvedených v příloze prováděcí smlouvy, přičemž prováděcí smlouva výslovně uvádí, že pojmy licence a služby je třeba vykládat dle jejich významu definovaného v rámcové smlouvě. Na rámcovou smlouvu a její ujednání odkazuje prováděcí smlouva i ve všech otázkách výslovně v ní neupravených. Příloha prováděcí

smlouvy obsahuje licence k produktům Microsoft v programu Enterprise na období 3 let za celkovou cenu cca 278 mil. Kč bez DPH (11 130 586,80 EUR bez DPH) a balíček nespecifikovaných služeb označených jako „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ za celkovou cenu 89 996 160,- Kč bez DPH. Tyto služby jsou v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy nazvány jako „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ 4. a 5. kategorie. K jakému účelu, programům či aplikacím se služby z tohoto balíčku vztahují, však podle navrhovatele STUDENT AGENCY v prováděcí smlouvě nejsou uvedeny jakékoliv bližší informace – jedná se pouze o jakýsi rámec k libovolnému (pozdějšímu) využití.

47. Předmětem dodatku č. 5 prováděcí smlouvy je dle navrhovatele STUDENT AGENCY rozšíření dosavadní přílohy prováděcí smlouvy, přičemž toto rozšíření je blíže specifikováno v příloze tohoto dodatku jako „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“. Dodatek č. 5 je dále označen jako rozšíření dodatku č. 1 prováděcí smlouvy. Obsahem dodatku č. 5 jsou tři nové služby, všechny sjednané na období od 1.1.2012 do 31.12.2015. Konkrétně se jedná o „Poskytování služeb integrační platformy“, „Poskytování administračních činností“ a „Poskytování služeb Service Desk“ v celkové hodnotě cca 384 mil. Kč (měsíční paušální cena ve výši cca 8 mil. Kč). Služby nejsou v dodatku blíže specifikovány, vyjma požadované součinnosti centrálního zadavatele a požadovaného harmonogramu. Dodatek však specifikuje dokumentaci, která má být výstupem služeb: plán projektu, analýza rizik, bezpečnostní návrh projektu, návrh procesů a provozních postupů, backup plán, provozní příručka, návrh CA.

48. Předmět dodatku č. 6 je vymezen jako rozšíření dosavadní přílohy prováděcí smlouvy, přičemž příloha tohoto dodatku rovněž odkazuje na „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ a dodatek č. 6 je popisuje dále jako rozšíření dodatku č. 5 prováděcí smlouvy. Dodatkem č. 6 se sjednávají na období od 1.1.2012 do 31.12.2013 následující čtyři služby: „Poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikací Sociální služby, Zaměstnanost, Zdravotně postižení a veřejná služba“, „Poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikace Hmotná nouze“, „Konzultační podpora uživatelům agendových systémů“ a „Konzultační služby“ v celkové hodnotě cca 358 mil. Kč (měsíční paušální cena ve výši cca 14,6 mil. Kč). Uvedené služby jsou v dodatku specifikovány do úrovně funkčních vlastností jednotlivých agendových systémů. K nim má dodavatel následně poskytovat služby instalací, dokumentací, pomoci a podpory při dohledu aplikací atd.

49. Navrhovatel STUDENT AGENCY mj. konstatuje, že z výše popsaného obsahu prováděcí smlouvy a jejích dodatků č. 5 a 6 je zřejmé, že uzavřením dodatků č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě došlo k zásadnímu a nepřípustnému rozšíření předmětu rámcové smlouvy. Sjednané plnění svojí povahou a rozsahem zcela vybočuje z rámcové smlouvy a překračuje původní plnění, které je zadavatel na základě rámcové smlouvy oprávněn odebírat. Služby takové povahy, charakteru a rozsahu jako byly sjednány v dodatcích č. 5 a 6 prováděcí smlouvy, nejsou v rámcové smlouvě, resp. v její příloze č. 2, která obsahuje jejich seznam, vůbec uvedeny. Tyto služby nelze zahrnout pod pojem „služby“ v tom smyslu, jak ho definuje rámcová smlouva, tedy jako služby Microsoft, jejichž výčet je uveden v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Sjednané služby nejsou službami bezprostředně souvisejícími s licencemi k produktům Microsoft a centrální zadavatel jejich sjednáním zásadním a podstatným

způsobem rozšířil služby ve smyslu původní rámcové smlouvy. Navrhovatel STUDENT AGENCY se domnívá, že není přitom rozhodné, že sjednanými službami byla poskytována podpora a pomoc při návrhu, výrobě, správě a údržbě aplikačního prostředí založeného na platformě Microsoft.

50. O tom, že předmět plnění sjednaný prováděcí smlouvou a jejími dodatky neodpovídá Rámcové smlouvě, podle navrhovatele STUDENT AGENCY svědčí i skutečnost, že na realizaci plnění se podílejí zcela odlišné subdodavatelské subjekty, než byly uvedeny v rámcové smlouvě. Faktické provádění dodávek a služeb jinými subdodavateli, např. společnostmi VÍTKOVICE IT SOLUTIONS a.s., SKILL s.r.o., COMPAREX CZ s. r.o., TECHNISERV IT SOFTWARE DEVELOPMENT, spol. s r.o. nebo iDTAX Česká republika, s.r.o., však dle tvrzení navrhovatele STUDENT AGENCY, není v prováděcí smlouvě ani jejích dodatcích jakkoliv zachyceno.

51. Navrhovatel STUDENT AGENCY uvádí, že při posouzení postupu zadavatele nelze vycházet z pouhého textu prováděcí smlouvy, ale její obsah je nutné posuzovat v kontextu následně uzavřených dodatků, které ji konkretizují, a jejichž prostřednictvím dochází k jejímu plnění. Je tedy nutné posuzovat nikoliv pouze formální stránku prováděcí smlouvy, ale především její stránku materiální, tedy skutečné plnění, které bylo a je na jejím základě poskytováno. Z tohoto pohledu je pak zřejmé, že plnění sjednané prováděcí smlouvou a jejími dodatky, neodpovídá rámcové smlouvě a ani samotná prováděcí smlouva tak nemůže být považována za smlouvu uzavřenou v souladu s rámcovou smlouvou.

52. Navrhovatel STUDENT AGENCY uvádí, že postup centrálního zadavatele nelze obhájit ani tím, že zadavatel získal oprávnění k výkonu užívacích práv k samotným softwarovým aplikacím pro rozhodování a výplatu sociálních dávek na základě veřejných zakázek malého rozsahu, tedy mimo režim rámcové smlouvy. Navrhovatel STUDENT AGENCY má naopak důvodné podezření, že postupem zadavatele došlo k porušení § 13 odst. 3 zákona, tedy k rozdělení předmětu veřejné zakázky tak, že byla snížena její předpokládaná hodnota pod finanční limit stanovený v zákoně. Nasvědčuje tomu podle navrhovatele STUDENT AGENCY uzavření několika dílčích smluv na základě veřejných zakázek malého rozsahu, tedy mimo zadávací řízení a mimo režim zákona.

53. Mnohem závažnější nezákonnost však navrhovatel STUDENT AGENCY spatřuje v tom, že centrální zadavatel společně se zadavatelem rozdělili plnění spočívající v pořízení užívacích práv k aplikacím a plnění související se službami poskytovanými k těmto aplikacím. Zatímco užívací práva byla pořízena na základě několika pochybnosti vyvolávajících veřejných zakázek malého rozsahu, navazující služby centrální zadavatel zahrnul prostřednictvím prováděcí smlouvy a jejích dodatků nedůvodně a v rozporu se zákonem pod režim rámcové smlouvy. Centrální zadavatel tak ve spolupráci se zadavatelem jednoznačně obešli povinnost pořídit užívací práva k aplikacím a související služby v řádném zadávacím řízení vyhlášeném podle zákona, tj. v otevřeném či užším zadávacím řízení.

54. Navrhovatel STUDENT AGENCY dále uvádí, že běžně činí náklady na licence aplikačního software 10-40% z celého objemu zakázek obdobného charakteru. V tomto konkrétním případě by to tedy měly být stovky milionů korun, zadavatel je však pořídil za nápadně výhodných podmínek v rámci několika veřejných zakázek malého rozsahu, z nichž žádná nepřekročila limit 2 mil. Kč bez DPH. Náklady vynaložené na pořízení práv k aplikacím jsou tak v hrubém nepoměru k celkovým nákladům zakázky, které dosáhly cca 1,7 mld. Kč bez

DPH. Navrhovatel STUDENT AGENCY je přesvědčen, že taková disproporce nasvědčuje tomu, že se tak stalo úmyslně s účelem obejít zákon a vyhnout se povinnostem zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení.

Argumentace navrhovatele OKsystem vztahující se k výrokům II. a III. rozhodnutí

55. Navrhovatel OKsystem uvádí, že se dozvěděl, že dne 28.11.2011 centrální zadavatel zadal vybranému uchazeči veřejnou zakázku na služby, „které měly být formálně doplňkovými službami v rámci pomoci při implementaci desktopových a serverových aplikací“, které měl dodavatel poskytovat na základě prováděcí smlouvy. Tato zakázka byla zadána formou uzavření smlouvy označené jako dodatek č. 5 k prováděcí smlouvě bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení. Obsahem takto zadané veřejné zakázky je poskytování služeb integrační platformy, poskytování administračních činností a poskytování služeb ServiceDesk. Podle vyjádření navrhovatele OKsystem by měl zadavatel, na jehož účet centrální zadavatel při zadání zakázky jednal, za dobu předpokládaného plnění této zakázky v rozsahu podle dodatku č. 5, za požadované služby zaplatit celkem 460 424 908,80 Kč.

56. Návazně dne 27.12.2011 centrální zadavatel zadal vybranému uchazeči další část veřejné zakázky, a to opět služby, které měly být formálně doplňkovými službami v rámci pomoci při implementaci desktopových a serverových aplikací. I v tomto případě se centrální zadavatel odkazuje na prováděcí smlouvu. Formálním úkonem směřujícím k zadání těchto služeb bylo uzavření dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě, a to opět bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení. Obsahem takto zadané veřejné zakázky je poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikací Sociální služby, Zaměstnanost, Zdravotně postižení a Veřejná služba, poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikace Hmotná nouze, konzultační podpora uživatelů agentových systémů a konzultační služby. Podle vyjádření navrhovatele OKsystem by měl zadavatel za dobu předpokládaného plnění této zakázky v rozsahu podle dodatku č. 6 za takto zadané služby zaplatit celkem 429 025 766,40 Kč.

57. Navrhovatel OKsystem je toho názoru, že plnění obsažené v obou uvedených dodatcích, je ve skutečnosti jedinou veřejnou zakázkou, která byla rozdělena do dvou zdánlivě samostatných dodatků k prováděcí smlouvě. Hospodářský smysl obou dodatků je ale shodný, protože směřují k zajištění chodu stejného okruhu softwarových aplikací pro státní správu. Hodnota této veřejné zakázky činí v souhrnu 889 450 675,20 Kč.

58. Podle navrhovatele OKsystem bylo pro zadání předmětné veřejné zakázky „zneužito“ rámcové smlouvy. Rámcová smlouva směřovala k zajištění licencí k produktům Microsoft pro státní správu a případných doplňkových služeb. Prováděcí smlouvou a následnými dodatky byl zásadně změněn obsah plnění obsaženého v rámcové smlouvě a tzv. doplňkové služby svým finančním objemem násobně překročily finanční objem poskytnutých licencí. Napadenými dodatky č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě pak bylo zadáno zcela jiné plnění, jehož souvislost s původním plněním je podle navrhovatele OKsystem pouze formální a uměle dovozená. Touto cestou byla pro zadavatele opatřena plnění zcela jiného druhu, která nebyla předpokládána rámcovou smlouvou, a to zejména zajištění kompletního řešení některých specializovaných agend resortu.

59. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že k zadání předmětné veřejné zakázky nemělo dojít na základě rámcové a prováděcí smlouvy, nýbrž samostatně na základě řádného zadávacího řízení. Navrhovatel OKsystem se domnívá, že uzavřené dodatky k prováděcí smlouvě mají

z pohledu obsahu povahu samostatných smluv, u nichž se ve vztahu k rámcové smlouvě odlišuje jak věcný předmět plnění, tak i způsob stanovení ceny za dodávku a další podmínky plnění.

60. Podle vyjádření navrhovatele OKsystem je obsahem dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě zadání nových, dosud nezadaných služeb v oblasti informačních technologií, nikoliv pořízení licencí k produktům Microsoft. Dodatek je konstruován z formálního pohledu, jako by jeho smyslem bylo pouze rozšířit dosavadní znění přílohy prováděcí smlouvy. Ve skutečnosti tímto dodatkem dochází k zadání plnění, které je svou povahou odlišné od prováděcí smlouvy a jsou vněm obsažena nová smluvní ujednání vybočující z podmínek rámcové i prováděcí smlouvy. V textu přílohy dodatku č. 5 je kromě jiného ujednání:

- jímž centrální zadavatel zmocňuje zadavatele, aby akceptoval a podepisoval všechny akceptační protokoly/předávací protokoly/výkazy práce související s realizací dodatku č. 5 prováděcí smlouvy; toto ujednání podle navrhovatele OKsystem dokumentuje jinou povahu objednávaných plnění, protože u dosud zadávaných plnění na základě prováděcí smlouvy nebylo takového zmocnění třeba,
- že předmět plnění podle tohoto dodatku nemá být zatížen právy třetích osob; z tohoto ujednání je zřejmé, že objednávané služby nejsou doplňkovými službami spadajícími pod pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, protože u takových služeb zatížení právy třetích osob z povahy věci nepřichází v úvahu,
- týkající se kontroly projektu, z něhož je zakázka hrazena, označování produktů, materiálů a výstupů plnění dodatku č. 5 podle manuálu pro publicitu OP LZZ a manuálu vizuální identity OP LZZ (související loga - včetně loga Evropského sociálního fondu v ČR a Operačního programu Lidské zdroje a zaměstnanost - jsou uvedena též v záhlaví každé strany dodatku č. 5 a jeho přílohy) a dalších otázek souvisejících s financováním zakázky z prostředků EU; je nepravděpodobné, že by ze zmíněného operačního programu bylo možné hradit doplňkové služby související s pořízením licencí k produktům Microsoft,
- týkající se výstupů z poskytnutého plnění, kterými má být zejména projektová a provozní dokumentace; v této části služeb je zřejmé, že nejde o doplňkové služby k pořízeným licencím k produktům Microsoft, nýbrž o zpracování samostatných ucelených projektových výstupů.

61. Předmětem plnění podle dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě je poskytování služeb integrační platformy, poskytování administračních činností a poskytování služeb ServiceDesk. Z definic těchto služeb a dalších ujednání dodatku č. 5 plyne, že se mají odehrávat v rutinním provozu, že může dojít k výpadkům služby, že se předpokládají servisní okna apod. Ze všech těchto ujednání je podle navrhovatele OKsystem zřejmé, že se nejedná o pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, která měla být podle rámcové smlouvy prováděna příslušnými odbornými pracovníky dodavatele nebo pomocí jeho schválených subdodavatelů, nýbrž o službu poskytovanou prostřednictvím technických prostředků. Charakter těchto služeb je zcela odlišný od doplňkových služeb, na které se vztahovala rámcová smlouva.

62. Od podmínek prováděcí smlouvy se dodatek č. 5 odchyluje i v tom, že poptávané služby mají být poskytovány ze dvou stávajících plnohodnotných a plně zastupitelných geograficky vzdálených datových center definovaných v dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě. To odporuje prováděcí smlouvě, podle níž služby měly být dodány na adresu budovy MPSV, Na Poříčním právu 1/376, Praha 2.

63. Služby podle dodatku č. 5 mají být poskytovány v rutinním provozu od 1.1.2012 do 31.12.2015. Dodatkem č. 5 tedy bylo zadáno poskytování rutinních služeb po dobu 4 let, což opět nekoresponduje s tím, že podle rámcové smlouvy mělo jít pouze o služby doplňkové, jejichž povaha byla rámcovou smlouvou definována jako pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací. Implementací se v oboru informačních technologií zpravidla rozumí zavedení určité aplikace do provozu, nikoliv však její rutinní provozování.

64. Podle vyjádření navrhovatele OKsystem zásadní odchylku v dodatku č. 5 od prováděcí smlouvy i od rámcové smlouvy představuje zcela nová konstrukce ceny. Příloha dodatku č. 5 podstatným způsobem mění strukturu ceny za poskytované služby, když oproti účtování sjednanému rámcovou smlouvou podle denních sazeb za skutečně provedenou práci, zavádí měsíční paušální cenu. Měsíční paušál je pouze formálně vyjádřen v MD (v člověkodnech podle sazby pro služby kategorie 4 = 22.112,- Kč), ale denní sazba je zde ve skutečnosti použita pouze jako kalkulační položka. V cenové tabulce v bodě C přílohy dodatku č. 5 je totiž stanoven pevný počet MD za každý měsíc (tedy bez ohledu na skutečné výkony konkrétních pracovníků). Je tomu tak nepochybně proto, že ve skutečnosti nejde o reálnou práci živých lidí (jak předpokládala rámcová smlouva), ale o služby zcela jiného charakteru. Cena objednaných služeb je stanovena jako fixní měsíční paušál ve výši 7.993.488,- Kč (denní sazba 22.112,- Kč x 361,5 MD). Za dobu předpokládaného poskytování služeb podle dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě by mělo MPSV za tato služby zaplatit celkem 460.424.908,80 Kč.

65. Zadavatel se dle navrhovatele OKsystem podstatně a výslovně odchýlil od podmínek rámcové smlouvy v bodě E. přílohy dodatku č. 5 „Kvalita poskytovaných služeb", kde je sjednáno, že se pro účely dodatku č. 5 vylučuje aplikace prvního odstavce čl. 10.1 „Smluvní pokuty“ rámcové smlouvy. Namísto toho jsou sjednány maximální nepenalizované doby všech výpadků služby v kalendářním měsíci v rozsahu 8 hodin a pro případ překročení tohoto limitu jsou sjednány slevy z měsíční ceny služby. Tato odchylka zjevně odporuje zákonným zásadám pro zadávání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy.

66. Dodatkem č. 6 byly vybranému uchazeči zadány nové služby, svým obsahem se většinou lišící od služeb poskytovaných dosud na základě prováděcí smlouvy a jejích předchozích dodatků. Pojetí textu dodatku č. 6 a jeho právní konstrukce jsou stejné, jako u předchozích dodatků k prováděcí smlouvě: ačkoliv jde o služby jiného (nového) charakteru, má dodatek č. 6 k prováděcí smlouvě budit dojem, že se pouze rozšiřuje příloha prováděcí smlouvy. Dodatek nezahrnuje žádné licence k produktům Microsoft, pouze další služby; ty jsou formálně podřazované pod „doplňkové služby" a pod „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací", ačkoliv jejich povaha i podmínky poskytování jsou odlišné od služeb, které byly předpokládány v rámcové smlouvě. V příloze k dodatku č. 6 se uvádí, že dodatek č. 6 je rozšířením dodatku č. 5 a že se na dodatek č. 6 vztahují obecná ustanovení dodatku č. 5. Také další prvky dodatku č. 6 jsou podobné dodatku č. 5 (např. zmocnění zadavatele pro MPSV k akceptování a podepisování Akceptačních protokolů/Předávacích protokolů/Výkazů práce, formální označení dodatku s ohledem financováním zakázky z prostředků EU apod.).

Tato souvislost a stejný hospodářský účel plnění dle dodatku č. 5 a 6, stejně jako fakt, že oba dodatky byly uzavřeny s malým časovým odstupem po sobě, vede navrhovatele k úvaze, že ve skutečnosti šlo o jedinou veřejnou zakázku, která byla pouze rozdělena do dvou samostatných dokumentů.

67. Předmět plnění podle dodatku č. 6 je složen z položek poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikací Sociální služby, Zaměstnanost, Zdravotně postižení a Veřejná služba, poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikace Hmotná nouze, konzultační podpora uživatelů agentových systémů, konzultační služby. Popisy služeb obsahují ujednání, z nichž je patrné, že se nejedná o pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, nýbrž o činnosti provozní, o správu aplikačního prostředí či o provoz agendových aplikací. Součástí služeb má být též poskytování instalačních činností, vedení dokumentace nebo zálohování. Z návaznosti na dodatek č. 5 lze podle navrhovatele OKsystem dovodit, že tyto služby mají povahu provozování agendových aplikací v tzv. cloudu, kdy vybraný uchazeč nemá zadavateli poskytovat pomoc při implementaci aplikací, ale má je přebírat od zadavatele a instalovat na svých zařízeních. Z uvedeného je podle tvrzení navrhovatele OKsystem zřejmé, že podstatná část služeb stanovených v dodatku č. 6 má být poskytována prostřednictvím technických prostředků. Služby podle dodatku č. 6 mají převážně jiný charakter, než doplňkové služby zahrnuté v rámcové smlouvě, směřují k zajištění provozu aplikací (nikoliv k pomoci při jejich implementaci) a netýkají se desktopových a serverových řešení, nýbrž provozu v datových centrech vybraného uchazeče a nejedná se tedy o služby, které předpokládá rámcová smlouva.

68. Cena za služby podle dodatku č. 6 je sjednána jinak, než předpokládá rámcová smlouva. U většiny služeb je stanoven měsíční paušál, pouze u jediné služby se předpokládá rozsah dle skutečného čerpání. U paušalizovaných cen je výpočet ceny formálně odvozen od násobků MD, denní sazba je však použita pouze jako kalkulační položka. Sjednaná cena se tedy neodvíjí od skutečného rozsahu poskytnutého plnění (od počtu odpracovaných dní násobených denní sazbou), ale je odvíjena od pevného, předem stanoveného počtu MD za každý měsíc, aniž by se zohledňovalo skutečné pracovní nasazení jednotlivých pracovníků. Navrhovatel OKsystem se domnívá, že podstatnou složkou těchto služeb je zajištění chodu příslušných technických zařízení vybraným uchazečem. To dokládá, že povaha těchto služeb zcela vybočuje z toho, jaké služby byly předpokládány při uzavření rámcové smlouvy. Celková maximální cena služeb podle dodatku č. 6 činí 429.025.766,40 Kč včetně DPH.

69. Navrhovatel OKsystem uvádí, že i v případě dodatku č. 6 se centrální zadavatel odchýlil od rámcové smlouvy obsahově (charakterem plnění, způsobem stanovení ceny apod.), ale též zcela explicitním vyloučením použití některých ustanovení rámcové smlouvy. V bodě C.1 dodatku č. 6 jsou v kapitole „Kvalita služeb" obsažena ujednání, kterými je stanovena maximální nepenalizovaná doba všech výpadků služby v kalendářním měsíci. Dále je vyloučena aplikace čl. 10.2 (Náhrada škody) a omezena oproti rámcové smlouvě na 1/4 předvídatelná úhrnná výše škody, která by v souvislosti s dodatkem č. 6 mohla vzniknout. Vyloučeno je rovněž použití prvního odstavce čl. 10.1 rámcové smlouvy, týkající se smluvních pokut, namísto nichž jsou sjednány slevy z měsíční ceny služby. Příloha dodatku č. 6 rovněž obsahuje ujednání, které vylučuje kumulaci sankcí vůči vybranému uchazeči v případě, že prodlení s plněním jeho povinností podle dodatku č. 6 bude vyvoláno jeho prodlením s plněním některých povinností podle dodatku č. 1 nebo dodatku č. 5. Tato ujednání

představují podle přesvědčení navrhovatele OKsystem zřetelný exces ze zásady zákazu podstatných změn rámcové smlouvy stanoveného v § 89 odst. 8 a v § 92 odst. 5 zákona.

70. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že veřejná zakázka zadaná dodavateli bez jakéhokoliv zadávacího řízení uzavřením dodatků č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě nemá žádný reálný vztah k rámcové smlouvě na poskytování licencí k produktům Microsoft. Jak bylo již z věcného pohledu vysvětleno shora, byly těmito dodatky zadány služby zcela jiného charakteru a účelu, než jaké předpokládala rámcová smlouva. Tyto služby nemají žádnou souvislost s pořizováním licencí k produktům Microsoft, nemají povahu doplňkových služeb ani pomoci při implementaci desktopových a serverových řešení. Naopak jsou zcela samostatnými službami, které měly být zadávány v samostatném zadávacím řízení.

71. Navrhovatel OKsystem uvádí, že i kdyby charakter služeb, které centrální zadavatel vybranému uchazeči zadal na základě dodatků č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě, odpovídal rámcové smlouvě, nebyl by postup centrálního zadavatele v souladu se zákonem. Zadavatel totiž porušil svou povinnost stanovenou v § 92 odst. 1 písm. a) zákona. Princip zadávání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy spočívá v tom, že jednotlivé veřejné zakázky na plnění téhož druhu jsou zadávány uzavíráním jednotlivých prováděcích smluv. Každé další zadání veřejné zakázky proto ve smyslu § 92 odst. 1 tedy vyžaduje samostatnou smlouvu. Pokud chce centrální zadavatel na základě téže rámcové smlouvy zadat další zakázku (např. objednat další licence či služby), musí vždy postupovat podle citovaného ustanovení. Podle navrhovatele OKsystem je nepřijatelné, aby byl tento princip obcházen uzavíráním dodatků k již uzavřené prováděcí smlouvě, pokud obsahem takových dodatků je zadání dalších plnění Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že na každý z uzavřených dodatků k prováděcí smlouvě je třeba pohlížet jako na samostatnou prováděcí smlouvu, jejíž uzavření musí proběhnout způsobem stanoveným v § 92 odst. 1 zákona.

72. Navrhovatel OKsystem má dle svého vyjádření se zadavatelem uzavřenu platnou Smlouvu na komplexní údržbu, správu, pokračování vývoje APV, dodávku a údržbu licenčního programového vybavení a školení. Tato smlouva byla dle navrhovatele OKsystem uzavřena dne 21.10.2010 v souladu s výsledky jednacího řízení bez uveřejnění vedeného pod č. j. 2010/24587 - 61. Zadavatel podle vyjádření navrhovatele OKsystem informoval předem Vládu České republiky o postupu při zajištění aplikací pro výplatu sociálních dávek a Vláda České republiky tuto informaci v usnesení č. 223 ze dne 22.3.2010 vzala na vědomí. Zvolený postup, tj. jednací řízení bez uveřejnění a uzavření Smlouvy na komplexní údržbu, správu, pokračování vývoje APV, dodávku a údržbu licenčního programového vybavení a školení se společností OKsystem, byl dle navrhovatele OKsystem podmíněn tím, že zadavatel nejpozději do 31.12.2011 zahájí výběr dodavatele cestou otevřeného zadávacího řízení. Zadavatel však tento postup, který si stanovil a který vzala Vláda České republiky na vědomí, nedodržel.

73. Navrhovatel OKsystem v příloze svého podání ze dne 29.6.2012 dokládá přehledovou tabulku cen licencí a služeb, které byly na základě rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft ze dne 1.12.2008 pořízeny pro jednotlivé subjekty veřejné správy. Tento přehled obsahuje i statistický souhrn cen objednaných licencí a služeb a výpočet poměru mezi cenou pořízených licencí a služeb. Vyplývá z něj, že u všech ostatních subjektů veřejné správy byly a jsou služby na základě rámcové smlouvy objednávány skutečně jako doplňkové a hodnota takto objednaných služeb činí necelých 7 % ceny objednaných licencí. Z této statistiky se zadavatel zcela zřetelně vymyká, když v jeho případě jsou objednané

služby zcela dominující. Cena objednaných služeb je v případě zadavatele 4,89 krát vyšší, než cena objednaných licencí. Pokud by byl statistický průměr poměru objednaných služeb na základě rámcové smlouvy vypočtený u všech ostatních subjektů veřejné správy považován za standardní a normální, pak v případě zadavatele je tato normální úroveň 70x vyšší. Tuto skutečnost navrhovatel OKsystem považuje za další podpůrný důkaz k tvrzení, že v daném případě byla rámcová smlouva zneužita pro pořízení plnění zcela jiného charakteru.

74. Navrhovatel OKsystem uvádí, že v době zadávání veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft měl centrální zadavatel na mysli především licence k produktům Microsoft a že služby byly míněny pouze jako okrajové a doplňkové plnění. O tom dle navrhovatele OKsystem svědčí např. i Dohoda o centrálním zadávání uzavřená mezi centrálním zadavatelem a zadavatelem dne 30.6.2008, v níž se hovoří pouze o produktech Microsoft, aniž by byly zmiňovány související služby.

75. Podle navrhovatele OKsystem měla být uzavřena do dvou měsíců od účinnosti rámcové smlouvy dohoda ohledně katalogových listů služeb a měla se stát nedílnou součástí rámcové smlouvy. Jejím smyslem nemělo být rozšíření předmětu plnění dle rámcové smlouvy, jak mylně interpretuje centrální zadavatel, když hovoří o přidávání dalších služeb do seznamu uvedeného v příloze č. 2 rámcové smlouvy, ale doplnění rámcové smlouvy o přesný popis služeb, které budou na základě rámcové smlouvy a prováděcích smluv poskytovány subjektům veřejné správy. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že pokud nedošlo k dohodě o katalogových listech služeb, neměly být tyto služby na základě rámcové smlouvy vůbec zadávány. Podle navrhovatele OKsystem zcela odporuje podstatě zadávání veřejných zakázek prostřednictvím rámcové smlouvy, aby bylo to, co mělo být upřesněno a definováno již v rámcové smlouvě, řešeno na úrovni dodatků k prováděcí smlouvě.

76. Navrhovatel OKsystem nerozporuje, že existuje souvislost mezi produkty Microsoft a službami poskytovanými na základě dodatků č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě. Z pohledu zákona však není podstatné, zda spolu nějaká plnění souvisejí nebo zda společně tvoří určitý komplex, ale to, zda zadaná plnění spadají do rámce daného rámcovou smlouvou. Podle navrhovatele OKsystem není přijatelné, aby byl předmět dříve zadaných zakázek libovolně (s poukazem na to, že plnění spolu souvisí) rozšiřován cestou dodatků k dříve uzavřeným smlouvám, aniž by při zadání každého dalšího plnění byly dodrženy postupy předepsané zákonem.

77. Navrhovatel Oksystem uvádí, že pro posouzení případu se jako podstatné jeví to, že na plnění dodatků č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě se nepodíleli subdodavatelé uvedení v rámcové smlouvě, ale subjekty jiné, což podle názoru navrhovatele OKsystem lze považovat za další důkaz o tom, že obsah služeb zahrnutých do zmíněných dodatků neodpovídal původně uvažovanému rozsahu služeb dle rámcové smlouvy, a proto ho vybraný uchazeč nebyl schopen pokrýt pomocí subdodavatelů uvedených v rámcové smlouvě.

78. Podle navrhovatele Oksystem zadavatel potvrzuje, že plnění vyplývající z dodatků č. 5 a 6 vybočují z rámce nastaveného rámcovou smlouvou, neboť zadavatel uvedl, že dodatkem č. 5 a 6 k prováděcí smlouvě byly objednány všechny činnosti spojené s provozem integrační platformy, kterou definuje jako komplexní řešení HW a SW farmy (cloudu). Navrhovatel OKsystem nepolemizuje o tom, zda je takové řešení pro zadavatele výhodné či nikoliv, avšak

trvá na tom, že chtěl-li zadavatel takové komplexní řešení HW a SW zadat, měl postupovat cestou běžného zadávacího řízení a nikoliv se pokoušet pořídit si takové plnění na základě rámcové smlouvy, která k tomu nebyla určena.

Argumentace centrálního zadavatele vztahující se k výrokům II. a III. rozhodnutí

79. Centrální zadavatel je přesvědčen, že uzavření prováděcí smlouvy a jejích dodatků je v souladu se zněním rámcové smlouvy, neboť jednotlivé služby zde definované jsou službami, které předpokládá jak rámcová smlouva, tak prováděcí smlouva. Centrální zadavatel uvádí, že generální ředitel společnosti Microsoft s.r.o. (tj. dceřiné společnosti Microsoft Corporation) v dopise adresovaném centrálnímu zadavateli potvrzuje, že předmětné služby se vztahují k produktům společnosti Microsoft. Centrální zadavatel je přesvědčen, že prováděcí smlouva, respektive její dodatky pouze specifikují jednotlivé služby ve smyslu přílohy č. 2 rámcové smlouvy, jejich rozsah a finanční model úhrady. Centrální zadavatel se domnívá, že konkretizace parametrů rámcové smlouvy nemůže být považována za podstatnou změnu této smlouvy.

80. Centrální zadavatel uvádí, že z textu článku 3.2 rámcové smlouvy lze jazykovým výkladem dovodit, že předmětem plnění veřejné zakázky nebylo pouze poskytnutí licencí k produktům Microsoft, nýbrž i poskytnutí služeb s těmito produkty souvisejícími. K argumentu navrhovatele OKsystem, že název přidělený veřejné zakázce neobsahuje informaci, že předmětem plnění jsou také služby, centrální zadavatel uvádí, že název veřejné zakázky má pouze informační, nikoliv normativní charakter a slouží k označení obsahu veřejné zakázky, nikoliv však k taxativnímu vypočtení toho, co všechno plnění veřejné zakázky bude obsahovat.

81. Podle centrálního zadavatele nelze označení doplňkové služby chápat za označení, které by mělo znamenat, že tyto služby jsou svým rozsahem minoritní. Centrální zadavatel chápe tyto služby jako služby komplementární, tedy služby, které tvoří s poskytnutými licencemi nedílný celek a které jsou pro zprovoznění a chod licencovaných produktů nezbytné. Centrální zadavatel konstatuje, že separátní dohoda ohledně katalogových listů služeb ve smyslu přílohy č. 2 rámcové smlouvy nebyla mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena. Centrálním zadavatel uvádí, že docházelo pouze k upřesňování jednotlivých produktů služeb v čase, a to prostřednictvím dodatků k prováděcí smlouvě.

82. Centrální zadavatel uvádí, že dle jeho vědomí se na plnění služeb v rámci rámcové smlouvy nebo prováděcí smlouvy podílely pouze ty subjekty, které jsou uvedeny v čl. 11 rámcové smlouvy nebo které byly následně centrálním zadavatelem schváleny. Centrální zadavatel je toho názoru, že prováděcí smlouvou a jejími dodatky došlo k detailní definici toho, co je poskytováno na základě prováděcí smlouvy. Centrální zadavatel uvádí, že rámcová smlouva umožňuje plnění určitého portfolia produktů a služeb, přičemž není povinností každého subjektu, který rámcovou smlouvu využije, aby odebral veškeré produkty a služby definované v rámcové smlouvě a je tedy potřeba, aby struktura a portfolio produktů a služeb bylo detailizované natolik, aby nevznikaly pochybnosti o tom, které služby jsou opravdu prováděcí smlouvou, resp. prováděcí smlouvou a jejími dodatky, poptávané.

83. Centrální zadavatel konstatuje, že k realizaci cíle veřejné zakázky bylo nezbytné uzavírání jednotlivých prováděcích smluv, na základě kterých vybraný uchazeč poskytuje licence k produktům Microsoft, jakož i poskytuje služby dle požadavků orgánů veřejné správy.

Centrální zadavatel uvádí, že k uzavření prováděcí smlouvy nedošlo bez předchozích nezbytných úkonů, zejména realizace příslušného zadávacího řízení.

84. Vzhledem k tomu, že v rámci pořízení licencí produktů Microsoft byly pořízeny licence také desktopových a serverových aplikací, je zřejmé, že komplementární služby náleží k těmto produktům a v odpovídajícím rozsahu byl objednán také rozsah těchto služeb. Z pohledu centrálního zadavatele je specifikace služeb naprosto dostatečná. Vzhledem k charakteru služeb, který do značné míry spočívá v řešení integrace a opravách chyb, jež se vyskytnou v průběhu užívání softwaru a v integračních činnostech, není dle centrálního zadavatele možné předem stanovit přesné datum, kdy budou všechny tyto služby poptávané, protože část těchto služeb bude časově spadat až do doby, kdy bude potřeba aktuální situaci vyřešit. Centrální zadavatel uvádí, že část činností je časově dopředu predikovatelná, proto je také v prováděcí smlouvě stanoven počátek, kdy je třeba s těmito službami započít. Na druhou stranu centrální zadavatel ale uvádí, že pro kontinuální užívání předmětného softwaru je potřeba, aby „správce“ tohoto softwaru byl v pohotovosti pro případ řešení problémů, v opačném případě by bylo potřeba, aby se v případě nastalých komplikovaných situací, musel hledat vhodný dodavatel služby, který by tento problém odstranil, čímž by docházelo k časovým prostojům, které by zapříčinily nefunkčnost části státní správy.

85. Podle názoru centrálního zadavatele nejsou dodatky k prováděcí smlouvě novými smlouvami, ke kterým by mělo směřovat nové zadávací řízení. Prováděcí smlouva byla dodatkována, a to celkem šesti dodatky uzavíranými v období od září 2011 do konce prosince 2011. Předmětem těchto dodatků byla dle centrálního zadavatele vždy konkretizace předmětu prováděcí smlouvy v tom smyslu, že docházelo k upřesnění rozsahu poskytovaných služeb. Důvodem byl ten fakt, že v době podpisu rámcové smlouvy a prováděcí smlouvy nelze předem přesně stanovit, jaké všechny produkty a služby budou po celou dobu účinnosti těchto smluv potřebné, protože se jedná o plnění dlouhodobého charakteru. Je tedy nutné, aby docházelo k úpravě detailních podmínek v čase tak, aby tyto požadavky opravdu odpovídaly skutečné potřebě. V případě, že nedojde k překročení hodnotového a věcného rámce veřejné zakázky, centrální zadavatel v takovémto postupu nevidí žádný problém. Centrální zadavatel uvádí, že na základě prováděcí smlouvy a dodatků, nedochází ke změně věcného rámce, jsou objednávány produkty a služby, které jsou předpokládané rámcovou smlouvou a které byly řádně vysoutěženy. Stejně tak dle centrálního zadavatele nebyl překročen hodnotový rámec, neboť předpokládaná hodnota činila 8-11 mld. Kč, přičemž tato hodnota nebyla v žádném případě překročena.

86. K dodatku č. 5 centrální zadavatel uvádí, že dodatkem bylo poptáváno plnění, které je obsahově zcela podřaditelné pod rámcovou smlouvu, resp. prováděcí smlouvu, přičemž pouze došlo k upřesnění služeb, které jsou potřebné pro bezvadnou funkčnost produktů Microsoft. Centrální zadavatel se domnívá, že vzhledem k tomu, že v případě dodatku k prováděcí smlouvě, nebyl povinen postupovat podle § 92 odst. 1 odst. a) zákona, neboť tento postup byl již aplikován při uzavírání samotné prováděcí smlouvy a tak není potřeba tento postup opakovat znovu i v případě uzavírání dodatků.

87. Centrální zadavatel konstatuje, že není schopen určit, zejména z důvodu odborné specifičnosti, zdali služby spočívající v pomoci při implementaci desktopových a serverových aplikací mohou spočívat v poskytování činnosti prostřednictvím technických prostředků. Centrální zadavatel uvádí, že učinil dotaz na společnost Microsoft s.r.o., zdali veškeré služby,

jež jsou poskytovány na základě relevantních smluvních instrumentů a jež jsou předmětem šetření, jsou služby, které jsou poskytovány v souvislosti s produkty Microsoft a zdali jsou tyto služby poskytovány v souladu s relevantními dokumenty, přičemž bylo potvrzeno, že tomu tak je. Centrální zadavatel nespatřuje ani problém v tom směru, že služba je poskytována z jednoho místa a její účinky se projeví na místě jiném, tedy na počítačích zadavatele, jež jsou umístěny na geograficky jiném místě. Centrální zadavatel sděluje, že dle jeho názoru je možno implementaci desktopových a serverových aplikací provádět i v režimu rutinního provozu a nikoliv pouze formou jednorázového zásahu.

88. Centrální zadavatel doplňuje, že výše uvedená argumentace k dodatku č. 5 se analogicky vztahuje i k dodatku č. 6, neboť okolnosti související s uzavíráním obou dodatků jsou obdobné.

Argumentace zadavatele vztahující se k výrokům II. a III. rozhodnutí

89. Zadavatel uvádí, že navrhovatel STUDENT AGENCY neuvádí žádný konkrétní rozpor rámcové smlouvy ve vztahu k prováděcí smlouvě. Zadavatel se domnívá, že prováděcí smlouva je zcela v souladu s rámcovou smlouvou, a to včetně služeb poskytovaných vybraným uchazečem. Vymezení předmětu plnění je dle zadavatele v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy. Zadavatel uvádí, že zadávací řízení, na jehož základě byla rámcová smlouva uzavřena, proběhlo zcela v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel uvádí, že dodatky k prováděcí smlouvě pouze stanoví rozsah (tedy zejména finanční objem), v němž mají být konkrétní služby na základě prováděcí smlouvy (a v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy) poskytovány. V žádném případě se dle zadavatele nejedná o rozšíření okruhu služeb, jak naznačuje navrhovatel STUDENT AGENCY.

90. Zadavatel uvádí, že od ledna 2012 využívá nových agendových systémů formou služby a přístupu ke službě v podobě "tenkého" klienta (oproti předchozímu řešení v podobě dodávky klasické aplikace instalované na všech koncových zařízeních), kde hlavním cílem je využiti standardních produktů a jejich vhodná konfigurace pro potřeby zajištění agendy zadavatele a interních rozhodovacích procesů. Z tohoto důvodu jsou použity produkty společnosti Microsoft, které pokrývají kompletní portfolio potřeb pro integraci procesů a datových zdrojů. Vlastní řešení je pak pouze v customizaci daných produktů pro konkrétní potřeby rozhodovacích procesů a jejich napojení na další systémy. Kromě technické flexibility dává toto řešení i dostatečnou flexibilitu z pohledu zvolených dodavatelů takového řešení, kdy se zadavatel nedostává do monopolu jednoho dodavatele, tak jak tomu bylo v minulosti. Společnost Microsoft je pak garantem funkčnosti celého systému. Zadavatel uvádí, že pro technické řešení agendových systémů bylo v souladu s rámcovou službou využito technologických produktů společnosti Microsoft (především Windows Server, SQL Server, SharePoint Server, BizTalk Server a Internet Information Server), přičemž jejich customizace a nastavení všech potřebných produktů pro fungování agendových systémů je prováděno zejm. v rámci služby pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy.

91. Skutečnost, že dodatek č. 5 a dodatek č. 6 nejsou změnou rámcové smlouvy podle zadavatele, vyplývá z jejich obsahu. Služby definované v příloze č. 2 rámcové smlouvy jsou uvedeny obecně a stručně jako kategorie upřesňující rámec vlastní podpory při implementaci desktopových a serverových aplikací. Plnění poskytované na základě dodatku č. 5 a dodatku

č. 6 společně s prováděcí smlouvou a ostatními jejími dodatky, představují všechny činnosti spojené s provozem integrační platformy. Integrační platforma je komplexní řešení HW a SW farmy (cloudu), v rámci které jsou provozovány systémy, produkty a služby složené z produktů Microsoft, je zde zajištěno jejich vzájemné provázání (integrace) dle potřeb zadavatele. Tím je vytvořena komplexní ICT podpora interních procesů zadavatele a jsou zajištěny standardní výstupy z těchto procesů. Služby uvedené v příloze č. 2 rámcové smlouvy ostatně přímo činnosti typu „instalace, administrace, customizace aplikačního software" uvádějí, z toho je zřejmé, že již při uzavření rámcové smlouvy se předpokládala vlastní customizace určitých produktů Microsoft a jejich podpora v podobě administrace atd. Tyto služby jsou vázány na produkty uvedené v příloze č. 1 rámcové smlouvy a z jejich výčtu je patrné, že především uvedené serverové produkty a jejich nasazení u zadavatele vyžaduje významnou customizaci pro efektivní využití ze strany zadavatele. Vzhledem k předpokládanému rozsahu využití až pro 20 tis. uživatelů (aktuálně skoro 12 tis. uživatelů) je patrné, že se jedná o robustní řešení, které pro správný a bezchybný chod vyžaduje odpovídající podporu ze strany vybraného uchazeče. I z toho je patrné, že příloha č. 2 rámcové smlouvy neobsahuje z pohledu významu doplňkové služby, ale služby, které mají srovnatelný význam jako produkty v příloze č. 1 rámcové smlouvy, přičemž v případě serverových produktů lze tyto služby považovat za významnější.

92. Zadavatel uvádí, že navrhovatelem OKsystem uváděná argumentace by mohla obstát, kdyby se jednalo o dodávku jednoduchého programového vybavení, jako jsou např. produkty Microsoft určené pro domácnosti. Tedy, že postačuje použít instalační CD nebo jiné zařízení (např. flash disk), provést několikaminutovou instalaci a dodaný produkt je ihned plně funkční. Dotčené produkty Microsoft, jejich implementace zahrnující i customizaci a podporu, jsou oproti tomu velmi komplexní produkty a služby, které vyžadují mnohdy kontinuální poskytování služeb (např. odstraňování vad) v průběhu celé doby používání těchto produktů.

93. Zadavatel uvádí, že mu není zřejmé, jak navrhovatel OKsystem dospěl k závěru, že bude služba na základě dodatku č. 5 poskytována technickým zařízením a nikoliv osobami vybraného uchazeče. Předmětem plnění na základě prováděcí smlouvy jsou komplexní aplikace, které vyžadují jednak kontinuální odstraňování veškerých problémů, které mohou v souvislosti s instalací aplikací vyvstat a rovněž průběžné provádění customizace těchto aplikací, aby tyto řádně plnily všechny požadavky kladené na ně zadavatelem.

94. Cena za poskytnuté služby je dle zadavatele stanovena na základě MD (člověkodnů), jelikož se odvozuje od počtu pracovníků vybraného uchazeče, kteří budou zajišťovat dodávky služeb v souladu s tím, jak jsou konkretizovány dodatkem č. 5 a od počtu dnů, v nichž bude tato služba poskytována. Zadavatel uvádí, jak je uvedeno v Dodatku č. 5, že jde o upřesnění, resp. rozšíření rozsahu služeb souvisejících s poskytováním služeb Service Desk, jež měly být vybraným uchazečem dodávány zadavateli na základě prováděcí smlouvy ve znění dodatku č. 1. Služba Service Desk vyžaduje, aby na straně vybraného uchazeče byla po celou dobu jejího poskytování zajištěna konektivita datových center a mobilních uživatelů a těmto následně ve lhůtách stanovených v dodatku č. 1 k prováděcí smlouvě byly poskytovány služby konkretizované v dodatku č. 5. Zadavatel uvádí, že s ohledem na množství výskytu poruch, vad či chyb, které způsobují provozní problémy, bylo nutné zajistit kontinuální řešení těchto problémů zaměstnanci vybraného uchazeče, za současného poskytování

konzultačních činností a dalších služeb. Takováto minimální dostupnost (a zajištění provozu Service Desk) vyžaduje využití dostatečného množství osob, které budou tyto služby plnit. Cena za takto poskytované služby stanovená dle dodatku č. 5 tak vychází z minimální potřeby na práci osob zajišťujících tato plnění a zároveň stanoví maximální rozsah ceny za tato plnění hrazená zadavatelem.

95. Zadavatel uvádí, že dle čl. 10.1 rámcové smlouvy se vybraný uchazeč zavázal „zaplatit smluvní pokutu ve výši 0,05 % ze smluvní ceny dle konkrétní prováděcí smlouvy ... za každý i započatý den prodlení". Vzhledem k tomu, že cena plnění poskytovaného na základě prováděcí smlouvy ve znění jejích dodatků je z části stanovena pouze jednotkově (za MD) a zároveň není možné předem určit, jaké množství člověkodnů bude k poskytnutí veškerého plnění na základě prováděcí smlouvy ve znění jejích dodatků třeba, je takovýto způsob stanovení smluvní pokuty neurčitý a ustanovení o smluvní pokutě je v důsledku toho neplatné. Rámcová smlouva přitom výslovně zmiňuje smluvní cenu, nikoliv předpokládanou hodnotu zakázky. Předpokládané hodnoty zakázky tak dle zadavatele nelze pro stanovení výše smluvní pokuty využít, a to ani podpůrně. I pokud by dle zadavatele bylo možné smluvní cenu dle prováděcí smlouvy stanovit, výše smluvní pokuty takto stanovené by byla nepřiměřená a hrozilo by tak, že v tomto ohledu bude mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ohledně přiměřenosti výše smluvní pokuty vznikat spor, při jehož řešení by zřejmě zadavatel neuspěl. Postup pro uplatnění smluvní pokuty stanovený v dodatku č. 5 vychází z intenzity porušení povinnosti vybraného uchazeče a u smluvní pokuty takto stanovené nehrozí, že by byla nepřiměřeně vysoká, a tedy, že by mohl v případném sporu takovou smluvní pokutu soud moderovat pro rozpor se zásadami poctivého obchodního styku. Zadavatel má za to, že s ohledem na to, že ustanovení o smluvní pokutě uvedené v rámcové smlouvě bylo s ohledem na znění prováděcí smlouvy neplatné, úprava v dodatku č. 5 tedy nepředstavuje změnu, která by byla podstatnou změnou podmínek rámcové smlouvy ve smyslu § 89 odst. 8 zákona, případně § 92 odst. 5 zákona.

96. K námitce navrhovatele OKsystem, že se v dodatku č. 6 liší struktura ceny od struktury ceny použité v prováděcí smlouvě, zadavatel uvádí, že struktura ceny v dodatku č. 6 je ve skutečnosti použita zcela stejným způsobem jako u ostatních plnění poskytovaných na základě prováděcí smlouvy a v dodatku č. 5. Ve vztahu k dodatku č. 6 dle zadavatele platí stejná argumentace jako ve vztahu k dodatku č. 5. I v tomto případě byla dle zadavatele cena stanovena na základě MD (člověkodnů), jelikož se odvozuje od počtu pracovníků vybraného uchazeče, kteří budou zajišťovat dodávky služeb v souladu s tím, jak jsou konkretizovány dodatkem č. 6 a od počtu dnů, v nichž bude tato služba poskytována.

97. Obdobně jako v případě dodatku č. 5, i ve vztahu k dodatku č. 6 zadavatel argumentuje odlišným způsobem stanovení výše smluvní pokuty oproti rámcové smlouvě, že ustanovení rámcové smlouvy o smluvní pokutě je neplatné pro neurčitost, a i kdyby bylo možné celkovou smluvní cenu dle prováděcí smlouvy stanovit, taková smluvní pokuta by byla nepřiměřeně vysoká a tedy v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku.

98. Zadavatel uvádí, že argumentace navrhovatele OKsystem, že dodatek č. 6 nezahrnuje žádné licence, je sice správná, ale na jeho základě poskytované služby se týkají veškerých licencí poskytovaných na základě prováděcí smlouvy (ve znění všech jejích dodatků) a veškerých licencí k produktům Microsoft, které zadavatel měl již v době před uzavřením prováděcí smlouvy. Podle zadavatele není rozhodující, zda část plnění konkretizovaná v příslušném

dodatku k prováděcí smlouvě obsahuje i část dodávaných licencí k produktům Microsoft, nebo zda upravuje pouze doplňkové služby související s těmito licencemi.

99. Zadavatel uvádí, že uzavřením dodatku č. 5 a dodatku č. 6 nedošlo k dělení veřejné zakázky v rozporu se zákonem. Podle zadavatele se jedná o jedinou zakázku poskytovanou na základě prováděcí smlouvy. Uzavírání dodatků k prováděcí smlouvě dle zadavatele nemohlo být v rozporu s ustanoveními zákona. Postupné úpravy prováděcí smlouvy podle zadavatele vycházely z potřeby konkretizovat požadovaná plnění zadavatelem, jak vyplývalo z potřeb zadavatele. Změny prováděcí smlouvy byly dle názoru zadavatele prováděny v souladu s čl. 11.3 rámcové smlouvy ve spojení s čl. 4.8 rámcové smlouvy.

Argumentace vybraného uchazeče vztahující se k výrokům II. a III. rozhodnutí

100. Podle vybraného uchazeče byla prováděcí smlouva uzavřena jako jedna z realizačních smluv rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft a na poskytování služeb. Vybraný uchazeč se neztotožňuje s názorem navrhovatele STUDENT AGENCY, že prováděcí smlouva svým předmětem nespadá pod rozsah stanovený rámcovou smlouvou a má za to, že při sjednávání prováděcí smlouvy k žádnému pochybení nedošlo a smlouva byla uzavřena v souladu se zákonem.

101. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že navrhovatel STUDENT AGENCY ve svém návrhu neuvedl žádný argument ani důkaz, kterým by doložil své závěry, že uzavřením prováděcí smlouvy došlo k překročení rozsahu předmětu veřejné zakázky definovaného rámcovou smlouvou.

102. Vybraný uchazeč uvádí, že služby poskytnuté podle dodatků č. 5 a 6 je nutno považovat za služby, které tvoří spolu se službami dle předchozích dodatků k prováděcí smlouvě jeden komplexní celek služeb spojených s implementací licencí produktů Microsoft. Tyto služby jsou vzájemně propojené; služby dle dodatků č. 5 a 6 není možno z tohoto celku vytrhnout a posuzovat je izolovaně. Služby poskytované v rámci realizace prováděcí smlouvy a jejích dodatků jsou všechny poskytovány za účelem vybudování a ověřování funkcionalit integrační platformy, jež představuje komplexní řešení typu cloud. Implementace řešení je založena na systémové integraci velkého množství produktů Microsoft jako celku tak, aby byly uživatelům poskytovány služby odpovídající kvality.

103. Vybraný uchazeč uvádí, že implementace (tj. instalace a customizing) operačních systémů, databázových software a aplikačních software v daném případě představuje vysoce sofistikované činnosti a aktivity spočívající v postupné realizaci procesních postupů, které vedou k instalaci operačních systémů, databázových software a aplikačních software, včetně jejich postupného funkčního nastavování a integrace do stávajícího ICT prostředí zadavatele. Součástí těchto činností a aktivit jsou dále postupy a procesy spojené s postupným nastavováním komunikačních rozhraní s jinými ICT systémy, parametrizací operačních systémů, databázových SW a aplikačních SW a ověřováním funkčnosti instalovaných a customizovaných operačních systémů, databázových SW a aplikačních SW v ICT prostředí zadavatele. Tyto činnosti nejsou provedeny jednorázově. Jsou vykonávány periodicky až do okamžiku, kdy funkcionalita systému odpovídá cílovému konceptu, který je definován zadavatelem.

104. Oddělená nebo postupná integrace, tak jak se o ní zmiňuje navrhovatel OKsystem, je v daném případě podle vybraného uchazeče technicky nemyslitelná. Vybraný uchazeč se

domnívá, že by zadavateli způsobila velké problémy při přechodu na novou platformu a znemožnila by její užívání v požadované době.

105. Podle vybraného uchazeče je k úspěšnému a efektivnímu využití produktů Microsoft a k jejich vzájemnému provázání do jednoho komplexního celku, nezbytné vykonat vysoce odborné činnosti definované v jednotlivých kategoriích v rámci přílohy č. 2 k rámcové smlouvě, a to konkrétně doplňkové služby kategorie č. 4 a č. 5. Kategorie č. 4 jsou služby týkající se pomoci při implementaci serverových a desktopových aplikací spočívají v instalaci produktů Microsoft, jejich customizaci na základě požadavků zadavatele, zajištění vzájemného provázání produktů Microsoft na úrovni integrační platformy, provádění customizace a nastavování vzájemných vazeb, ověření funkčnosti v pilotním provozu, instalace patchů a aktualizací, opravy nefunkčních částí, nasazování a kontrola bezpečnostních standardů a politik, nastavování, v rámci pilotního provozu řízení a kontrola přístupových oprávnění podle jednotlivých rolí uživatelů, provádění zálohování systémů a dat v prostředí integrační platformy, kontrola konzistence a proveditelnosti obnovy prostředí integrační platformy, pomoci při poskytování informací, zajištění efektivní elektronické komunikace mezi jednotlivými subjekty atd. Kategorie č. 5 jsou dle vybraného uchazeče služby týkající se pomoci při implementaci serverových a desktopových aplikací spočívají zejména v odborných konzultacích při definici parametrů, požadavků a provozních procesů ve vysoce dostupném prostředí požadovaném zadavatelem, při systémové integraci, tj. v definici návrhů na konsolidaci a harmonizaci jednotlivých produktů Microsoft se stávajícím heterogenním ICT prostředím zadavatele do jednoho fungujícího celku, při projektovém řízení rozsáhlých implementačních projektů pod řízením projektových manažerů. Vybraný uchazeč se domnívá, že služby poskytované podle dodatků č. 5 a 6 tvoří jeden komplexní celek společně s ostatními službami poskytovanými podle prováděcí smlouvy a že jejich oddělené poskytování jinými dodavateli není možné.

106. Vybraný uchazeč má za to, že služby poskytnuté na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků jsou v souladu s předmětem a rozsahem služeb stanovených a předpokládaných rámcovou smlouvou a že k žádnému pochybení v tomto ohledu nedošlo. Podle názoru vybraného uchazeče je nezbytné, aby význam termínu doplňkové služby byl vykládán ve vztahu ke službám poskytovaným v IT sektoru, a rovněž je nutné brát zřetel na skutečnou vůli stran. Se zřetelem k charakteru služeb nelze podle vybraného uchazeče pojem doplňkové služby vykládat jako služby drobného rozsahu nebo nepodstatné důležitosti. Jde totiž o velmi důležitou součást plnění vybraného uchazeče související s dodávkou licencí k produktům Microsoft. Sama o sobě dodávka licencí k produktům Microsoft by podle vybraného uchazeče pro subjekty veřejné správy byla bezúčelná. Nemohly by totiž využívat příslušné související služby, které jsou nezbytné pro plnou funkčnost v daném prostředí. Doplňkové služby zahrnují služby Premier Support, služby vycházející z podpory licencí tzv. Software Assurace (SA) a služby doplňující komplexní portfolio výše zmíněných služeb, které jsou definované jako pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Na základě poskytnutí příslušného portfolia zmíněných služeb jsou pak produkty Microsoft do ICT prostředí zadavatele individuálně instalovány, průběžně implementovány, dle požadavků konfigurovány, customizovány a integrovány s ohledem na individuální rozdíly a specifika ICT prostředí jednotlivých subjektů veřejné správy.

107. V rámci dodatku č. 5 jsou poskytovány služby spočívající v nasazení produktu integrační platformy Microsoft BizTalk Server 2010, který je klíčovým nástrojem zprostředkovávajícím řízenou komunikaci v prostředí ICT zákazníka mezi tam umístněnými aplikacemi, databázemi a externími systémy. Na počátku realizace došlo k instalaci samotného produktu, k rozšíření a vytvoření nové databázové instance na produktu Microsoft SQL Server 2008 a otestovaní funkcionalit. Dále je pak na pravidelné bázi prováděna customizace produktu Microsoft BizTalk Server 2010, testování customizace konektorů k jednotlivým systémům, průběžně je prováděna optimalizace celého systému pro efektivnější poskytování služeb a aplikací třetích stran, které jsou v tomto prostředí provozovány. Služby poskytnuté podle dodatku č. 5 jsou v souladu s rámcovou smlouvou, spadají pod kategorii služeb pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací 4. kategorie.

108. V rámci dodatku č. 6 je poskytována pomoc s integrací aplikací třetích stran ve vlastnictví zadavatele, které byly integrovány do integračního prostředí postaveného na SW produktech společnosti Microsoft. Jedná se především o operační systém, virtualizační technologie a identity, portálové řešení, databázová platforma, správa, monitoring a zabezpečení, aplikační podpora a standardy.

109. Integrace aplikací třetích stran v rámci dodatku č. 6 spočívá zejména v pomoci při implementaci nových verzí (release) aplikací třetích stran do integračního prostředí, kontrole a testování funkčnosti, optimalizaci výkonu Integračního prostředí s dopadem na kvalitu poskytovaných služeb a v rámci implementační podpory také v reportování vzniklých incidentů s dopadem na výkonnost celkového prostředí. Vybraný uchazeč uvádí, že obdobně jako u dodatku č. 5, jsou i služby poskytnuté podle dodatku č. 6 v souladu s rámcovou smlouvou, spadají pod kategorii služeb pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací 5. kategorie.

110. Vybraný uchazeč uvádí, že ohodnocení poskytovaných činností pomocí ceny za MD se v IT sektoru standardně používá nejen pro jednorázové úkony, ale i pro činnosti poskytované opakovaně či dlouhodobě. Cena za MD je určena na základě dlouhodobé zkušenosti dodavatele s podobnými rozsáhlými implementačními projekty, a to dle typu vykonávaných nebo identifikovaných činností, jejich náročnosti, kvality a kvantity. Jelikož se jedná o služby s vysokou přidanou hodnotou, které jsou poskytovány v souladu s definovanými požadavky na kvalitu služby, mohou je vykonávat pouze kvalifikovaní odborní pracovníci. V takovémto případě je vždy z kapacitních důvodů, ale i s ohledem na požadavky zadavatele nutné, aby předem definoval očekávaný rozsah prací, a to po celou dobu trvání projektu. Cena na základě MD byla v daném případě určena na základě počtu pracovníků vybraného uchazeče, kteří provádějí příslušné služby dle definovaných parametrů. Tito pracovníci jsou určeni pro průběžnou customizaci integrační platformy a odstraňování poruch a vad pilotního prostředí s ohledem na dosažení cílového stavu funkcionality integrační platformy, poskytování konzultačních a dalších činností spojených s implementací nového řešení a s tím souvisejících skutečností. Vybraný uchazeč uvádí, že v předloženém měsíčním reportu vždy na konci každého měsíce prokazuje zadavateli, že předem stanovený rozsah byl skutečně a řádně odebrán. V opačném případě není nevyčerpaná část předpokládaného stanoveného rozsahu ze strany zadavatele hrazena. Konstrukce ceny za poskytnuté plnění je podle vybraného uchazeče plně v souladu s podmínkami podle rámcové smlouvy i v souladu se standardy výpočtu ceny za služby v IT sektoru.

111. Vybraný uchazeč k otázce zvoleného technického řešení prostřednictvím tzv. „cloudu“ uvádí, že se neztotožňuje s názorem, že toto řešení není přípustné na základě rámcové smlouvy a že jsou s ním spojené vysoké náklady. Podle vybraného uchazeče je cloud v současnosti standardním moderním řešením pro zákazníky, kteří chtějí IT infrastrukturu optimalizovat a virtualizovat a standardizovat a automatizovat alokaci přidělovaných virtuálních prostředí. Hlavní výhody vybraný uchazeč vidí v úspoře provozních nákladů, ve zjednodušení správy celého prostředí, ve vysoké dostupnosti, ve zvýšení bezpečnosti, v existenci jednoho centrálního kontaktního místa, v otevřenosti vybudovaného řešení aplikacím od různých dodavatelů, v možnosti rozšiřitelnosti a škálovatelnosti a v možnost využití stávající infrastruktury zadavatele, čímž se výrazně optimalizují náklady projektu. Podle vybraného uchazeče bez cloudového řešení není možné plné využití funkcí mnohých produktů Microsoft, mimo jiné těch, které byly dodávány na základě prováděcí smlouvy. Způsob vymezení služeb uvedených v rámcové smlouvě, v příloze č. 2 ukazuje, že bylo záměrem centrálního zadavatele neomezovat se při plnění rámcové smlouvy na stav vývoje IT v době uzavření rámcové smlouvy.

112. Podle vybraného uchazeče je pro posouzení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků se zákonem irelevantní tvrzení navrhovatele OKsystem, že cena objednaných služeb je v případě zadavatele 4,89 krát vyšší než v případě jiných implementačních smluv. Objem poskytnutých licencí a služeb a jejich vzájemný poměr se liší dle aktuálních potřeb subjektů veřejné správy. Řešení zvolené v případě prováděcí smlouvy a jejích dodatků vyžadovalo rozsáhlejší objem doplňkových služeb ve svém počátku. To bylo mj. způsobeno i nezbytností zajištění přechodu z původního, již překonaného a nevyhovujícího řešení na novou moderní platformu, které u ostatních subjektů veřejné správy prováděno nebylo. Úvodní vyšší investice související se zaváděním nové platformy je podle vybraného uchazeče ospravedlnitelná budoucími výraznými úsporami a nesouměřitelně vyšší variabilitou v porovnání s dosavadním řešením.

Obsah odborného posudku prof. Ing. Vladimíra Smejkala, CSc. LL.M. ze dne 15.10.2012

113. Zásadní pro posouzení souladu rámcové smlouvy, potažmo předmětu veřejné zakázky ev. č. 6002369003001 je porovnání v příloze č. 2 rámcové smlouvy předpokládaného rozsahu plnění a plnění vymezeného jednotlivými dodatky prováděcí smlouvy. Příloha č. 2 rámcové smlouvy provádí výčet služeb, které budou v rámci předmětu plnění poskytovány. Tento výčet je taxativní a tudíž je nutno subsumovat každou jednotlivou službu uvedenou v dodatku prováděcí smlouvy pod kategorii služeb předpokládanou přílohou č. 2 rámcové smlouvy. Jak vyplývá z výše uvedeného, hodnocení souladu dodatků prováděcí smlouvy s rámcovou smlouvou závisí na zhodnocení, jestli službu poptávanou dodatkem prováděcí smlouvy lze subsumovat pod službu předpokládanou rámcovou smlouvou. V případě, že by se objevil nesoulad těchto dvou služeb, je potřeba dále prostudovat, zdali služba poptávaná dodatkem prováděcí smlouvy je zařaditelná pod jinou kategorii služeb předpokládanou rámcovou smlouvou a dochází pouze ke špatnému zařazení pod příslušnou kategorii (nutno zmínit, že zároveň i ke špatnému cenovému ohodnocení služby poptávané dodatkem), anebo služba poptávaná dodatkem jde nad, případně mimo rámec Rámcové smlouvy a je tedy v rozporu se záměrem rámcové smlouvy, potažmo veřejné zakázky ev. č. 6002369003001. Z formálně právního hlediska je kategorizace v pořádku, je však potřeba uvést, že samotná formální kategorizace služeb

poptávaných v dodatcích prováděcí smlouvy neposkytuje komplexní pohled na problematiku. Je proto nutné přikládat nemalý důraz na skutečné obsahové vyjádření samotných poskytovaných služeb a to v kontextu nikoliv právním, ale rovněž i v kontextu informačně technologickém, přičemž tento kontext není předmětem tohoto právního hodnocení.

114. Prof. Ing. Vladimír Smejkal, CSc. LL.M. (dále jen „znalec 1“) podle svého vyjádření přibral v souladu s ust. § 10 odst. 2 zákona o znalcích konzultanta prof. Ing. Jiřího Voříška, CSc., vedoucího katedry informačních technologií Vysoké školy ekonomické v Praze a prezidenta České společnosti pro systémovou integraci.

115. Prof. Ing. Jiří Voříšek, CSc. ve svém materiálu uvádí, že v daném případě v průběhu vývoje smluvní dokumentace (tj. od rámcové smlouvy, přes prováděcí smlouvu až k jednotlivým dodatkům k prováděcí smlouvě) docházelo k upřesňování významu klíčových pojmů, což může při odpovědi na otázky zadané Úřadem vést k nejednoznačným odpovědím. Rámcová smlouva službu „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ uvádí, ale detailně nespecifikuje. Částečně chápání obsahu služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ vyjasňuje prováděcí smlouva, která definuje pět kategorií služeb, které do této služby patří. Klíčový význam má služba kategorie 5, která zahrnuje službu systémové integrace.

116. Dodatek č. 5 podle prof. Ing. Jiřího Voříška, CSc. dále upřesňuje službu „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ a její podslužbu „poskytování platformy služeb“ V pojetí dodatku jde již zcela jasně o poskytování služby typu PaaS (technologická infrastruktura včetně vývojových a integračních nástrojů), protože jde o rutinní provoz služby a její zajištění formou řešení incidentů a problémů dle standardních metodik typu ITIL či ISO 20000. Služba má též definovánu provozní dobu a dostupnost, jak je tomu u takových služeb běžné. Dodatek č. 6 prováděcí smlouvy dále upřesňuje službu „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ a její podslužbu „poskytování platformy služeb“ tím, že specifikuje aplikace, které budou na platformě provozovány a vzájemně integrovány. K takto upřesněným službám dodatek č. 6 specifikuje podpůrné konzultační služby, změnové řízení služeb, release management, proces instalace aplikací, což jsou všechno běžné parametry služeb typu PaaS.

117. Prof. Ing. Jiří Voříšek, CSc. uvádí, že dodatky č. 5 a 6 naplňují v plném rozsahu smysl a poslání služeb „systémové integrace“ a „PaaS“. S ohledem na charakter poskytovaných služeb dle dodatků č. 5 a 6 není rozporuplné, že finanční objem těchto služeb je větší než finanční objem základních služeb vymezených rámcovou smlouvou. Zařazení služeb specifikovaných dodatky č. 5 a 6 pod službu „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ vymezenou rámcovou smlouvou a její prováděcí smlouvou je možné, ale pouze za předpokladu, že použijeme obecný výklad pojmů „Systémová integrace“ a „Cloud Computing“ tak, jak jsou vnímány odbornou veřejností. Samotná rámcová smlouva tento výklad neřeší. Celková smluvní dokumentace vytváří z architektonického a technického pohledu smysluplný celek, který zajistí jednotné, spolehlivé a efektivní prostředí pro provoz všech aplikací zadavatele. Řešení je také v souladu s trendy moderního řešení informatické podpory rozsáhlé instituce. Na druhé straně faktem je, že rámcová smlouva takto definovaný cíl řešení explicitně nedefinovala.

118. Znalec 1 uvádí, že koncepce rámcové smlouvy a jednotlivých prováděcích smluv odrážela dichotomii centrálního zadavatele, jako hlavní smluvní strany společnosti Microsoft, a jednotlivých orgánů veřejné moci nebo jiných ústředních orgánů. Je zřejmé, že od samého počátku obě smluvní strany věděly, že současně s licencemi budou vybraným uchazečem poskytovány také služby, které byly poměrně široce koncipovány v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Patří sem základní support (podpora), související s poskytnutými licencemi k produktům Microsoft (tzv. Premier Support), ale i široké spektrum služeb pro organizace, užívající výpočetní techniku, resp. provozující informační systémy, zahrnující odborné semináře, vzdělávací portál, elektronické vzdělávací kurzy, reporting a spolupráce s clearingovým centrem, zákaznický helpdesk, elektronický newsletter, nabídka doplňkového SW a pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací. Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací je definována v rámcové smlouvě tak, že ji lze rozdělit na dvě základní kategorie:

I. HW a SW instalace a opravy, customizing, instalace, administrace a konfigurace v členění:

- kategorie HW instalace a opravy PC a notebooků, bankovních systémů, Desktopperiferií, SW instalace a údržba operačního systému Windows a produktů Microsoft,
- kategorie HW a SW instalace a opravy Mid-range serverove platformy, Add On komponent (DLT, scannery, LAN), customizing MS SW,
- kategorie HW a SW instalace a opravy enterprise serverové platformy, instalace a administrace SW Reliant Unix, Solaris, instalace a konfigurace aktivních síťových komponent,
- kategorie HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace operačního systému BS 2000, instalace a customizing aplikačního software.

II. kategorie zahrnující položky systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů. Podle znalce 1 vyjádření prof. Ing. Jiřího Voříška, CSc. potvrzuje ve shodě s jeho názorem, že takto koncipované služby mohou zahrnout v podstatě všechny služby a činnosti v oblasti dodávek ICT.

119. Obsah plnění dle prováděcí smlouvy je podle znalce 1 plně v souladu s rámcovou smlouvou, a to včetně nejasného definování předmětu plnění stejně, jako v případě rámcové smlouvy. V období od 1.8.2011 do 27.12.2011 byly uzavřeny dodatky č. 1 až 6 k prováděcí smlouvě. Předmětem dodatků je dle znalce 1 rozšíření dosavadní přílohy prováděcí smlouvy. Rozšíření přílohy prováděcí smlouvy je blíže specifikováno vždy v příloze příslušného dodatku. Znalec 1 uvádí, že ze specifikací plnění dle dodatků, se jedná o vytvoření široké platformy služeb na bázi software Microsoft a na bázi aplikačního software třetích stran, která zahrnuje široký rozsah ICT služeb nutných pro zajištění hlavních činností zadavatele.

120. Znalec 1 uvádí, že z odborné literatury vyplývá, že zásadní chybou při uzavírání smluv je specifikace plnění pomocí odborných termínů, které jsou sice běžně užívány, jejichž obsah však není nikde závazně definován. To platí zejména pro termíny jako "implementace", „systémová integrace“, „lokalizace“, „outsourcing“, „update“, „upgrade“, „cloud computing“

a podobně. Tyto termíny nemají oporu v žádném právním předpisu, proto je nezbytně nutné je podle znalce 1 bud' definovat přímo ve smlouvě, nebo v dokumentu, který jejich obsah definuje, a který se tak stane nedílnou součástí smlouvy. Je zcela běžné, že se obě smluvní strany opírají o tyto zdánlivě odborné termíny, přičemž je každá strana chápe jinak. Znalec 1 uvádí, že specifikem na rozdíl od jiných oborů je, že při uzavírání smlouvy na začátku projektu smluvní strany často nemají jasnou představu o definitivní podobě či konkrétních vlastnostech plnění (dodávaného systému nebo vyvíjeného programu). Poskytovatel zpravidla má profesionální vědomosti o možnostech a vlastnostech počítačového programu, ale velmi omezené znalosti o činnosti či provozu zákazníka, zákazník má naproti tomu velmi omezené znalosti o možnostech nabízeného systému, ale zná velmi dobře svoje potřeby a činnost, jíž se zabývá. Znalec 1 uvádí, že v praxi se tedy často lze setkat se situací, že podrobná specifikace předmětu plnění není v době podpisu smlouvy dostatečně podrobně sjednána.

121. Podle znalce 1 je smlouva o systémové integraci sama o sobě pojmem, který je třeba smluvně definovat, neboť někdy je systémová integrace míněna v „užším slova smyslu“, tedy skutečně principiálně koordinační činnost, zatímco systémová integrace v „širším slova smyslu“ se pak užívá ve významu komplexní dodávky informačního systému včetně souvisejících služeb a včetně zmiňované koordinační činnosti. Do značné míry platí to samé, co bylo řečeno o implementační smlouvě. V praxi jsou téměř všechny smlouvy o systémové integraci programově rámcové, přičemž každý z odlišných druhů plnění je upraven některou z dílčích smluv.

122. Podle znalce 1 jeho konzultant prof. Ing. Jiří Voříšek, CSc. uvádí, že obecně přijímaný výklad pojmu systémová integrace, který používá např. Česká společnost pro systémovou integraci je následující. Systémovou integrací se v podnikové informatice rozumí akt nebo proces, kterým kombinujeme, propojujeme a spojujeme různorodé zdroje podnikové informatiky do vyššího celku, přičemž komponenty dohromady spolupracují a sdílí data bez znatelného zdržení a koordinují svoji funkcionalitu tak, že se taková kombinace komponent jeví uživateli jako jednotný systém.

123. Systémová integrace představuje základní princip a přístup k řízení IS/lCT, kde klíčovými úlohami jsou:

- specifikace celkové koncepce IS/lCT, včetně jeho architektur,
- výběr prostředků, služeb a jejich dodavatelů (včetně interních) pro naplnění definované koncepce IS/lCT,
- integrace prostředků, služeb a dodavatelů do funkčního celku.

124. Systémová integrace postihuje vertikálně úrovně integrace od integrace koncepcí a vizí o rozvoji podniku, a v rámci toho jeho informačního systému, až po integraci jednotlivých technologických komponent. Na dílčích úrovních se pak řeší integrace jednotlivých komponent IS/lCT. V tomto případě jde o integraci horizontální. Systémová integrace je společným principem pro řízení informačních systémů. V tomto kontextu je zřejmé, že systémovou integraci můžeme chápat nejen jako základní princip řízení informatiky, ale i jako specifickou službu poskytovanou zákazníkovi dodavatelem, která má jasně vymezený obsah a také i cenu. Podle názoru znalce 1 je třeba rozlišovat integraci systému, tj. věcné a

funkční propojení předmětu plnění s jiným programovým vybavením podle specifikací objednatele v rozsahu a způsobem uvedeným ve smlouvě a systémovou integraci, tj. proces, jehož cílem je vytvoření a další rozvoj komplexního integrovaného informačního systému organizace. Pojem systémová integrace je dnes v literatuře i v odborné praxi chápán ve smyslu výše uvedeného ve dvojím pojetí:

- V užším pojetí jako integrace systému, tj. zhotovitel provede integraci určitého programového vybavení s jiným programovým vybavením, obvykle na technickém zařízen objednatele, případně migraci dat a testování, po kterém je výsledek plnění předán k provozování objednateli.
- V širším pojetí jako skutečná horizontální i vertikální systémová integrace, zahrnující návrh, sestavení a provozování platformy, na které jsou poskytovány objednateli ICT služby, a to s využitím aplikačního programového vybavení, které je zajištěno samostatným plněním od jiných (ale i stejných) poskytovatelů.

125. Znalec 1 uvádí, že je třeba přisvědčit konzultantovi prof. Ing. Jiřímu Voříškovi, CSc., že zařazení služeb specifikovaných dodatky č. 5 a 6 pod službu „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ vymezenou rámcovou smlouvou a prováděcí smlouvou je možné, za předpokladu, že použijeme obecný výklad pojmů systémová integrace a cloud computing tak, jak jsou vnímány odbornou veřejností, ačkoliv samotná rámcová smlouva tento výklad neřeší. Dle názoru znalce 1 geneze smluv a jejich dodatků, jako tomu bylo v daném případě, nasvědčují tomu, že z plnění, které je na základě rámcové smlouvy a prováděcí smlouvy ve znění dodatků poskytováno zadavateli, je systémovou integrací v širším pojetí a tudíž plnění lze podřadit pod službu pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, konkrétně pak pod její kategorii 5. systémová integrace.

Odpovědi znalce 1 na otázky, které mu byly položeny Úřadem

126. Otázka Úřadu: Nepřekračuje rozsah plnění (poskytovaných služeb) stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách?

Odpověď znalce 1: Pokud pojmem „rozsah plnění“ myslíme obsah (strukturu) plnění, tedy to, co bylo, resp. je plněno dle smluv ve znění dodatků, pak s ohledem na to, co je uvedeno výše, lze odpovědět, že rozsah plnění poskytovaných služeb nepřekračuje rozsah stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách.

127. Otázka Úřadu: Je rozsah „doplňkových“ služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy č. 85/2011 a jejích dodatků č. 1 až č. 6 v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

Odpověď znalce 1: S výhradou co do pojmu „rozsah služeb“, jak je uvedena v odpovědi u předchozí otázky, lze konstatovat, že rozsah „doplňkových“ služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy č. 85/2011 a jejích dodatků č. 1 až č. 6 je v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, konkrétně pak v kategoriích 4 a 5.

128. Otázka Úřadu: Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

    Odpověď znalce 1: Ano, druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 odpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“.

129. Otázka Úřadu: Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

    Odpověď znalce 1: Ano, druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 odpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“.

Obsah odborného posudku Ing. Toni Kolucha, Ph.D. ze dne 8.12.2012

130. Centrální zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 3.1 určil, že předmětem veřejné zakázky je uzavření rámcové smlouvy na poskytnutí licencí k produktům Microsoft pro segment veřejné správy České republiky v multilicenčních programech Microsoft Enterprise a Microsoft Select a na poskytování souvisejících služeb. Pro účely stanovení ceny předmětu veřejné zakázky je v rámcové smlouvě deklarováno poskytováním licencí k produktům Microsoft pro minimální objem 200.000 počítačů v segmentu veřejné správy. Obsahem rámcové smlouvy se rozumí stanovení základních podmínek, za kterých budou dodavatelem poskytovány licence k produktům Microsoft a související služby. Na základě rámcové smlouvy jsou pak zadavatelem na účet jednotlivých subjektů veřejné správy a podle jejich požadavků uzavírány prováděcí smlouvy na poskytování licencí a služeb ke konkrétním produktům Microsoft.

131. Prováděcí smlouva byla uzavřena dne 15.7.2011 mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem na účet zadavatele a následně dodatkována, a to celkem 6 dodatky uzavíranými v období září 2011 do konce prosince 2011. Předmětem těchto dodatků měla vždy pouze být konkretizace předmětu prováděcí smlouvy v tom smyslu, že mělo docházet k upřesnění rozsahu poskytovaných služeb.

132. Předmětné služby, které jsou uvedeny v příloze č. 2 rámcové smlouvy, se vždy však musí vztahovat k produktům společnosti Microsoft, které jsou přesně specifikované v příloze č. 1 rámcové smlouvy. Prováděcí smlouva v žádném případě nesmí rozšířit zadání rámcové smlouvy, zejména v tzv. 3 imperativech:

    - Obsah (předmět) zakázky

- Dobu plnění
- Cenu.

133. Ing. Toni Koluch, Ph.D. (dále jen „znalec 2“) uvádí, že tvorba cen musí být přesně konkretizována zvoleným finančním modelem úhrady ceny. Ta může být paušální (cena za den) nebo člověkoden (cena za 1 člověka za 8 hodin pracovní činnosti). Přípustná je i jejich kombinace, např. při vzniku nenadálé skutečnosti, která bude muset být okamžitě vyřešena příslušnými specialisty. Poskytované služby se dělí na:

- Premier Support
- Doplňkové služby
- Katalog služeb.

134. Služby Premier support jsou přesně definovány a oceněny. Katalog služeb pak zahrnuje služby vycházející z povinností LAR, z plnění Software Assurance a služby vycházející z provozu Help Desk. Ty jsou buď bezplatné, nebo přesně stanoveny v katalogovém listě dodávky licencí v programu Select a Enterprise Agreement. Obě služby jsou uvedeny v příloze č. 2 rámcové smlouvy, prováděcí smlouva a jednotlivé dodatky č. 1 až č. 6 tyto služby dále již neupřesňují (pouze rozšiřují doplňkové služby dalšími službami), neboť jejich základní charakteristika je zcela postačující z hlediska obsahu, délky plnění i ceny.

135. Otázka Úřadu: Nepřekračuje rozsah plnění (poskytovaných služeb) stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách?

Odpověď znalce 2: Rozsah plnění poskytovaných služeb Premier Support a Katalog služeb stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 nepřekračuje rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách.

136. Znalec 2 uvádí, že z obsahu rámcové smlouvy vyplývá, že plnění ze strany vybraného uchazeče se bude sestávat z poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft z poskytování doplňkových služeb, jejichž poskytování je ze strany centrálního zadavatele nebo zadavatele poptáváno. Mezi doplňkové služby patří odborné semináře, vzdělávací portál, elektronické vzdělávací kurzy, reporting a spolupráce s Clearingovým centrem, zákaznický HelpDesk, elektronický newsletter, nabídka doplňkového software a pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací. Všechny doplňkové služby jsou poskytovány bezplatně vyjma služby pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, která je rozdělena do 5 kategorií:

1) HW instalace a opravy PC a notebooků, bankovních systémů, Desktop periferií, SW instalace a údržba systémů Windows a produktů Microsoft
2) HW a SW instalace a opravy Mid-range serverové platformy, Add On komponent (DLT, scannery, LAN), customing MS SW
3) HW a SW instalace enterprise serverové platformy, instalace a administrace SW Reliant Unix, Solaris, instalace a konfigurace aktivních síťových komponent

4) HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace oper. systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software

5) Systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů.

137. Doba plnění rámcové smlouvy je stanovena v článku 8.1. na dobu 5 let od podpisu smlouvy, tj. od 1.12.2008 – 1.12.2013, což je ve shodě se zadávací dokumentací (viz bod 3.3). Délka trvání prováděcí smlouvy podle článku 4.7. rámcové smlouvy činí 5 let v případě licenčního programu Enterprise, v případě licenčního programu Select 3 roky.

138. Znalec 2 uvádí, že cenu služeb stanovuje příloha č. 2 rámcové smlouvy pomocí jednotky Kč/den (výsledná cena bude tedy vyčíslena podle skutečně odpracovaných dnů různým počtem pracovníků), totéž je uvedeno na stránce 11 přílohy č. 2 prováděcí smlouvy, nicméně ve stejné příloze je v tabulce na stránce 8 již uvedeno Kč/člověkoden. Podle znalce 2 by cena mohla být vykládána i tak, že např. u 4. kategorie je ohodnocena denní práce 5 specialistů (8 pracovních hodin každého z nich) podle přílohy č. 2 rámcové smlouvy na částku 22.112 Kč/den, ovšem podle přílohy prováděcí smlouvy i jednotlivých dodatků již na částku 5x vyšší.

139. Vybraný uchazeč musí na základě rámcové smlouvy poskytovat pouze služby uvedené v rámcové smlouvě, resp. v jejích přílohách. Uzavření rámcové služby neopravňuje smluvní strany, aby jakkoli překročily vymezený předmět veřejné zakázky, resp. rámcové smlouvy a oboustranně plnily to, co nebylo deklarováno v zadávacím řízení (viz § 89 odst. 8 zákona).

140. Podle znalce 2 pojem „doplňkové služby“ není nikde v zákonně ani prováděcích normách definován a tak je vždy určující vztah k hlavnímu obsahu (plnění) jednotlivé smlouvy. Podle rámcové smlouvy musí být spojené s implementací desktopových a serverových aplikací produktů Microsoft a pro zajištění jejich funkčnosti v daném prostředí subjektů veřejné správy. Objem a finanční hodnota jsou vždy většinou řádově menší než plnění hlavního předmětu smluvního vztahu. V opačném případě by se navozoval stav, kdy hlavní předmět smlouvy by byl jen zastíracím manévrem pro jiné skutečné plnění. Skutečná výše objemu prací a vynaložených finančních prostředků doplňkových služeb je většinou jedinečná a spjatá s daným projektem a tak nelze jednoduše stanovit, že se liší x-krát od jiného typu podobného projektu (smluvního vztahu). Z jednotlivých dodatků vyplývá, že cena za plnění doplňkových služeb bude činit min 64 mil. Kč měsíčně (při souběhu všech služeb), celkem až 1, 391 mld. Kč.

141. Znalec 2 uvádí, že částka se mu jeví jako „astronomická“ s ohledem na služby deklarované jako doplňkové v rámci pomoci při implementaci desktopových a serverových aplikací a která je v rozporu s původním záměrem rámcové smlouvy. Podle znalce 2 „doplňkovými placenými službami“ jsou chápány zejména služby typu prodloužení záruky, 24 hodinový servis, telefonická podpora, pomoc při překladu cizojazyčných manuálů, školení pracovníků, ověření pracovních postupů, konzultační služby, spolupráce při migraci dat, ověření funkčnosti řešení, pomoc při testování včetně podpory pilotního nasazení dodávek produktů a služeb, instalace software a nastavení hardware, tvorba dokumentace a plánů apod. Doplňkové služby tedy většinou nemají řešit již problematiku tvorby software či realizaci dalších hardwarových technologických řešení. Ačkoli se jedná o velké množství činností, nejsou nikde jednotlivými dodatky prováděcí smlouvy upřesněny, a to jak po stránce implementační, odborné, časové, obsahové a finanční.

142. Znalec 2 uvádí, že ačkoliv rámcová smlouva stanovuje celkem 5 kategorií služeb, první 3 kategorie (s nejnižší nákladovostí) nejsou žádnými službami v prováděcí smlouvě využity a jejich deklarovaný status je tedy sporný. Dodatky jen definují a popisují další nové služby zahrnuté jen ve 4. a 5. kategorii. Rozsah jednotky „člověkoden“ u 4. kategorie (2472) a 5. kategorie (1332) však není podložen žádným finančním modelem, síťovou analýzou prací nebo alespoň hrubým rozpisem jednotlivých činností. Nelze tedy posoudit, jak vybraný uchazeč k těmto rozsahům dospěl.

143. Podle znalce 2 zcela v rozporu s rámcovou smlouvou stanovuje dodatek č. 1 novou jednotku, a to měsíční paušální cenu (cena je formálně stanovena jako násobky denních sazeb). Tato použitá konstrukce tvorby cen jednotlivých služeb však zapříčiňuje opět zvýšení objemu finančních prostředků za poskytované služby. Množství budoucí odpracované práce se sice obtížně stanovuje, vždy by měly být práce odborníků dodavatele fakturovány dle skutečného plnění v rámci sjednané časové jednotky – člověkoden, což znamená čas odpovídající práci jedné osoby po dobu jednoho pracovního dne.

Závěry znalce 2 k dodatku č. 5

144. Předmět dodatku č. 5 je definován jako rozšíření dosavadní přílohy č. 2 prováděcí smlouvy, přičemž toto rozšíření je blíže specifikováno v příloze tohoto dodatku jako služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“. Dodatek č. 5 je dále označen jako rozšíření dodatku č. 1 prováděcí smlouvy.

145. Jsou definovány 3 nové služby, které jsou přiřazeny do 4. kategorie (HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace operačního systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software):

    - Služba 5-1: Poskytování služeb integrační platformy
    - Služba 5-2: Poskytování administrativních činností
    - Služba 5-3: Poskytování služeb Service Desk

146. Poskytování prvních 2 služeb je přímo závislé na poskytování služby „Služba 1: Poskytování platformy služeb“ podle dodatku č. 1 prováděcí smlouvy. Služba Service Desk je poskytována v souvislosti s 2 předcházejícími službami. Časové období pro poskytování služeb bylo sjednáno od 1.1.2012 do 31.12.2015.

147. Ceny jednotlivých služeb jsou hrazeny objednavatelem v příslušném kalendářním měsíci měsíčním paušálem (člověkoden/měsíc) v následující výši:

    - Služba 5-1: 2,96 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 143,29 mil. Kč
    - Služba 5-2: 4,54 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 218,11 mil. Kč
    - Služba 5-3: 0,46 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 22,29 mil. Kč

    Celkem tedy měsíčně ve výši 7,99 mil. Kč bez DPH. Maximální celková hodnota poskytnutých služeb může činit až 383,69 mil. Kč bez DPH.

148. Služba 5.1. „Poskytování služeb integrační platformy“ bude poskytována ze dvou stávajících a plně zastupitelných geograficky vzdálených datových center splňujících požadavky definované mezinárodním standardem kvality pro provoz TIER kategorie 3, přičemž platná

certifikace datových center podle standardu TIER kategorie 3 není požadována. Kde přesně budou umístěna datová centra, není uvedeno, z výše uvedeného však vyplývá, že nebudou umístěna v prostorách zadavatele.

149. Znalec 2 uvádí, že služby 5-1 až 5-3 budou poskytovány nejen v rámci implementace produktů a služeb, ale zejména v rámci rutinního provozu, což je však v rozporu se zadáním. Implementací je v oblasti informačních a komunikačních technologií chápána činnost spojená s instalací a zavedením produktů a služeb do stavu schopného provozu. Sem může patřit i pilotní zkušební provoz produktů a služeb (po dohodě smluvních stran), který po akceptačních testech jednotlivých činností spojených s implementací končí a nastupuje rutinní (ostrý) provoz. S ohledem na výše uvedené dle znalce 2 došlo ke změně v plnění rámcové smlouvy. Ačkoli služby definované v dodatku č. 5 lze zahrnout do 4. kategorie doplňkových služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy, svým obsahem překračují stanovenou hranici danou rámcovou smlouvou.

150. Znalci 2 také není zřejmé stanovení penalizovaného překročení maximální doby všech výpadků služby v kalendářním měsíci v příloze dodatku. Podle znalce 2 není zřejmé, jak lze dosáhnout i více než 180 % překročení doby všech výpadků. Z logiky plyne, že již při 100 % výpadku není služba zcela provozuschopná, přitom výše slevy z měsíční ceny služby činí jen 25 %.

151. Podle znalce 2 ani doba plnění neodpovídá uzavřené rámcové smlouvě, tj. 5 let pro období 1.12.2008 – 1.12.2013. Jednotlivé služby v dodatku č. 5 jsou uzavřeny až do 31.12.2015, což výrazně překračuje dobu stanovenou v rámcové smlouvě.

152. Cena jednotlivých služeb je stanovena v tabulce č. 1 v příloze dodatku a stanovuje měsíční paušální cenu (cena je formálně stanovena jako násobky denních sazeb). Tato použitá konstrukce tvorby cen jednotlivých služeb však zapříčiňuje opět zvýšení objemu finančních prostředků za poskytované služby. Jak už bylo zdůrazněno, příloha Prováděcí smlouvy nepřesně určuje jednotky Kč/den a Kč/člověkoden (viz bod 138. odůvodnění).

153. Stanovený rozsah prací u služeb 5.1 až 5.3 není podložen žádnou analýzou ani rozpisem prací, nemůže být tedy reálně posouzen. Není tedy vůbec zřejmé, jak k údajům „135 MD“, „221,5 MD“ a „21 MD“ vybraný uchazeč došel. Taktéž nepodložené údaje maximálního rozsahu prací po dobu trvání dodatku vedou k plnění velmi vysokého rozsahu min. 7,99 mil. Kč bez DPH za každý měsíc, celkem až 383,69 mil. Kč bez DPH.

154. Otázka Úřadu: Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejich příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

Odpověď znalce 2: Druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 neodpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“.

Závěry znalce 2 k dodatku č. 6

155. Předmět dodatku č. 6 je definován jako rozšíření dosavadní přílohy č. 2 prováděcí smlouvy, přičemž příloha tohoto dodatku opět odkazuje na služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ a dodatek č. 6 je popisuje jako rozšíření předcházejícího dodatku č. 5 prováděcí smlouvy.

156. Dodatkem č. 6 se sjednávají následující 4 služby:
    - Služba 6-1: Poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikací Sociální služby, Zaměstnanost, Zdravotně postižení a Veřejná služba
    - Služba 6-2: Poskytování činností provozní podpory aplikačního prostředí aplikace Hmotná nouze
    - Služba 6-3: Konzultační podpora uživatelů agendových systémů
    - Služba 6-4: Konzultační služby

157. Vybraným uchazečem je poskytována podpora a pomoc při správě 3 aplikačních prostředí:
    - integračního
    - testovacího
    - produkčního

158. Uvedené služby jsou definovány do úrovně funkčních vlastností jednotlivých agendových systémů, např.:
    - Sociální služby: Příspěvky na péči, výkaznictví, registrace subjektů apod.
    - Zaměstnanost: Výplata podpory, čerpání příspěvků, rekvalifikace apod.
    - Zdravotně postižení: zvláštní pomůcky, mobilita, vydávání karty.
    - Veřejná služba: řeší proces objednavatele Veřejné služby
    - Hmotná nouze: Žádost o příspěvek (doplatek) na bydlení, čerpání dávky apod.

159. K těmto službám má dodavatel následně poskytovat služby instalací, dokumentací, pomoci a podpory při dohledu aplikací apod. Pro realizaci služeb byly uzavřeny 4 samostatné smlouvy, které řeší vývoj, rozvoj a podporu aplikačního programového vybavení (APV). Tyto APV jsou označená jako „Zaměstnanost“, „Sociální služby“, „Hmotná nouze“, „Zdravotně postižené osoby a Veřejná služba“. Časové období pro poskytování služeb bylo sjednáno od 1.1.2012 do 31.12.2013 s možností případného pokračování služeb na základě tohoto dodatku č. 6 až do 31.12.2015.

160. Ceny jednotlivých služeb jsou hrazeny objednavatelem v příslušném kalendářním měsíci měsíčním paušálem (člověkoden/měsíc) v následující výši.
    - Služba 6-1: 9,31 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 223,42 mil. Kč
    - Služba 6-2: 5,06 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 121,53 mil. Kč
    - Služba 6-3: 0,29 mil. Kč/měsíčně, celkem max. 7,00 mil. Kč
    - Služba 6-4: měsíční paušál není stanoven, celkem max. 5,57 mil. Kč.

Celkem tedy měsíčně ve výši 14,66 mil. Kč bez DPH (první 3 služby, konzultační služby podle skutečného čerpání). Maximální celková hodnota všech poskytnutých služeb může činit až 357,52 mil. Kč bez DPH.

161. Znalec 2 uvádí, že jednotlivé smlouvy s novými subdodavateli neřeší implementaci určených desktopových a serverových aplikací, ale zejména provoz, rozvoj a vývoj APV, které nijak nesouvisí s obsahem zadávací dokumentace, resp. s obsahem rámcové smlouvy. Též nákup autorských práv k tomuto APV nebyl předmětem plnění rámcové smlouvy. Poskytnutí užívacích práv k daným aplikacím bylo předmětem 4 téměř shodných smluv zadaných na základě veřejných zakázek malého rozsahu až dne 29.12.2011, přičemž jejich předpokládané zahájení ve smlouvě je stanoveno na 1.1.2012. Jednotlivá APV se nedají dodatečně přiřadit k definici „instalace a customing aplikačního software“. Produkty (software) jsou přesně vymezeny v příloze č. 1 rámcové smlouvy a vždy se jedná o produkty firmy Microsoft, nikoli aplikace třetí strany. Znalec 2 uvádí, že APV jsou produkty třetích stran, jejich tvůrcem není společnost Microsoft, tyto produkty nejsou zahrnuty v seznamu produktů v rámcové smlouvě a též služby svázané s těmito produkty jdou nad obsah rámcové smlouvy.

162. Zadavatel od ledna 2012 využívá nových agendových systémů formou služby a přístupu ke službě v podobě „tenkého“ klienta, na straně uživatele jsou spuštěny pouze základní procesy, vše ostatní je řízeno vzdáleným serverem. Toto řešení nahradilo předcházející stav, kdy na straně klienta-uživatele bylo koncové zařízení s klasickou konfigurací (operační systém, data, aplikace). Pro toto řešení byly zvoleny produkty a služby Microsoft s touto problematikou související, které pokrývají kompletní portfolio potřeb pro integraci procesů a datových zdrojů. Na tyto produkty a služby však byly prostřednictvím jednotlivých dodatků prováděcí smlouvy specifikovány další produkty a služby, které nebyly řádně deklarovány a popsány v rámcové smlouvě, rámcová smlouva tento požadavek vůbec neobsahovala.

163. Znalec 2 uvádí, že uvedené koresponduje s povinností zadavatele zabezpečovat služby mj. datové vstupy provozního charakteru a zajištění veškerých procesů zálohování a obnovy dat k těmto APV. Tyto služby nejsou definovány v rámcové smlouvě ani v jejích 2 přílohách. Pro vlastní technické řešení jsou použity následující produkty a technologie společnosti Microsoft:

   - Infrastrukturní a databázová část (Windows Server, vizualizace Hyper-V, SQL Server a Exchange Server)
   - Procesní, aplikační a dokumentační část (Internet Informatik Server, SharePoint Server, technologie .NET a Silverlight)
   - Integrační část (BizTalk Server)

   Znalec 2 konstatuje, že zejména k těmto produktům měla být určena poslední definovaná doplňková služba „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, která je nevhodně zařazena mezi „doplňkovými službami“, které jsou všechny bezplatné.

164. Podle znalce 2 při porovnání jednotlivých služeb, jejich povahy, charakteru i rozsahu došlo k zásadní změně v plnění rámcové smlouvy. Služby definované v dodatku č. 6 nelze zahrnout pod pojem „související služby“ k licencím produktů společnosti Microsoft.

165. Popis záruky v článku IV., bod 3. každé smlouvy je podle znalce 2 nevyvážený pro státní správu a v rozporu s uznávanými metodikami pro vývoj software. Poskytovatel nemůže

odmítnout záruky za vlastnosti a funkčnost APV po převzetí APV objednatelem. Životní cyklus APV musí dále pokračovat zkušebním testováním, pilotním ostrým nasazením až po celoplošnou instalaci. A teprve od tohoto okamžiku musí platit klasická záruční doba na provedené dílo, kdy má právo objednavatel vždy uplatnit reklamaci na vzniklé vady nebo nedostatky.

166. Znalec 2 rovněž i v případě dodatku č. 6 uvádí, že penalizované překročení maximální doby všech výpadků služby v kalendářním měsíci v příloze dodatku je nejasně stanoven. Znalec 2 uvádí, že mu není zřejmé, jak lze dosáhnout i více než 180 % překročení doby všech výpadků. Z logiky plyne, že již při 100 % výpadku není služba zcela provozuschopná, přitom výše slevy z měsíční ceny služby činí jen 25 %.

167. Doba plnění neodpovídá rámcové smlouvě, tj. 5 let pro období 1.12.2008 – 1.12.2013. Předpokládané ukončení služby uvedené v dodatku č. 6 stanovuje tuto dobu do 31.12.2013. I ta je v rozporu s uváděným koncem v rámcové smlouvě, navíc zcela otevřeně připouští v rozporu s rámcovou smlouvou prodloužit trvání dodatku na dalších 24 kalendářních měsíců, tj. až do 31.12.2015.

168. Cena jednotlivých služeb je stanovena v tabulce č. 1 v příloze dodatku a stanovuje měsíční paušální cenu (cena je formálně stanovena jako násobky denních sazeb). Tato použitá konstrukce tvorby cen jednotlivých služeb však zapříčiňuje opět zvýšení objemu finančních prostředků za poskytované služby. Jak už bylo zdůrazněno, příloha Prováděcí smlouvy nepřesně uvádí jednotky Kč/den a Kč/člověkoden (viz bod 138. odůvodnění).

169. Stanovený rozsah prací u služeb 6.1 až 6.3 není podložen žádnou analýzou ani rozpisem prací, nemůže být tedy reálně posouzen. Není tedy vůbec zřejmé, jak k údajům „421 MD“, „229 MD“ a „11 MD“ vybraný uchazeč dospěl. Taktéž nepodložené údaje maximálního rozsahu prací po dobu trvání dodatku vedou k plnění velmi velkého rozsahu: min. 14,66 mil. Kč bez DPH za každý měsíc, celkem až 357,52 mil. Kč bez DPH.

170. Licence k jednotlivým aplikacím je poskytována úplatně, přičemž jednorázová odměna za poskytnutí licence k APV je stanovena vždy jako celková cena předmětu jednotlivých smluv ve výši 190.000 Kč bez DPH. Toto plnění je opět v příkrém rozporu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy.

171. Znalec 2 konstatuje, že obsah jednotlivých navzájem provázaných dodatků prováděcí smlouvy navozuje situaci, že v rámci jejich plnění vzniká ucelený podsystém, který je tvořen aplikacemi, datovými centry, infrastrukturou včetně služeb k těmto celkům, což původní rámcová smlouva nedefinuje a prováděcí smlouva neumožňuje.

172. Otázka Úřadu: Odpovídá v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“?

173. Odpověď znalce 2: Druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 neodpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb

definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“.

174. Znalec 2 dále dodává, že doplňková služba „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, která je rozdělena do 5. kategorií (viz bod 252. odůvodnění), která je hlavní rozporuplnou službou, měla být svojí povahou další samostatnou poskytovanou službou (vedle služeb Premier Support, doplňkovými bezplatnými službami a Katalogem služeb). Tato služba měla být navíc podložena reálnou konstrukcí tvorby konečné ceny nebo alespoň kvalifikovaným odhadem počtu a délkou činností.

Vyjádření navrhovatele STUDENT AGENCY k posudku znalce 1

175. Navrhovatel STUDENT AGENCY považuje znalce 1 za podjatého a tedy nezpůsobilého ke zpracování znaleckého posudku v šetřeném případě, a to s ohledem na jeho poměr k zadavateli (pozn. Úřadu v minulosti znalec 1 zpracovával pro zadavatele znalecký posudek, a to ve věci odlišné, než je šetřený případ). Znalecký posudek je podle navrhovatele STUDENT AGENCY obsahově a argumentačně nevyvážený, neboť znalec v posudku věnuje velký argumentační prostor stranám svědčícím ve prospěch zadavatele a naopak zcela pomíjí argumenty uváděné navrhovatelem STUDENT AGENCY a navrhovatelem OKsystem. Znalecký posudek není možné označit za řádně zpracovaný ve smyslu § 8 zákona o znalcích. S otázkami položenými znalci souvisí i znalcem podrobně analyzovaná stanoviska obhajující postup centrálního zadavatele a zadavatele, avšak tato vyjádření znalec 1 do znaleckého posudku převzal. Znalecký posudek tak, jak je koncipován, (tj. bez argumentace navrhovatelů), vyvolává na první pohled pochybnosti o způsobu a metodě jeho zpracování a v konečném důsledku i o závěrech znalce.

176. Úkolem znalce 1 bylo posoudit postup zadavatele z technického hlediska, z pohledu skutečného, nikoliv čistě formálního stavu. Právní otázka spočívající v posouzení souladu postupu zadavatele se zákonem není předmětem znaleckého posudku. Jak vyplývá i ze znaleckého posudku, znalec 1 je znalcem pro obory ekonomika, elektronika, kybernetika, kriminalistika, školství a kultura. Není a nemůže ani být znalcem v oboru právo, neboť právní otázky obecně nemohou být obsahem znaleckého posuzování. Znalci 1 tak nepřísluší činit jakékoliv právní závěry či zaujímat stanovisko k právním závěrům jiných subjektů. K tomu nebyl Úřadem ani vyzván. Znalec 1 však sděluje, že předmětem jeho posudku je posouzení zákonnosti kroků centrálního zadavatele a zadavatele a k právním otázkám se v rámci znaleckého posudku následně také vyjadřuje.

177. Z formálně právního hlediska je kategorizace v pořádku, avšak samotná formální kategorizace služeb poptávaných v dodatcích prováděcí smlouvy neposkytuje komplexní pohled na problematiku. Je proto nutné přikládat nemalý důraz na skutečné obsahové vyjádření samotných poskytovaných služeb, a to v kontextu nikoliv právním, ale rovněž i v kontextu informačně technologickém, přičemž tento kontext dle znalce 1 není předmětem tohoto právního hodnocení. Při zpracování znaleckého posudku zcela abstrahoval od posouzení skutečného stavu věci - nezabýval se tím, jaké konkrétní plnění bylo a je na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků za sumu 1,8 mld. Kč ve skutečnosti poskytováno. Znalec 1 nevěnoval pozornost tomu, že v rámci plnění na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků vznikl ucelený informační systém, který je tvořen aplikacemi, infrastrukturou a mnohými dalšími součástmi. Nic z toho přitom rámcová smlouva de facto

nezamýšlela a ani de iure neumožňuje. Znalec 1 se nijak nezabýval ani skutečností, že služby odebírané dle prováděcí smlouvy a jejích dodatků se bezprostředně vztahují k aplikacím, které zadavatel pořídil mimo tyto smluvní vztahy, na základě čtyř veřejných zakázek malého rozsahu. Zatímco užívací práva k těmto aplikacím byla pořízena na základě veřejných zakázek malého rozsahu, navazující služby zadavatel zahrnul prostřednictvím prováděcí smlouvy a jejích dodatků pod režim rámcové smlouvy.

178. Ačkoliv znalec 1 i jím přizvaný konzultant shodně zjistili, že samotná rámcová smlouva vůbec nehovoří o cloudové infrastruktuře a systémové integraci, znalec 1 následně vyvozuje své závěry jednoznačně ve prospěch centrálního zadavatele a zadavatele. Samotné odpovědi na stanovené otázky uvádí znalec 1 zcela nekonkrétním sdělením, že dle názoru znalce 1 geneze smluv a jejich dodatků, jako tomu bylo v daném případě, nasvědčují tomu, že plnění, které je na základě rámcové smlouvy a prováděcí smlouvy ve znění dodatků poskytováno zadavateli, je systémovou integrací v širším pojetí. Z této citace je dle navrhovatele STUDENT AGENCY zřejmé, že znalec 1 nemá pro své závěry jakoukoliv konkrétní oporu a odvolává se pouze na blíže neurčené skutečnosti a na vlastní dojmy. Při formulování svých odpovědí vychází znalec 1 ze značně zjednodušené teze širšího výkladu pojmu rozsah služeb. Sám na to přitom dokonce odkazuje v odpovědi na otázku č. 1 a č. 2, kde uplatnil příslušnou výhradu (viz bod 127. odůvodnění). Tímto způsobem tedy sám znalec 1 v konečném důsledku výslovně znevěrohodnil vlastní závěry. Navrhovatel STUDENT AGENCY považuje znalecký posudek za zcela nezpůsobilý pro to, aby byl podkladem pro meritorní rozhodnutí Úřadu ve správním řízení. Znalec 1 nepodložil svá zjištění žádnými přesvědčivými argumenty.

Vyjádření navrhovatele OKsystem k posudku znalce 1

179. Znalec 1 dle vyjádření navrhovatele OKsystem nebyl Úřadem přibrán proto, aby se vyjadřoval k otázkám právním, ale aby se vyjádřil ke skutečnostem, k nimž je třeba odborných znalostí z oboru výpočetní techniky. Takovými otázkami jsou dle navrhovatele OKsystem především otázky související s odborným výkladem pojmů použitých v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v prováděcí smlouvě a v jejích dodatcích, a to v jejich vzájemných souvislostech. Některé jednotlivé pojmy použité v dotčených smluvních dokumentech sice ustanovený znalec vysvětlil, ale zdaleka ne všechny, navíc se zabývá např. definicí pojmu „Cloud Computing“, ačkoliv takový pojem se nikde v posuzovaných smlouvách a dodatcích ani v jejich přílohách nevyskytuje. Zabývá-li se posudek jednotlivými pojmy, pracuje s nimi pouze izolovaně, bez ohledu na jejich vzájemné souvislosti. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že znalec 1 se k většině odborných otázek ve svém posudku nijak nevyjádřil. Znalec 1 sice předložil svůj právní názor na možný výklad dotčených smluvních dokumentů, ale mimo jeho pozornost zůstala podstatná část odborných otázek, k nimž se měl vyjádřit. Navrhovatel OKsystem za zásadní, považuje skutečnost, že v posudku absentují vyjádření k odborným otázkám, k jejichž odbornému posouzení byl znalec 1 ustanoven. Posudek znalce 1 je z tohoto důvodu podle názoru navrhovatele OKsystem prakticky nepoužitelný pro účely dokazování v předmětném správním řízení.

180. Podle navrhovatele OKsystem není zřejmé, zda a která vyjádření navrhovatele STUDENT AGENCY a OKsystem znalec 1 bral v úvahu, protože podle jeho výslovného vyjádření je nepovažoval za potřebné ani rekapitulovat. Znalec 1 nechal odborné skutečnosti, k nimž se měl na základě zadání Úřadu sám vyjádřit, posoudit „subdodavatelsky“, a jak je dle navrhovatele OKsystem patrno, ve skutečnosti závěry prof. Voříška převzal do svého

posudku. Takový postup je podle navrhovatele OKsystem odporuje zásadám správního řízení. Výběr takového „subdodavatelského“ znalce se totiž vymyká standardním procedurám dle správního řádu, např. znemožňuje správnímu orgánu posoudit vhodnost zvoleného subdodavatelského znalce, neumožnuje správnímu orgánu ani účastníkům posoudit, zda se nejedná o znalce podjatého apod.

181. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že uvedení jednotlivých pojmů v prvním sloupci tabulky v příloze č. 2 k rámcové smlouvě není náhodné a je třeba tyto pojmy brát v úvahu přinejmenším stejně, jako popisy jednotlivých kategorií v druhém sloupci tabulky. Znalec 1 však vůbec nezohlednil při výkladu obsahu sjednaných služeb pojem „pomoc“ při implementaci serverových a desktopových aplikací a nijak nevysvětlil, proč byl tento pojem v příloze č. 2 rámcové smlouvy použit. V posudku pracuje s pojmem systémová integrace tak, jako by z přílohy č. 2 rámcové smlouvy vyplývalo, že vybraný uchazeč má samostatně provádět komplexní systémovou integraci. Mimo pozornost znalce 1 zůstalo i použití pojmu „implementace“, jímž smluvní strany vymezily v příloze č. 2 rámcové smlouvy, k čemu se má pomoc poskytovaná vybraným uchazečem v rámci „doplňkových služeb“ vázat. Výklad provedený znalcem 1 ohledně potenciálního podřazení jakékoliv činnosti v oblasti ICT pod rámec daný rámcovou smlouvou vede k úvaze, že znalec 1 buď považuje jakoukoliv činnost v oblasti ICT za vážící se k implementaci, nebo že si uvedeného omezujícího hlediska nepovšiml.

182. Úkolem znalce 1 nebylo hodnotit vhodnost či modernost daného řešení (jak je mj. obsahem posudku), ale jeho soulad s rámcovou smlouvou. Znalec 1 se tedy měl v této souvislosti zabývat především výkladem pojmu serverové a desktopové aplikace, protože právě k takovým aplikacím měla směřovat pomoc při implementaci sjednaná jako doplňková služba v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Znalec 1 však ve svém posudku nevysvětlil, zda poskytování služeb tzv. cloudu odpovídá pojmu „pomoci při implementaci serverových a desktopových aplikací“.

183. Za zcela zavádějící navrhovatel OKsystem označuje závěr znalce 1 na straně 73 posudku, kde uvádí, že do 5. kategorie služeb uvedených v příloze č. 2 rámcové smlouvy a označené jako „systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů" lze „zahrnout v podstatě všechny služby a činnosti v oblasti dodávek ICT". Takový výklad je nesprávný a zcela jasně odporuje smyslu použití uvedených pojmů v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Navrhovatel OKsystem považuje za nepochybné, že systémovou integrací se v daném případě neměly na mysli všechny služby a činnosti v oblasti dodávek ICT, ale pouze taková osobní činnost v rámci pomoci při implementaci serverových a desktopových aplikací, k jejímuž výkonu je třeba nejvyšší kvalifikace provádějících pracovníků, kteří budou osobně pomoc zadavateli poskytovat.

184. Odpovědi na všechny zadané otázky odvíjí znalec 1 od stanoviska, že „plnění, které je na základě rámcové smlouvy a prováděcí smlouvy ve znění dodatků zadavateli poskytováno, je systémovou integrací v „širším pojetí“, tedy že na základě zmínky o systémové integraci v druhém sloupci osmého řádku tabulky doplňkových služeb v příloze č. 2 rámcové smlouvy mohla být bez ohledu na ostatní ujednání rámcové smlouvy a jejích příloh dodána vlastně jakákoliv služba nebo činnost v oboru ICT. Takový výklad je dle navrhovatele OKsystem nemyslitelně extenzivní a zcela pomíjí základní pojetí rámcové smlouvy a jejích příloh.

185. Znalec 1 se soustředil ve skutečnosti pouze na otázku, zda lze při nejširším možném výkladu pojmu systémová integrace podřadit pod tento pojem všechna plnění, která byla objednána na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků. Podle navrhovatele OKsystem znalec 1 v rozporu se svou povinností postupovat při zpracování posudku s odbornou péčí, nevzal v úvahu veškeré okolnosti, které mohou mít význam pro posouzení otázky překročení či nepřekročení rámce plnění, vymezeného rámcovou smlouvou. Takovou okolností je jistě i obvyklost poměru mezi objemem objednaných licencí a objemem objednaných doplňkových služeb. Ustanovený znalec tento poměr nijak neposuzoval, neučinil ohledně něho ani žádné zjištění, ani z posudku nevyplývá, že by k tomuto aspektu věci měl nějaké vlastní informace nebo že by se alespoň pokusil takové informace získat. Navrhovatel OKsystem považuje za vadu posudku, pokud z geneze smluv a jejich dodatků vyvozuje znalec 1 zásadní znalecké závěry, aniž by tuto genezi v posudku popsal a vysvětlil její význam z odborného pohledu.

186. Navrhovatel OKsystem považuje posudek znalce 1 za nevyvážený, neboť znalec 1 cituje v posudku obsáhle stanovisko centrálního zadavatele a vybraného uchazeče, zatímco stanoviska obou navrhovatelů odbývá odkazem na spis. Za ještě podstatnější než míru citací stanovisek jednotlivých účastníků řízení lze ale považovat to, že se znalec 1 námitkám obou navrhovatelů nevěnuje ani co do jejich obsahu. S ohledem na nerovnost v přístupu k jednotlivým účastníkům správního řízení při zpracování znaleckého posudku, navrhovatel Oksystem pochybuje o nezávislosti znalce 1.

Vyjádření centrálního zadavatele k posudku znalce 1

187. Se závěry znalce 1 se centrální zadavatel v plném rozsahu ztotožňuje. Centrální zadavatel uvádí, že otázky, jež byly Úřadem vzneseny a na něž znalecký posudek odpovídá, tvoří samotnou podstatu spojeného správního řízení vedeného Úřadem, přičemž znalecký posudek na tyto otázky odpovídá v souladu s konstantní argumentací centrálního zadavatele, která byla obsažena v jednotlivých vyjádřeních ve správním řízení.

Vyjádření zadavatele k posudku znalce 1

188. Zadavatel uvádí, že ze znaleckého posudku vypracovaného znalcem 1 vyplývá, že rozsah služeb poskytovaných vybraným uchazečem zadavateli nepřekračuje rozsah služeb stanovený v prováděcí smlouvě uzavřené mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem a že rozsah doplňkových služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků č. 1 až č. 6 je v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft, a to v části „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, konkrétně pak v kategoriích 4 a 5, a že druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 a dodatku č. 6 v plném rozsahu odpovídá druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh. Zadavatel uvádí, že závěry znaleckého posudku potvrdily správnost tvrzení zadavatele v jeho předchozích vyjádřeních ve správním řízení.

Vyjádření navrhovatele STUDENT AGENCY k posudku znalce 2

189. Navrhovatel STUDENT AGENCY poukazuje na skutečnost, že z obsahu daného posudku je zřejmé, že závěry znalce 2 byly formulovány na základě detailní analýzy jednotlivých služeb. Znalec 2 se v jednotlivých částech znaleckého posudku zabýval nejen jejich samotným

rozsahem a charakterem, ale zohlednil také dobu jejich poskytování a cenu hrazenou vybranému uchazeči, resp. jeho subdodavatelům. Posudek tak poskytuje objektivní a komplexní pohled na předmětné služby. Závěry znalce 2 je nutné považovat za věrohodné a správné.

190. Navrhovatel STUDENT AGENCY souhlasí se závěrem znalce 2, že doplňkové služby měly být podle rámcové smlouvy spojené s implementací desktopových a serverových aplikací produktů Microsoft a sloužit k zajištění jejich funkčnosti. Ve shodě se znalcem má navrhovatel STUDENT AGENCY za to, že služby měly být jednoznačně určeny zejména k hardwarové a softwarové instalaci serverů, Mision critical systémů, stolních počítačů, notebooků, desktop periferií, síťových komponent a administraci operačních systémů včetně produktů Microsoft. Navrhovatel STUDENT AGENCY rovněž přisvědčuje závěru znalce 2, že pokud není objem a finanční hodnota doplňkových služeb řádově menší, než plnění hlavního předmětu smluvního vztahu, navozuje se stav, kdy hlavní předmět smlouvy je jen zastíracím manévrem pro jiné skutečné plnění.

191. Navrhovatel STUDENT AGENCY souhlasí i se závěrem znalce 2, že zcela v rozporu s rámcovou smlouvou je rovněž stanovení paušální měsíční platby v dodatku č. 1, dodatku č. 5 a dodatku č. 6. Jak znalec 2 správně připomíná, ani rámcová smlouva, ani prováděcí smlouva možnost jakékoliv paušální platby na žádném místě nezmiňují. Znalec 2 rovněž správně poukazuje na skutečnost, že předmětné služby jsou čerpány v rozporu s rámcovou smlouvou v rámci rutinního provozu a délkou svého poskytování ve většině případů výrazně přesahují původní předpoklad. Konkrétně se jedná o služby dle dodatku č. 1, dodatku č. 5 a dodatku č. 6.

192. K závěrům znalce 2 týkajícím se dodatku č. 6, kterým jsou sjednány služby vztahující se k aplikačnímu programovému vybavení navrhovatel STUDENT AGENCY uvádí, že se ztotožňuje s tvrzením znalce 2, že aplikační programová vybavení byla pořízena od třetích subjektů na základě samostatných smluv uzavřených na podkladě veřejných zakázek malého rozsahu a že jednotlivé smlouvy neřeší implementaci určených desktopových a serverových aplikací, ale zejména provoz, rozvoj a vývoj aplikačního programového vybavení, které nijak nesouvisí s obsahem zadávací dokumentace veřejné zakázky na „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“, resp. s obsahem rámcové smlouvy. Navrhovatel STUDENT AGENCY se plně ztotožňuje s tvrzením znalce 2, který v dané části posudku uzavírá, že obsah jednotlivých provázaných dodatků prováděcí smlouvy navozuje situaci, že v rámci jejich plnění vzniká ucelený podsystém, který je tvořen aplikacemi, datovými centry, infrastrukturou včetně služeb k těmto celkům, což původní rámcová smlouva nedefinuje a prováděcí smlouva tak neumožňuje. Tento závěr dle navrhovatele STUDENT AGENCY zcela koresponduje s jeho tvrzeními uvedenými v návrhu a v dalších vyjádřeních předložených Úřadu v rámci správního řízení.

Vyjádření navrhovatele OKsystem k posudku znalce 2

193. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že posudek znalce 2 je věrohodný důkaz, z něhož lze učinit zásadní skutková zjištění potřebná pro právní posouzení klíčových otázek předmětného správního řízení a pro rozhodnutí ve věci samé. Navrhovatel OKsystem je přesvědčen, že posudek znalce 2 přesvědčivě vyvrací nesprávné závěry, k nimž dospěl znalec 1 ve svém posudku. Navrhovatel Oksystem uvádí, že při hodnocení provedených důkazů by měl Úřad vycházet z toho, že posudek znalce 2 je správný a věrohodný, zatímco

posudek znalce 1 takto hodnocen být nemůže. V této souvislosti navrhovatel Oksystem poukazuje na informace z médií a další jemu dostupné informace, že účel zpracování posudků, které znalci 1 centrální zadavatel opakovaně zadává, nasvědčují tomu, že v daném případě může existovat důvodná pochybnost o nepodjatosti znalce 1.

Vyjádření centrálního zadavatele k posudku znalce 2

194. Centrální zadavatel uvádí, že ačkoliv znalec 2 na otázky č. 2 až 4 odpověděl tak, že došlo k překročení smluvních ujednání v rámci předmětného vztahu, na otázku č. 1 odpověděl opačně. Podle názoru centrálního zadavatele není možné odpovědět tak, že rozsah plnění poskytovaných služeb stanovený v prováděcí smlouvě a v jejích dodatcích č. 1 až č. 6 nepřekračuje rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách a zároveň vyslovit názor, že rozsah doplňkových služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy č. 85/2011 a jejích dodatků č. 1 až č. 6 (resp. č. 1 až č. 4) není v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy. Takovéto závěry jsou dle centrálního zadavatele zcela v rozporu.

195. Znalec 2 podle centrálního zadavatele kromě popisné činnosti ve znaleckém posudku, kdy popisuje souvztažnost jednotlivých smluvních dokumentů mezi centrálním zadavatelem, zadavatelem a vybraných uchazečem, nabízí pouze velmi strohé, prakticky však spíše žádné, odborné hodnocení takovýchto vztahů a jednotlivých aspektů těchto vztahů. Téměř žádný argument, který znalec 2 ve svém znaleckém posudku předkládá, není blíže argumentačně rozveden. Když znalec 2 dospívá k závěru, že v určitém aspektu se následné smluvní dokumenty (konkrétně pak dodatky prováděcí smlouvy) odchylují od znění rámcové smlouvy resp. zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, tak nepoužívá odborné argumenty z oblasti IT, tedy z oblasti své odborné specializace, ale argumenty, které mají původ v charakteru samotného smluvního vztahu. Podle centrálního zadavatele znalec 2 není oprávněn posuzovat danou věc z jiných hledisek, než v rámci své odborné specializace a zaměření a už vůbec není oprávněn a ani odborně erudován, posuzovat věc z hlediska právního. Z uvedeného důvodu je dle centrálního zadavatele znalecký posudek v těch částech obsahujících alespoň kusé posouzení ze strany znalce 2 naprosto zmatečný, nepřesný a zavádějící. Centrální zadavatel se domnívá, že přestože znalec 2 zahrnul do svého znaleckého posudku celou řadu závěrů, resp. názorů znalce, ze samotného odborného hlediska v oblasti kybernetika, specializace výpočetní technika, projektové řízení a architektura IS, technické a programové vybavení PC znalec 2 neposkytuje argument žádný.

196. Centrální zadavatel je přesvědčen, že znalec 2 nedodržel obsahový rámec znaleckého posudku, neboť místo toho, aby znalec 2 odpověděl na otázku: Je rozsah doplňkových služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy č 85/2011 a jejích dodatků č. 1 až č. 6 v souladu s rozsahem služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, znalec 2 píše, že rozsah doplňkových služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací, byl již srovnán s dodatkem č. 5 prováděcí smlouvy v otázce č. 3 znaleckého posudku, a také s dodatkem č. 6 prováděcí smlouvy v otázce č. 4, v obou případech z hlediska obsahu, doby plnění i ceny a dále bude srovnán rozsah doplňkových služeb jen s dodatkem č. 1 až č. 4 prováděcí smlouvy. Podle centrálního

zadavatele je tato úprava zadání znaleckého posudku zcela nepřípustná a může znamenat, že výsledek znaleckého posudku bude zcela jiný, než by byl, kdyby nedošlo k modifikaci zadání.

197. Centrální zadavatel se domnívá, že znalec 2 při tvorbě znaleckého posudku zohlednil některé dokumenty, které nejsou pro daný případ vůbec relevantní, konkrétně se jedná zejména o 4 samostatné smlouvy, které řeší vývoj, rozvoj a podporu aplikačního programového vybavení a jsou označené jako „Zaměstnanost“, „Sociální služby“, „Hmotná nouze“, „Zdravotně postižené osoby a Veřejná služba“. Uvedené smlouvy nebyly uzavřeny v souvislosti nebo na základě rámcové smlouvy nebo smluv na ně navazujících a znalec 2 se tak v rámci svého posouzení zabýval dokumenty vztahujícími se ke zcela jiným smluvním vztahům nesouvisejících se smlouvou rámcovou nebo na ni navazující prováděcí smlouvou.

198. Centrální zadavatel nesouhlasí s argumenty znalce 2 v části B. znaleckého posudku, že následné smluvní dokumenty (dodatky k prováděcí smlouvě) jsou v rozporu se zadávací dokumentací, resp. rámcovou smlouvou. Znalec 2 nesprávně směšuje časovou účinnost rámcové smlouvy a časovou účinnost ostatních prováděcích dokumentů. Ačkoliv rámcová smlouva byla uzavřena na dobu určitou, a to pěti let, účinnost prováděcích smluv a jejich dodatků se řídí jiným ustanovením rámcové smlouvy, a to čl. 4.3., který trvání prováděcích dokumentů, tedy také prováděcí smlouvy a jejích dodatků spojuje s dobou trvání rámcových smluv Microsoft, což není rámcová smlouva, nýbrž prováděcí smlouva Enterprise nebo prováděcí smlouva Select uzavřená mezi subjektem veřejné správy a společností Microsoft Ireland Operations Limited. Je tedy zřejmé, že časová účinnost jednotlivých prováděcích smluv se váže na účinnost jiné smlouvy, a to zcela v souladu se zněním rámcové smlouvy, a tudíž závěr, že dodatky k prováděcí smlouvě svým rozsahem překračují rámec rámcové smlouvy z důvodu, že není totožná délka účinnosti ve vztahu k rámcové smlouvě, je nesprávný.

199. Centrální zadavatel uvádí, že dodatky k prováděcí smlouvě slouží k tomu, aby původní rámec produktů a služeb mohl být upřesněn, v žádném případě však rozšířen. V každém z dodatků je stanoveno, že protiplnění je účtováno přesně tak, jak bylo stanoveno v rámcové smlouvě a následně v Prováděcí smlouvě, tedy od základní jednotky člověkodne/manday/MD.

200. Znalec 2 ve svém znaleckém posudku rozebírá tématiku doplňkových služeb. Dle Centrálního zadavatele znalec 2 vyšel ze správné premisy, kdy říká, že pojem doplňkové služby není nikde v zákoně ani prováděcích normách definován a tak je vždy určující vztah k hlavnímu obsahu (plnění) jednotlivé smlouvy. Podle rámcové smlouvy musí být spojené s implementací desktopových a serverových aplikací produktů Microsoft a pro zajištění jejich funkčnosti v daném prostředí subjektu veřejné správy. Avšak následně podle centrálního zadavatele i nesprávně znalec 2 pomíjí tu skutečnost, že doplňkové služby sloužily k samotnému funkčnímu zprovoznění softwarových komponentů a jejich customizaci rozsáhlého charakteru. Takovouto customizaci předpokládá již rámcová smlouva samotná. Využití doplňkových služeb tak je dle centrálního zadavatele v pořádku a je legitimní.

201. Centrální zadavatel považuje argumentaci znalce 2, kdy nepovažuje cenu za služby poskytnuté na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků za přiměřenou a souladnou k původnímu záměru předpokládanému rámcovou smlouvou, za nepravdivou, neobhajitelnou a neodůvodněnou, neboť sám znalec 2 potvrzuje, že bližší definice doplňkových služeb a jejich předpokládaný rozsah nebyl v rámcové smlouvě detailněji

popsán. Důvodem pro takovýto chybějící popis podle centrálního zadavatele nebylo opomenutí, ale ta skutečnost, že míra customizace se v době sjednávání rámcové smlouvy nedala předpokládat, protože centrální zadavatel nemohl odhadnout konkrétní požadavky jednotlivých subjektů státní správy a samosprávy. Uvedená obecnost rámcové smlouvy však podle centrálního zadavatele není v rozporu s dikcí zákona, neboť veškeré plnění, které mělo být vybraným uchazečem poskytováno, bylo v rámcové smlouvě dostatečně specifikováno, kvantifikováno (a to jak do ceny konkrétních služeb, tak i jejich maximálního rozsahu) a jako takové následně vysoutěženo v souladu s pravidly stanovenými zákonem. Zákon dle centrálního zadavatele klade důraz nikoliv na ekonomičnost jako takovou (která je zajišťována samotným soutěžním charakterem veřejných zakázek), nýbrž na řádné vymezení rozsahu požadovaného plnění a správné stanovení předpokládané hodnoty takového plnění (veřejné zakázky), jakožto hlavního určujícího faktoru pro volbu odpovídajícího druhu zadávacího řízení. S ohledem na skutečnost, že podle centrálního zadavatele nikdy nedošlo k nedovolenému rozšíření rozsahu požadovaných služeb, nedošlo a logicky ani nemohlo dojít k porušení zákona.

202. Znalec 2 se věnuje také čtyřem smlouvám, které byly uzavřeny na základě čtyř výběrových řízení na zakázky malého rozsahu, přičemž nereflektuje tu skutečnost, že tyto smlouvy stojí mimo architekturu smluvních vztahů založených předmětnou veřejnou zakázkou. Centrální zadavatel uvádí, že pohled znalce 2 je zavádějící a zcela pomíjí hlavní účel smluv, který měl být znaleckým posudkem posouzen; a to zdali prostředí vytvořené na základě softwarových produktů Microsoft je schopno pojmout tyto aplikace a na základě integrace s nimi následně pracovat či nikoliv.

203. Centrální zadavatel považuje znalecký posudek vypracovaný znalcem 2 za vnitřně rozporný, zjednodušený a nikoliv komplexní. Centrální zadavatel uvádí, že z odborného hlediska je znalecký posudek bezobsažný a nerelevantní pro předmětné správní řízení.

Vyjádření zadavatele k posudku znalce 2

204. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že znalec 2 ve znaleckém posudku provádí posouzení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků s rámcovou smlouvou převážně co do právního výkladu, tedy řeší právní otázky, které mu jakožto znalci hodnotit nepřísluší. Obory, pro něž je znalec 2 oprávněn vykonávat znaleckou činnost jsou kybernetika, specializace výpočetní technika, projektové řízení a architektura IS, technické a programové vybavení PC. Pokud tedy znalec 2 v posudku stanovil pro hodnocení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků s rámcovou smlouvou a její přílohou č. 2 tři oblasti zkoumání, a to obsah (předmět) zakázky, dobu plnění a cenu, pak nelze než konstatovat, že s ohledem na jeho obor znalecké činnosti a otázky položené znalci Úřadem se měl znalec 2 v posudku zabývat toliko prvním z těchto kritérií. Z uvedeného důvodu jsou závěry znalce 2 ve vztahu ke druhému a třetímu kritériu pro Úřad zcela bezpředmětné.

205. Znalec 2 neuvedl, jaký měl být celkový objem plnění poskytnutého na základě prováděcí smlouvy, a tedy ani případný poměr, který vůči hlavnímu plnění doplňkové služby představují. Jeho konstatování, že se ve vztahu k doplňkovým službám jedná o „astronomickou částku" tak ještě dle zadavatele nic nevypovídá o případné nepřiměřenosti takové částky.

206. Úkolem znalce 2 mělo být posouzení, zda samotný předmět plnění prováděcí smlouvy a jejích dodatků z pohledu výpočetní techniky, projektového řízení a architektury IS, technického a programového vybavení PC odpovídá předmětu plnění rámcové smlouvy z téhož pohledu.

207. Znalec 2 uvedl, že služby poskytované na základě dodatku č. 5 budou poskytovány nejen v rámci implementace produktů a služeb, ale zejména v rámci rutinního provozu, což je však v rozporu se zadáním. Implementací je v oblasti IKT chápána činnost spojená s instalací a zavedením produktů a služeb do stavu schopného provozu. Sem může patřit i pilotní zkušební provoz produktů a služeb (po dohodě smluvních stran), po akceptačních testech jednotlivých činností spojené s implementací končí a nastupuje rutinní provoz. Z toho znalec 2 dovodil, že došlo ke změně v plnění rámcové smlouvy. Zadavatel vidí rozpor v tom, že znalec 2 konstatuje, že služby definované v dodatku č. 5 prováděcí smlouvy lze zahrnout do 4. kategorie doplňkových služeb pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací v souladu s přílohou č. 2 rámcové smlouvy, avšak dle znalce 2 svým obsahem překračují stanovenou hranici danou rámcovou smlouvou.

208. Zadavatel uvádí, že závěr že druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě neodpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ znalec 2 odůvodnil především tím, že na základě dodatku č. 6 měly být poskytovány služby související s instalací a customizací aplikačního software, jenž byl dodán na základě smluv, které nebyly uzavřeny na základě rámcové smlouvy, ale zcela nezávisle na rámcové smlouvě a prováděcí smlouvě. Znalec 2 uvádí, že služby spojené se smlouvami APV se nedají dodatečně přiřadit k definici služby „instalace a customing aplikačního software". Produkty (software) jsou přesně vymezeny v příloze č. 1 rámcové smlouvy a vždy se jedná o produkt firmy Microsoft, nikoli aplikace třetí strany.

209. Zadavatel v prvé řadě poukazuje na skutečnost, že v příloze č. 1 rámcové smlouvy uvedený software a aplikace představují produkty Microsoft, jež mají být na základě rámcové smlouvy a potažmo prováděcí smlouvy dodávány zadavateli. Jejich instalace pak má být vybraným uchazečem provedena v rámci 1. kategorie služeb spadajících pod doplňkovou službu pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ jež zahrnuje HW instalaci a opravy PC a notebooků, bankovních systémů, Desktop periferií, SW instalaci a údržbu systému Windows a produktů Microsoft. Zadavatel uvádí, že pokud mají být aplikace uvedené v příloze č. 1 rámcové smlouvy, jež jsou ve smyslu rámcové smlouvy produkty Microsoft, instalovány v rámci 1. kategorie služeb, je zřejmé, že instalace a customizing aplikačního software v rámci 4. kategorie doplňkové služby se musí týkat jiného aplikačního software, než který je vymezen v příloze č. 1 prováděcí smlouvy. Zadavatel uvádí, že na základě smluv APV bylo připraveno toliko pilotní řešení ve smlouvách APV uvedených aplikací, přičemž skutečný provoz a administrace těchto aplikací měla být prováděna na základě smluv, které měly být teprve uzavřeny, a to na základě separátních zadávacích řízení.

210. Zadavatel uvádí, že s ohledem na shora uvedené nedostatky posudku znalce 2 se domnívá, že závěry tohoto posudku nemohou být podkladem pro rozhodnutí Úřadu v předmětné věci.

Vyjádření vybraného uchazeče k posudku znalce 2

211. Vybraný uchazeč má pochybnosti o obsahu a kvalitě zpracování posudku znalcem 2. Vybraný uchazeč je toho názoru, že tento posudek neobsahuje odpovědi na dotazy položené Úřadem, je z odborného hlediska zcela nedostatečný, je vnitřně rozporný a zmatečný, a tudíž nemůže sloužit jako podklad pro rozhodnutí Úřadu v probíhajícím správním řízení.

212. Znalec 2 si dle vyjádření vybraného uchazeče Úřadem položené dotazy sám upravil a poskytl odpovědi na takto upravené dotazy. Uvedené pochybení je možno demonstrovat např. na dotazu č. 1, kdy si znalec bez jakéhokoliv vysvětlení zúžil dotaz jen na poskytované služby „Premier Support a Katalog služeb“, ačkoliv Úřad požadoval odborné posouzení „poskytovaných služeb“. Obdobným způsobem znalec 2 postupoval i v případě dotazu č. 2, kdy si zúžil dotaz ohledně služeb poskytnutých na základě dodatků č. 1 - č. 6 pouze na služby poskytnuté na základě dodatků č. 1 až č. 4. Postup znalce, je nutno dle vybraného uchazeče považovat za zcela nepřípustný.

213. Vybraný uchazeč uvádí, že odborná analýza, na základě které by mohl být proveden požadovaný výklad, zcela chybí. V celém posudku chybí i jakékoliv zdůvodnění a věcná argumentace ve vztahu k odpovědím znalce 2 na dané otázky. Na místo toho, aby znalec 2 své závěry opřel o premisy podložené odbornou analýzou, závěry spíše staví na vlastních pocitech o tom, jak by měl systém fungovat, ovšem bez znalosti věci. Znalec by však měl vycházet při zpracování posudku jen z faktů a důkladné odborné analýzy.

214. Podle vybraného uchazeče znalec 2 zcela opomenul vysvětlit pojem systémové integrace, nezbytný pro pochopení celé problematiky a zodpovězení položených dotazů. Znalec 2 byl ustanoven k tomu, aby na základě svých odborných znalostí provedl věcné posouzení služeb. Znalec 2 se však vyjádřil i ke struktuře a výši odměny za poskytnuté služby nebo k délce a rozsahu (finančnímu objemu) plnění. V této souvislosti vybraný uchazeč uvádí, že ani závěry znalce 2 ohledně věcného rozsahu služeb proto nemohou být brány v potaz.

215. Vybraný uchazeč se neztotožňuje se závěry znalce 2, že stanovená doba plnění překračuje dobu stanovenou v rámcové smlouvě. Tento závěr znalce však není pravdivý. Znalec 2 dle vybraného uchazeče učinil své závěry o nesouladu poskytnutého plnění s rámcovou smlouvou na základě nesprávných zjištění. Proto nejsou jeho závěry pravdivé a Úřad je nemůže při svém rozhodování zohlednit.

216. Vybraný uchazeč odmítá výklad pojmu doplňkové služby, tak jak jej učinil znalec 2 ve svém posudku a upozorňuje, že je nezbytné, aby význam termínu doplňkové služby byl vykládán ve vztahu ke službám poskytovaným v IT sektoru, a rovněž je nutné brát zřetel na skutečnou vůli stran. Podle vybraného uchazeče jsou doplňkové služby velmi důležitou součástí plnění související s dodávkou licencí k produktům Microsoft.

217. Podle vybraného uchazeče znalec 2 používá maximální možnou výši ceny plnění jako argument pro určení souladu věcné povahy plnění s rámcovou smlouvou. Toto je dle vybraného uchazeče nutno zcela odmítnout. Nejen že cena plnění není pro věcné hodnocení povahy služeb vůbec určující, ale skutečnosti uváděné znalcem 2 jsou zavádějící. Cena plnění doplňkových služeb definovaných v jednotlivých dodatcích je vždy určena na základě skutečně poskytnutých a odebraných služeb v daném kalendářním měsíci a nikoliv pevnou částkou.

218. Vybraný uchazeč uvádí, že znalec 2 nepochopil skutkové okolnosti při hodnocení 4. dotazu položeného Úřadem, když uvádí, že jednotlivé smlouvy s novými subdodavateli neřeší implementaci určených desktopových a serverových aplikací, ale zejména provoz, rozvoj a vývoj APV, které nijak nesouvisí s obsahem zadávací dokumentace veřejné zakázky, resp. s obsahem rámcové smlouvy. Podle vybraného uchazeče se jedná o nepochopení jiných smluvních vztahů nesouvisejících s prováděcí smlouvou a jejími dodatky ze strany znalce 2, což mohlo mít zásadní vliv na správnost učiněných závěrů.

219. Vybraný uchazeč se domnívá, že posudek je z odborného hlediska zcela nedostatečný, poukazuje, že povědomí znalce 2 o řešené odborné problematice je nedostatečné, neboť znalec 2 žádnou odbornou analýzu neprovádí a neposkytl. Vybraný uchazeč se domnívá, že použitelnost a relevance zpracovaného posudku pro probíhající správní řízení je nulová a Úřad by k posudku neměl vůbec přihlížet.

220. Vybraný uchazeč uvádí, že Nejvyšší soud České republiky judikoval, že „hodnocení důkazu znaleckým posudkem spočívá v posouzení, zda závěry posudku jsou náležitě odůvodněny, zda jsou podloženy obsahem nálezu, zda bylo přihlédnuto ke všem skutečnostem, s nimiž se bylo třeba vypořádat, zda závěry posudku nejsou v rozporu s výsledky ostatních důkazů a zda odůvodnění znaleckého posudku odpovídá pravidlům logického myšlení. Aby soud mohl znalecký posudek odpovědně hodnotit, nesmí se znalec omezit ve svém posudku na podání odborného závěru, nýbrž z jeho posudku musí mít soud možnost seznat, z kterých zjištění v posudku znalec vychází, jakou cestou k těmto zjištěním dospěl a na základě jakých úvah došel ke svému závěru“. V této souvislosti vybraný uchazeč uvádí, že závěry učiněné znalcem 2 jsou v některých případech v příkrém rozporu s odůvodněním posudku, příp. si některé části posudku vzájemně odporují.

Ke znaleckému posudku zpracovanému Ing. Ivanem Janouškem

221. Znalecký posudek byl zpracován dne 9.11.2012 na základě objednávky navrhovatele OKsystem na zpracování posudku. Znalec Ing. Ivan Janoušek (dále jen „znalec 3“) ve svém posudku mj. v tabulce posuzuje celkem 29 dílčích služeb, které jsou poskytovány na základě dodatků č. 1 až 6. Znalec 3 u každé služby provádí výklad pojmů (specifikuje, která služba je poskytována), uvádí, zda konkrétní službu lze podřadit pod služby definované rámcovou smlouvou a tento dílčí závěr u každé jednotlivě posuzované služby zdůvodňuje. Znalci 3 navrhovatel OKsystem položil identické otázky, které byly položeny rovněž znalcům 1 a 2, přičemž znalec 3 u všech svých odpovědí uvádí, že druh a charakter služeb neodpovídá druhu a charakteru služeb definovaných rámcovou smlouvou, resp. rozsah služeb není v souladu s rámcovou smlouvou či rozsah služeb stanovený rámcovou smlouvou překračuje.

Ke znaleckému posudku zpracovanému Ing. Janem Fantou

222. Znalecký posudek byl zpracován dne 20.1.2013 na základě objednávky právního zástupce vybraného uchazeče na zpracování posudku. Znalec Ing. Jan Fanta (dále jen „znalec 4“) ve svém posudku popisuje jednotlivé služby poptávané zadavatelem na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků. V další části pak znalec 4 jednotlivé dílčí služby podřazuje pod jednotlivé kategorie služeb definované v rámcové smlouvě, a to se závěrem, že veškeré služby poskytované na základě dodatků 1 až 6 k prováděcí smlouvě jsou co do rozsahu a charakteru v souladu s rámcovou smlouvou. Znalec 4 obdobně jako znalec 1 (avšak výrazně

stručněji) provádí výklad těchto pojmů systémová integrace, konzultační činnost a vedení projektů.

Vyjádření navrhovatele STUDENT AGENCY ke znaleckým posudkům znalce 3 a znalce 4

223. Navrhovatel STUDENT AGENCY se zcela ztotožňuje se znaleckým posudkem znalce 3, neboť znalec provedl komplexní zhodnocení smluvních vztahů a zodpověděl pečlivě všechny položené dotazy. Jeho posudek je dle navrhovatele STUDENT AGENCY zpracován řádně a věrohodně a je tak způsobilý pro to, aby byl podkladem pro meritorní rozhodnutí Úřadu.

224. Znalecký posudek znalce 4 navrhovatel STUDENT AGENCY považuje navrhovatel za irelevantní, neboť z veřejně dostupných zdrojů je zřejmé, že znalec 4 dlouhodobě spolupracuje se společností Deloitte Audit s.r.o. a podle názoru navrhovatele 4 se na něj vztahuje totožný důvod pro vyloučení pro podjatost, pro nějž byl jako znalec Úřadem vyloučen Ing. Vladimír Vlachovský.

Vyjádření navrhovatele OKsystem ke znaleckému posudku znalce 4

225. Navrhovatel OKsytem uvádí, že v posudku znalce 4 jsou obsaženy informace o pojmenování jednotlivých produktů Microsoft, k nimž se mají vztahovat služby objednané jednotlivými dodatky k prováděcí smlouvě č. 85/2011. Tyto informace však dle navrhovatele OKsystem nelze zjistit z podkladů, o nichž znalec 4 uvádí, že z nich vycházel. Uvedená skutečnost dle navrhovatele OKsystem činí znalecký posudek znalce 4 nedůvěryhodným a nepoužitelným ve správním řízení.

226. V případě znalce 4 nelze vycházet z toho, že by posudek zpracován nezávislým soudním znalcem. Naopak je dle navrhovatele OKsystem vysoce pravděpodobné, že znalec 4 byl při zpracování svého posudku pod vlivem jednoho z účastníků řízení.

227. Navrhovatel OKsystem považuje posudek znalce 4 za neúplný a za obsahově nesprávný. V této souvislosti navrhovatel OKsystem uvádí, že mnohá pochybení znalce jsou velmi nápadně podobná pochybením, která navrhovatel OKsystem vytýkal posudku znalce 1, ačkoliv tento posudek znalec 4 ve svých podkladech pro vypracování posudku neuvádí.

228. Pro posudek znalce 4 je dle navrhovatele OKsystem příznačné, že své závěry staví na tom, že v dodatcích k prováděcí smlouvě byly vždy citovány popisy služeb uvedené v příloze rámcové smlouvy. S těmito citacemi znalec 4 dále nepracuje, nevysvětluje jejich vztah ke konkrétním službám objednávaným jednotlivými dodatky, neanalyzuje skutečnou povahu těchto služeb a spokojuje se konstatováním, že citace použitá v tom či onom dodatku odpovídá textu přílohy rámcové smlouvy. Takto budované závěry však dle navrhovatele OKsystem nejsou z odborného hlediska prakticky použitelné.

229. Navrhovatel OKsystem uvádí, že znalec 4 ve svém posudku vypouští označení operačního systému BS 2000 a obdobně je tomu u specifikací databázových systémů Informix a Oracle. Tato otázka se podle navrhovatele OKsystem přitom jeví jako velmi významná. Pokud by znalec 4 nepřehlédl konkrétní specifikace uvedené v popisu služeb kategorie 4, patrně by mu neušlo, že kategorie 4 není použitelná na operační a databázové systémy Microsoft, jejichž specifikace ve svém posudku uvádí.

Vyjádření centrálního zadavatele ke znaleckým posudkům znalce 3 a znalce 4

230. Centrální zadavatel ve svém vyjádření k posudku znalce 3 uvádí, že vzhledem k tomu, že znalec 3 uvedl ekonomický aspekt plnění prováděcí smlouvy a jejích dodatků v úvodu svého posudku, je důkazem toho, že věc neposuzoval nestranně.

231. Centrální zadavatel považuje postup znalce 3 za neodborný z důvodu, že mj. ve svém posudku použil k výkladu některých odborných termínů webové stránky encyklopedie Wikipedia.

232. K podstatné části znaleckého posudku znalce 3, kde znalec porovnává konkrétní poskytované služby s obsahem rámcové smlouvy, se však centrální zadavatel nevyjádřil, pouze uvádí, že tato část vychází ze špatných premis a jeho závěry musí být notně zkreslené.

233. Oproti posudku znalce 3 považuje centrální zadavatel posudek vypracovaný znalcem 4 za věcný, obsahově správný a vysoce odborně zpracovaný, s jehož závěry se centrální zadavatel zcela ztotožňuje a považuje ho za legitimní podklad pro rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ke znaleckým posudkům znalce 3 a znalce 4

234. Zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že tyto znalecké posudky byly dodány samotnými účastníky řízení, má zadavatel za to, že závěry v nich učiněné lze pro rozhodnutí použít toliko spíše podpůrně.

235. Znalecký posudek znalce 3 je dle zadavatele v mnoha ohledech i v rozporu s posudkem znalce 2 (zejména v případě posouzení souladu plnění poskytovaného na základě dodatků č. 1 až 4), přičemž i v případě tohoto posudku si znalec 3 stanovil jako součást své hypotézy pro účely posouzení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků s rámcovou smlouvou takové vymezení služeb, jež měly být poskytovány na základě rámcové smlouvy, které zjevně neodpovídá podrobnému popisu rámcovou smlouvou anticipovaných služeb. Podle zadavatele takto účelově zúžený rozsah služeb popsaných v rámcové smlouvě nemůže mít jakoukoliv vypovídací hodnotu pro posouzení souladu povahy a rozsahu služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků a rámcové smlouvy.

236. Znalecký posudek znalce 4 dle zadavatele zcela správně popsal jednak souvislosti mezi plněním, jež mělo být poskytováno na základě jednotlivých dodatků k prováděcí smlouvě, tak rovněž správně konstatoval soulad tohoto plnění s vymezením služeb dle rámcové smlouvy.

Vyjádření vybraného uchazeče ke znaleckému posudku znalce 3

237. Podle vybraného uchazeče není možné akceptovat snahu znalce 3 vyjadřovat se k obsahu skutečně poskytovaných služeb. Vybraný uchazeč se domnívá, že znalec 3 takové informace z podkladových materiálů, které měl k dispozici, získat nemohl.

238. Vybraný uchazeč považuje postup znalce 3 za neodborný z důvodu, že mj. ve svém posudku použil k výkladu některých odborných termínů webové stránky encyklopedie Wikipedia.

239. Podle vybraného uchazeče znalec 3 nevěnoval pozornost výkladu některých odborných, přičemž konkrétně uvádí termíny „systémová integrace“ a „vedení projektu“.

240. Vybraný uchazeč uvádí, že se znalec 3 při posuzování souladu jednotlivých služeb s předmětem rámcové smlouvy dopustil zjednodušení a zavádějícího výkladu použitých termínů, což konkrétně dokladuje u 9 porovnávaných služeb.

241. Vybraný uchazeč uvádí, že posudek znalce 3 má jako listinný důkaz pro probíhající řízení malý význam. Znalec 3 se dle vybraného uchazeče při zpracování posudku dopustil několika významných pochybení, která zapříčiňují, že tento listinný důkaz je jako podklad pro rozhodnutí nepoužitelný a k jeho závěrům není možno přihlížet.

Závěry Úřadu k výrokům II. a III. rozhodnutí

242. Zákon v ust. § 21 odst. 1 upravuje tyto druhy zadávacích řízení:

a) otevřené řízení,

b) užší řízení,

c) jednací řízení s uveřejněním,

d) jednací řízení bez uveřejnění,

e) soutěžní dialog,

f) zjednodušené podlimitní řízení.

243. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.

244. Z předložené dokumentace vyplývá, že v případě služeb poskytovaných na základě dodatku č. 5 i dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě neproběhlo samostatné zadávací řízení.

245. Z vyjádření centrálního zadavatele a zadavatele ve správním řízení vyplývá, že služby poskytované na základě dodatků č. 5 a dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě, centrální zadavatel a zadavatel považují za nedílnou součást plnění veřejné zakázky nazvané „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“, zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 17.10.2008 pod ev. č. 60023690 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21.10.2008 pod ev. č. 2008/S204-271509.

246. Na základě výše uvedeného zadávacího řízení byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka vybraného uchazeče a dne 1.12.2008 byla mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřena rámcová smlouva.

247. Rámcová smlouva se dělí na 11 kapitol. Předmětem rámcové smlouvy je stanovení základních práv a povinností smluvních stran při uzavírání budoucích prováděcích smluv k rámcové smlouvě, stanovení povinností a mechanismů při zadávaní informací do Clearingového centra, stanovení cen a platebních podmínek za licence a služby poskytnuté na základě budoucích prováděcích smluv a stanovení sankcí za porušení stanovených povinností.

248. V příloze č. 1 rámcové smlouvy jsou definovány produkty Microsoft: software společnosti Microsoft licencovaný v multilicenčních programech Enterprise a Select.

249. Služby Microsoft, které jsou poskytovány vybraným uchazečem, jsou uvedeny výčtem v příloze č. 2 rámcové smlouvy.

250. Příloha 2 rámcové smlouvy (stejně jako zadávací dokumentace) definuje seznam poptávaných služeb. V první skupině jsou zařazeny služby související s poskytnutými licencemi k produktům Microsoft, a které mají poskytovat základní podporu k těmto produktům a jsou označeny jako Premier Support.

251. Ve druhé skupině služeb označené jako Doplňkové služby jsou zařazeny tyto podskupiny služeb

- Odborné semináře,
- Vzdělávací portál,
- Elektronické vzdělávací kurzy,
- Reporting & spolupráce s Clearingovým Centrem,
- Zákaznický helpdesk,
- Elektronický newsletter,
- Nabídka doplňkového SW,
- Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací.

252. V rámci poslední podskupiny služeb označené Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací je definováno celkem 5 kategorií služeb. Rámcová smlouva v příloze 2 v příslušné části stanovuje popis uvedených pěti kategorií služeb a jim odpovídající nákladovost v Kč/den, která s rostoucí kategorií služby roste. Jednotlivé kategorie služeb označené jako Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací a jim odpovídající ceny uvedené v rámcové smlouvě jsou následující:

SLUŽBA: POMOC PŘI IMPLEMENTACI DESKTOPOVÝCH A SERVEROVÝCH APLIKACÍ		
	Popis služby	**Cena [Kč/den]**
1. kategorie	HW instalace a opravy PC a notebooků, bankovních systémů, Desktop periferií, SW instalace a údržba systémů Windows a produktů Microsoft	13 144
2. kategorie	HW a SW instalace a opravy Mid-range serverové platformy, Add On komponent (DLT, scannery, LAN), customing MS SW	15 448
3. kategorie	HW a SW instalace enterprise serverové platformy, instalace a administrace SW Reliant Unix, Solaris, instalace a konfigurace aktivních síťových komponent	18 560
4. kategorie	HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace oper. systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software	22 112
5. kategorie	Systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů	26 528

253. Dne 15.7.2011 byla mezi centrálním zadavatelem a vybraným uchazečem na účet zadavatele uzavřena prováděcí a následně k ní bylo v rozmezí od 1.8.2011 do 27.12.2011 uzavřeno 6 dodatků. Předmětem prováděcí smlouvy mělo být poskytnutí softwarových produktů Microsoft a služeb s těmito produkty spojených.

254. Z obsahu dodatků č. 5 a č. 6 Úřad zjistil, že jejich předmětem je poskytování služeb, které byly podřazeny pod službu „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, která byla mj. vymezena v příloze č. 2 rámcové smlouvy, v části 2. „Doplňkové služby“.

255. Poptávané služby v rámci dodatku č. 5 byly podřazeny pod službu „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, a to konkrétně do 4. kategorie služeb HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace oper. systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software.

256. Služby poptávané zadavatelem v rámci dodatku č. 6 byly podřazeny pod službu „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, a to konkrétně do 4. kategorie služeb HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace oper. systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software, respektive do 5. kategorie Systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů.

257. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zcela zásadní pro posouzení, zda poskytované služby v rámci dodatků č. 5 a 6 lze považovat za služby poskytované na základě smlouvy uzavřené v řádném zadávacím řízení, je otázka, zda tyto služby lze v plném rozsahu podřadit pod služby uvedené v rámcové smlouvě, v příloze 2., v části 2. „Doplňkové služby“ (což bylo předmětem zpracování znaleckých posudků na základě zadání Úřadu) a zda způsob a charakter použití těchto služeb odpovídá způsobu a charakteru služeb stanovených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“ a tedy podmínkám, pro které byly tyto „Doplňkové služby“ centrálním zadavatelem vysoutěženy.

258. V následující části se Úřad vyjádří k obsahu znaleckých posudků, zejména znalců 1 a 2, které sám ustanovil, a podpůrně i k znaleckým posudkům znalců 3 a 4 i k argumentům jednotlivých účastníků řízení, a to v těch bodech, které považuje za stěžejní.

259. Jak je výše uvedeno znalec 1 si pro zpracování znaleckého posudku přizval odborného konzultanta prof. Ing. Jiřího Voříška, CSc., vedoucího katedry informačních technologií Vysoké školy ekonomické v Praze a prezidenta České společnosti pro systémovou integraci. Znalec 1 uvádí, že přibral svého konzultanta „k posuzování zvláštních dílčích otázek, týkajících se problematiky systémové integrace a za účelem získání nezávislého názoru na posuzovanou problematiku“. Znalec 1 uvádí, že „aby nedošlo k sémantickému posunu či zkreslené interpretaci, formuloval otázky pro konzultanta shodně s otázkami, na které má odpovědět této znalecký posudek“.

260. Z obsahu posudku znalce 1, z Přílohy č. 2 „Odborné vyjádření prof. Ing. Jiřího Voříška, CSc., vedoucího katedry informačních technologií Vysoké školy ekonomické v Praze a prezidenta České společnosti pro systémovou integraci“ však Úřad zjistil, že otázky položené znalcem 1

svému odbornému konzultantovi nejenže byly sémanticky posunuté, ale byly oproti otázkám položeným Úřadem znalci 1 zcela zásadním způsobem pozměněny, a to co do jejich obsahu i významu.

261. Konkrétně znalec 1 požadoval po svém konzultantovi odpověď na následující jím položené dotazy:

1) Je možné na základě smluvního rámce, daného rámcovou smlouvou a jejími přílohami a prováděcí smlouvou č. 85/2011 poskytovat služby, které byly sjednány v rámci dodatků č. 5 a 6?

2) Pokud je v příloze č. 2 rámcové smlouvy definována kategorie služeb „Pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, lze pod některou z uvedených položek 1. kategorie až 5. kategorie zahrnout v plném rozsahu druh a charakter poskytovaných služeb na základě dodatků č 1, 5 a 6?

3) Lze služby, poskytované na základě dodatků, č. 1, 5 a 6 zahrnout do 5. kategorie Systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů?

262. Úřad znalci 1 položil 4 otázky (viz bod 17. odůvodnění), avšak v žádné z otázek se znalce 1 ani žádného jiného znalce netázal, zda jsou služby poskytované na základě dodatků č. 5 a 6 v souladu s rámcovou „a prováděcí smlouvou“, ve všech případech se totiž Úřad striktně ptal na soulad dodatků k prováděcí smlouvě s rámcovou smlouvou, resp. na soulad prováděcí smlouvy a jejích dodatků s rámcovou smlouvou.

263. Úřad se taktéž znalce 1 ani žádného jiného znalce netázal, zda lze služby, poskytované na základě dodatků, č. 1, 5 a 6 zahrnout do 5. kategorie Systémová integrace, konzultační činnost, vedení projektů.

264. Nejenže posledně uvedenou otázku znalce 1 na svého konzultanta Úřad nikdy nepoložil, ale navíc je tato otázka v dané situaci zcela nelogická, neboť nelze opomenout, že většina služeb poskytovaných na základě dodatků č. 5 a č. 6 je podřazena a tudíž i fakturována a hrazena jako služba 4. kategorie (a v případě dodatku č. 5 jsou do 4. kategorie služeb zařazeny dokonce všechny služby), tudíž Úřadu není zřejmé, proč se znalec táže na podřazení služeb poskytovaných na základě dodatků č. 1, 5 a 6 pouze do 5. kategorie služeb.

265. Nehledě k výše uvedenému „pozměnění“ původního smyslu otázek položených znalcem 1 svému konzultantovi nelze odhlédnout od odpovědí konzultanta na takto položené otázky, kde sice konzultant paušálně odpovídá kladně, avšak zároveň k odpovědi tučným písmem zdůrazňuje, že tomu tak je „za předpokladu, že použijeme obecný výklad pojmů systémová integrace a cloud computing tak, jak jsou vnímány odbornou veřejností. Samotná rámcová smlouva tento výklad neřeší“.

266. Z výše uvedeného vyjádření konzultanta lze tedy učinit závěr, že na výše uvedené znalcem 1 pozměněné otázky by bylo možno odpovědět jednoznačně kladně za předpokladu, že by rámcová smlouva v sobě obsahovala definice pojmů „systémová integrace“ a „cloud computing“ (které nejsou v terminologickém slovníku jasně definovány) a zároveň že by tento výklad (uvedený v rámcové smlouvě) musel být proveden výlučně v obecném významu.

267. Znalec 1 však tento smysl slov svého konzultanta „poněkud“ otáčí, když ve svém znaleckém posudku výslovně uvádí: „Je třeba přisvědčit konzultantovi, prof. Voříškovi, že zařazení služeb specifikovaných dodatky 5 a 6 pod službu «pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací» vymezenou rámcovou smlouvou (RS) a její prováděcí smlouvou (PS) je možné, za předpokladu, že použijeme obecný výklad pojmů «Systémová integrace» a «Cloud Computing» tak, jak jsou vnímány odbornou veřejností, ačkoliv samotná rámcová smlouva tento výklad neřeší“.

268. Z výše uvedeného lze dovodit buď skutečnost, že konzultant znalce 1 odpověděl nejednoznačně (neboť dle Úřadu je obsah jeho stanoviska značně odlišný od závěru, který prezentuje znalec 1), pravděpodobněji však znalec 1 význam odpovědi svého konzultanta pozměnil, obdobně jako v případě otázek položených svému konzultantovi (viz bod 260. odůvodnění).

269. Ačkoliv Úřad k vypracování znaleckého posudku ustanovil znalce 1 a nikoliv jeho konzultanta, a tudíž za výsledek zpracování nese odpovědnost znalec, nelze odhlédnout od skutečnosti, jakým způsobem znalec 1 hodnotí důkazy a podklady pro vypracování svého posudku a to zejména za situace, kdy si Úřad nechal zpracovat ve stejné věci další znalecký posudek od jiného znalce, se stejnými otázkami, při poskytnutí stejných podkladů, avšak zcela s opačným závěrem.

270. Situace je o to významnější, že znalec 1 před tím, než uvádí svůj závěr k otázkám položeným mu Úřadem, výslovně na odborné stanovisko svého konzultanta odkazuje, z čehož lze nabýt dojmu, že při vypracování odpovědí na položené otázky bylo toto stanovisko rozhodujícím dokumentem pro vypracování znaleckého posudku.

271. Znaleckému posudku znalce 1 je třeba vytknout i ten zásadní nedostatek, kdy se velmi obšírně ve svém posudku věnuje popisu skutečností, které jsou zjistitelné z jednotlivých smluvních ujednání a obecnému výkladu pojmů z oblasti ICT, avšak svoji nejzásadnější pasáž svého posudku „odbývá“ prostým konstatováním: „dle názoru znalce geneze smluv a jejich dodatků, jako tomu bylo v daném případě, nasvědčují tomu, že z plnění, které je na základě RS a PS ve znění dodatků poskytováno zadavateli, je systémovou integrací v širším pojetí a tudíž plnění lze podřadit pod službu «pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací», konkrétně pak pod její kategorii 5. Systémová integrace“.

272. Znalec 1 toto svoje zásadní tvrzení žádným způsobem ani nerozvádí ani nedokládá ani neuvádí žádné další skutečnosti na jeho podporu.

273. Rovněž nelze odhlédnout od skutečnosti, že znalec 1 „uměle“ podřazuje veškeré služby poskytované na základě dodatků pod 5. kategorii služeb „systémová integrace“, ačkoliv tyto služby jsou kategorizovány i odlišně od 5. kategorie, a to zejména do 4. kategorie.

274. Není lhostejné, zdali jsou služby kategorizovány pouze v 5. kategorii, či i v jiných kategoriích (např. v kategorii 4.), a to i z toho pohledu, že cenový rozdíl mezi těmito kategoriemi služeb může být za doby trvání smluv značný, přičemž čím větší rozsah služeb bude poskytnut, tím se tento rozdíl bude dále navyšovat.

275. Závěr, zda služby poskytované na základě dodatků k prováděcí smlouvě lze teoreticky podřadit pod 5. kategorii služeb (byť by ve skutečnosti byly zařazeny i do jiných kategorií), je

zcela nedostatečný, a to i za předpokladu, že by byl věcně správný, o čem lze na základě výše uvedeného úspěšně pochybovat.

276. Na doplnění ke znaleckému posudku znalce 1 Úřad uvádí, že znalec 1 ve znaleckém posudku, v části E. „Soulad rámcové smlouvy a jejího předmětu plnění s dodatky Prováděcí smlouvy“, tj. jedné ze stěžejních částí posudku mj. uvádí: „Z formálně právního hlediska je kategorizace v pořádku, je však potřeba uvést, že samotná formální kategorizace služeb poptávaných v dodatcích Prováděcí smlouvy neposkytuje komplexní pohled na problematiku. Je proto nutné přikládat nemalý důraz na skutečné obsahové vyjádření samotných poskytovaných služeb a to v kontextu nikoliv právním, ale rovněž i v kontextu informačně technologickém, přičemž tento kontext není předmětem tohoto právního hodnocení“.

277. Na základě výše uvedeného Úřadu není zřejmé, z jakého jiného pohledu znalec 1 svůj posudek zpracovával, když posudek nebyl zpracován v „informačně technologickém“ kontextu. Při zadávání znaleckého posudku však byl Úřad přesvědčen, že znalecký posudek bude zpracován právě „v informačně technologickém“ kontextu, tj. věcně z pohledu odbornosti znalce 1, tj. z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika, pro které je mj. znalec 1 příslušným rozhodnutím Ministerstva spravedlnosti jmenovaný.

278. V této souvislosti si nelze nepovšimnout, že v případě znalce 2 i znalce 3 (byť znalec 3 nebyl ustanoven Úřadem) centrální zadavatel, zadavatel i vybraný uchazeč opakovaně ve shodě poukazují na pasáže v těchto posudcích, ve kterých se znalci vedle věcného posouzení ICT problematiky podružně vyjadřují i k problematice ekonomiky, resp. právním otázkám, přičemž z těchto vyjádření vyplývá, že tyto posudky by Úřad neměl akceptovat a zohledňovat (a to i z uvedeného důvodu). Na druhé straně však ve vyjádření žádného z výše jmenovaných účastníků řízení nebylo poukazováno na to, že posudek znalce 1 byl samotného vyjádření znalce 1 vypracován „v právním“ kontextu a nikoliv v „informačně technologickém“ kontextu, pro jehož vypracování byl znalec 1 způsobilý.

279. Znalecký posudek znalce 2 je z pohledu Úřadu zpracován velmi precizně. Znalec 2 se na rozdíl od znalce 1 důsledně zabývá porovnáním jednotlivých služeb poskytovaných na základě dodatků k prováděcí smlouvě. Z obsahu znaleckého posudku znalce 2 je patrná snaha o komplexní a objektivní posouzení a vyhodnocení předložených podkladů a o vypracování relevantního závěru z nich vyplývajícího. Tuto skutečnost lze dovodit i z toho, že se znalec nesnaží jednostranně paušálně buď zavrhnout či potvrdit postup, kterým byly služby poskytované na základě dodatků k prováděcí smlouvě podřazeny pod doplňkové služby definované v bodě 2. přílohy č. 2 rámcové smlouvy, ale komplexním způsobem jednotlivé služby rozebírá a definuje, proč jednotlivou konkrétní službu lze podřadit pod služby definované rámcovou smlouvu, či nikoliv.

280. Ačkoliv znalec 2 ve svém znaleckém posudku uvádí některé ekonomické aspekty vyplývající z uzavřených smluvních vztahů, Úřad nepovažuje tento postup znalce 2 za postup, který by byl v rozporu s jeho výkonem znalecké činnosti, neboť znalec 2 ve svém znaleckém posudku nečiní ekonomické analýzy vyplývající z jednotlivých smluvních vztahů, ale pouze uvádí údaje o celkovém minimálním a maximálním objemu finančních prostředků za poskytování služeb na základě konkrétního dodatku po dobu předpokládané platnosti této smlouvy (dodatku). Tento výkon Úřad nepovažuje přímo za výkon znalecké činnosti znalce, neboť všechny ekonomické aspekty takto uvedené znalcem 2 ve znaleckém posudku lze jednoduše

dohledat v jednotlivých smluvních ujednáních a přepočíst na předpokládanou dobu platnosti takového smluvního ujednání.

281. K této problematice Úřad uvádí, že zadavatel na ekonomické aspekty uváděné ve znaleckých posudcích znalce 2 a 3 reaguje negativně, kdy tyto byť pro posouzení stavu věci relativně podružné, ale pravdivé argumenty (které vyplývají z vyfakturovaných plnění za rok 2012 předložených zadavatelem), jednoznačně odmítá a to až do takového důsledku, že skutečnost, že znalec 3 svoji úvodní část znaleckého posudku věnoval ekonomickým aspektům vyplývajícím z plnění uzavřených smluvních ujednání, je podle zadavatele již samo o sobě důvodem pro znevěrohodnění takového posudku. Na druhé straně sám zadavatel Úřadu opakovaně v rámci správního řízení uváděl, že jedním z důvodů pro poskytování ICT služeb na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků je především snaha zadavatele o úsporu finančních prostředků.

282. Poněvadž i tato vyjádření zadavatele byla znalcům 1 a 2 poskytnuta Úřadem jako podklad pro vypracování znaleckého posudku, není překvapivé, že se znalec 2, který se zabýval celou problematiku komplexně, vyjádřil i k ekonomické stránce věci, aniž by činil rozsáhlé ekonomické analýzy, a celkové minimální a maximální náklady za předpokládanou dobu plnění jednotlivých smluvních ujednání, ve svém znaleckém posudku uvedl. Tím však nemohl žádným způsobem utrpět znalecký posudek znalce 2 a už vůbec nelze z uvedeného důvodu tento znalecký posudek považovat za nevěrohodný či neobjektivní, neboť vychází ze skutečných údajů z předložených smluv a dodatků. Za znevěrohodnění nelze považovat ani skutečnost, když znalec 2 opakovaně ke skutečným maximálním nákladům vyplývajícím z jednotlivých smluv připojuje přívlastek, že se jedná o částky „astronomické“. Úřad tato tvrzení znalce 2 žádným způsobem při svém rozhodování nezohlednil.

283. Úřad ve svém rozhodnutí taktéž neuplatnil ty části znaleckého posudku znalce 2, které se vztahují k době plnění prováděcí smlouvy a jejích dodatků ve vztahu k době plnění stanovené v rámcové smlouvě. Dle článku 4.7 rámcové smlouvy činí délka trvání prováděcí smlouvy pět let v případě licenčního programu Enterprise, v případě licenčního programu Select tři roky. Dle článku 4.3 rámcové smlouvy je doba trvání prováděcích smluv odvozena od doby trvání rámcových smluv Microsoft a délky jednotlivých licenčních programů. Účinnost prováděcích smluv skončí se zánikem prováděcí smlouvy Microsoft. Vzhledem ke skutečnosti, že prováděcí smlouva byla uzavřena dne 15.7.2011, dle výše uvedených ustanovení skončí ke dni 15.7.2016. Tudíž tvrzení obsažená opakovaně ve znaleckém posudku znalce 2, že doba plnění uzavřená v konkrétním dodatku (např. v případě dodatku č. 1 a č. 5) končí 31.12.2015, což výrazně překračuje dobu stanovenou v rámcové smlouvě, se nezakládá na pravdě.

284. Posouzení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků s rámcovou smlouvou z pohledu časového běhu jednotlivých smluvních ujednání si Úřad učinil sám, aniž by při svém rozhodování zohlednil některou z pasáží uvedených ve znaleckém posudku některého z oslovených znalců (včetně znalce 2).

285. Tvrzení některých účastníků řízení, že znalec 2 formálně pozměnil otázky, které mu Úřad stanovil k zodpovězení, se částečně zakládá na pravdě. Znalec 2 „modifikoval“ otázku č. 1, kdy místo odpovědi na komplexně položenou otázku: „Nepřekračuje rozsah plnění (poskytovaných služeb) stanovený v prováděcí smlouvě č. 85/2011 a v jejích dodatcích č. 1 až

č. 6 rozsah plnění stanovený v rámcové smlouvě a jejích přílohách?“ znalec 2 odpověděl na její dílčí část, kdy z poskytovaných služeb vyňal doplňkové služby stanovené v bodě 2. přílohy č. 2 rámcové smlouvy, přičemž tyto doplňkové služby byly samy o sobě předmětem otázek následujících, které znalec 2 řádně odpověděl.

286. Lze tedy konstatovat, že v případě první otázky položené Úřadem nebyla důsledně dodržena forma odpovědi v případě znalce 2. Na druhou stranu lze však konstatovat, že zadavatel řádně odpověděl na dílčí část otázky 1, přičemž odpověď na zbývající část jednoznačně vyplývala z dalších částí znaleckého posudku znalce 2.

287. Ačkoliv je Úřad přesvědčen, že i v případě otázky č. 1 znalec 2 splnil svoji povinnost, kdy z celého kontextu je odpověď na komplexně položenou otázku zřejmá, bude Úřad nadále mít za to, že otázka 1 nebyla znalcem 2 zodpovězena vůbec, aby použití znaleckého posudku znalce 2 v rozhodnutí případně nemohlo být jakkoliv dále zpochybněno.

288. Pro úplnost Úřad uvádí, že v daném správním řízení, ve kterém je řešena výhradně otázka souladu dodatků č. 5 a č. 6 ve vztahu k rámcové smlouvě, jsou de facto stěžejní odpovědi na otázky položené znalcům pod pořadovým číslem 3 a 4, které byly znalcem 2 odpovězeny v plném rozsahu v souladu s jejich zadáním. Rovněž je zapotřebí v této situaci podotknout, že pro Úřad byla zcela zásadní obsahová stránka znaleckých posudků, nikoliv stránka čistě formální, neboť Úřad pro své rozhodnutí nepřebíral pouze prosté závěry vyplývající z jednotlivých posudků, ale také úvahy jednotlivých znalců, včetně vyhodnocování dílčích poznatků.

289. Znalec 2 ve svém znaleckém posudku rovněž uvádí, že zadávací dokumentace veřejné zakázky neobsahuje nutnou podmínku pro dodavatele produktů a služeb Microsoft, aby se prokázali předložením potvrzení od společnosti Microsoft, s.r.o., že mají statut LAR (Large Account Reseller). Tato informace se dle zjištění Úřadu nezakládá na pravdě, neboť centrální zadavatel v oznámení o zakázce tento doklad po dodavatelích požadoval předložit jako součást prokázání technické způsobilosti pro plnění veřejné zakázky. Tato skutečnost však nemá žádný vliv na posouzení věci znalcem 2, neboť byla uvedena pouze v popisové části znaleckého posudku, nikoliv však v části posudkové, tato skutečnost ani nijak nesouvisí s posuzováním a hodnocením podkladů znalcem 2. Pro úplnost Úřad uvádí, že ani toto tvrzení znalce 2 při svém rozhodování žádným způsobem nezohlednil.

290. Vyjma výše uvedených výhrad, které však neovlivňují komplexní výsledek znaleckého posudku znalce 2, se Úřad se závěry znaleckého posudku znalce 2 (konkrétně se závěry na otázky č. 3 a č. 4, které jsou pro posouzení předmětného správního řízení klíčové) ztotožňuje. Úřad uvádí, že znalec 2 komplexně a objektivně posuzuje jednotlivé aspekty, ze kterých učinil jednoznačný závěr, že „druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 5 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 neodpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ a „druh a charakter poskytovaných služeb v rámci dodatku č. 6 k prováděcí smlouvě č. 85/2011 neodpovídá v plném rozsahu druhu a charakteru služeb, které mohou být poskytovány na základě rámcové smlouvy a jejích příloh, zejména na základě služeb definovaných v příloze č. 2 rámcové smlouvy „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“. Tato tvrzení znalce 2 Úřad považuje

za klíčový důkaz, na kterém založil výroky II. a III. rozhodnutí. Naproti tomu posudek zpracovaný znalcem 1 se jeví být s ohledem na výhrady uvedené v odstavcích 261 až 277 tohoto odůvodnění nepřesvědčivým, a z uvedeného důvodu Úřad závěry znalce 1 nemohl přijmout.

291. Ve prospěch znaleckého posudku znalce 2 svědčí i odborné závěry znaleckého posudku znalce 3, který byť byl zpracován na základě objednávky navrhovatele OKsystem, splňuje zákonné požadavky kladené na zpracování znaleckého posudku, podrobně v tabulce posuzuje celkem 29 dílčích služeb, které jsou poskytovány na základě dodatků č. 1 až 6. Znalec 3 u každé služby provádí výklad pojmů (specifikuje, která služba je poskytována), uvádí, zda konkrétní službu lze podřadit pod služby definované rámcovou smlouvou a tento dílčí závěr u každé jednotlivě posuzované služby zdůvodňuje.

292. Ačkoliv centrální zadavatel, zadavatel i vybraný uchazeč se snaží znalecký posudek znalce 3 zpochybnit, zpochybnění míří pouze do těch částí znaleckého posudku, které nejsou stěžejní. Za stěžejní část znaleckého posudku znalce 3 Úřad považuje výše zmíněnou tabulku s porovnáním souladu jednotlivých poskytovaných služeb s přílohou č. 2 rámcové smlouvy, obsahující i zdůvodnění znalce 3. Tato část znaleckého posudku byla de facto zpochybněna pouze vybraným uchazečem, který znalci 3 vytýká „zjednodušení a zavádějící výklad použitých termínů“ toliko u 9 porovnávaných služeb z celkového počtu 29 porovnávaných služeb (např. v případě dodatku č. 5 a 6 nebyla zpochybněna služba 6-3 Konzultační podpora uživatelů agendových systémů, u které znalec 3 uvádí, že tato služba nespadá pod přílohu č. 2 rámcové smlouvy).

293. Na druhé straně na podporu argumentů centrálního zadavatele, zadavatele a vybraného uchazeče vystupuje znalecký posudek znalce 4. Po prozkoumání tohoto znaleckého posudku Úřad zjistil, že úvodní část znaleckého posudku obsahuje výklad základních pojmů „systémová integrace“, „konzultační činnost“, „vedení projektů“ a v další části se znalec 4 věnuje popisu jednotlivých služeb poskytovaných na základě prováděcí smlouvy a jejích dodatků.

294. Je nepřehlédnutelné, že znalec 4 ve svém posudku na jedné straně precizně specifikuje jednotlivé odborné termíny a jednotlivé citace ustanovení ze smluvních ujednání, avšak při popisu 4. kategorie služeb, která je v příloze 2 rámcové smlouvy definovaná jako „HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW (Informix, Oracle), instalace a administrace oper. systému BS 2000, instalace a customing aplikačního software“ uvádí označení 4. kategorie jako „HW a SW instalace a opravy Mission critical systémů, HW instalace a konfigurace storage, instalace databázových SW, instalace a administrace oper. systému, instalace a customing aplikačního software“, tj. u 4. kategorie služeb, která je zcela zásadní pro posouzení souladu prováděcí smlouvy a jejích dodatků se smlouvou rámcovou (a tato kategorie služeb je při plnění služeb na základě dodatků zřejmě nejčetnější), vypouští označení operačního systému BS 2000 a databázových systémů (Informix a Oracle), pro které je poskytování služeb 4. kategorie na základě přílohy č. 2 rámcové smlouvy určeno.

295. Na základě z pohledu Úřadu zcela zásadního opomenutí, které také zmiňuje ve svém vyjádření navrhovatel OKsystem, lze jen stěží hovořit o přesvědčivosti a úplnosti znaleckého posudku znalce 4.

296. Pro závěr Úřadu, že rámcová smlouva nepředvídala poskytování služeb v rozsahu dodatku č. 5 a 6, svědčí i mechanizmus konstrukce ceny za poskytnutí služeb. Zatímco rámcová smlouva stanoví, že cena za poskytnuté služby bude hrazena v Kč/den podle dané kategorie služeb (viz bod 252. odůvodnění), dodatky č. 5 a 6 zavádí měsíční paušální cenu. Měsíční paušál je pouze formálně vyjádřen v MD (v člověkodnech), který je vynásoben pevným počtem MD za každý měsíc (byť tato suma je vždy uváděna jako cena maximální).

297. Už sama tato konstrukce (která je zpochybňována navrhovatelem OKsystem, znalcem 2 i znalcem 3) je v přímém rozporu s tím, co stanoví rámcová smlouva. Z rámcové smlouvy jednoznačně plyne, že doplňkové služby zařazené v podskupině „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ budou hrazeny v Kč za odpracované dny a tudíž se bude jednat o platby za poskytnutí služeb dle jejich skutečné časové náročnosti, nikoliv však o platby paušální za stanovené časové období, jak je tomu v případě dodatků č. 5 a 6. A už vůbec je nemyslitelné, aby tímto způsobem byly hrazeny jiné služby než služby poskytované „živými lidmi“, jako např. pronájem hardware v datovém centru, jak uvádí např. znalec 3, příp. jak vyplývá i z návrhu navrhovatele OKsystem.

298. Podle čl. 10.1 rámcové smlouvy se vybraný uchazeč zavázal zaplatit smluvní pokutu ve výši 0,05 % ze smluvní ceny dle prováděcí smlouvy za každý i započatý den prodlení služby.

299. V rozporu s rámcovou smlouvou jsou tedy i sankční podmínky. V dodatku č. 5 i č. 6 je totiž stanoveno, že se vylučuje aplikace prvního odstavce čl. 10.1 rámcové smlouvy označeného smluvní pokuty. Namísto toho jsou sjednány maximální nepenalizované doby „všech výpadků služby v kalendářním měsíci" (v rozsahu 8 hodin) a pro případ překročení tohoto limitu jsou sjednány slevy z „měsíční ceny služby“.

300. Argument zadavatele, že „vzhledem k tomu, že cena plnění poskytovaného na základě prováděcí smlouvy ve znění jejích dodatků je z části stanovena pouze jednotkově (za MD) a zároveň není možné předem určit, jaké množství člověkodnů bude k poskytnutí veškerého plnění na základě prováděcí smlouvy ve znění jejích dodatků třeba, je takovýto způsob stanovení smluvní pokuty neurčitý a ustanovení o smluvní pokutě je v důsledku toho neplatné. Rámcová smlouva přitom výslovně zmiňuje smluvní cenu, nikoliv předpokládanou hodnotu zakázky na základě prováděcí smlouvy poskytované, předpokládané hodnoty zakázky tak nelze pro stanovení výše smluvní pokuty využít, a to ani podpůrně, když by se nadto rovněž jednalo o změnu rámcové smlouvy. I pokud by ale bylo možné smluvní cenu dle prováděcí smlouvy stanovit, výše smluvní pokuty takto stanovené (vzhledem k tomu, že se jedná o smluvní pokutu odvozovanou od hodnoty veškerého plnění poskytovaného na základě prováděcí smlouvy) by byla nepřiměřená a hrozilo by tak, že v tomto ohledu bude mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ohledně přiměřenosti výše smluvní pokuty vznikat spor, při jehož řešení (soudní cestou) by zřejmě zadavatel neuspěl“ se ve světle výše uvedeného jeví jako obtížně uvěřitelný.

301. Úřadu není zřejmé, kde bere zadavatel jistotu, že by při případném soudním sporu o výši sankce za neplnění povinností ze strany vybraného uchazeče s velkou mírou pravděpodobnosti neuspěl. K výše uvedenému Úřad poznamenává, že výše smluvní pokuty stanovená podle rámcové smlouvy by v daném případě byla neúměrně vysoká patrně i z toho důvodu, že při zadávání rámcové smlouvy nikdo nepředpokládal, že „doplňkové

služby“ mohou být tak velkého rozsahu, jako je tomu v šetřeném případě, a s touto eventualitou při stanovení sankčních podmínek nepočítal.

302. Vedle souladu služeb poskytovaných na základě dodatků č. 5 a č. 6 s rámcovou smlouvou nelze opomenout i skutečnost, zda způsob a charakter použití těchto služeb odpovídá způsobu a charakteru služeb stanovených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“ a tedy podmínkám, pro které byly tyto „Doplňkové služby“ centrálním zadavatelem vysoutěženy.

303. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k posudku znalce 2 uvádí, že znalec 2 bez jakékoliv hlubší analýzy pouze uvedl, že „pojem „doplňkové služby" není nikde v zákoně ani prováděcích normách definován a tak je vždy určující vztah k hlavnímu obsahu jednotlivé smlouvy.

304. Z důvodu, aby se Úřad nedopustil chyby, kterou vybraný uchazeč namítá znalci 2, provedl hlubší analýzu vymezení doplňkových služeb označených jako „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ v dokumentaci o veřejné zakázce „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“.

305. Přezkoumáním předložené dokumentace Úřad zjistil, že oznámení o zakázce „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“, zadávací dokumentace k této veřejné zakázce ani jiná část dokumentace, která byla centrálním zadavatelem Úřadu poskytnuta (pro úplnost Úřad udává, že s centrálním zadavatelem vede separátní správní řízení ve věci správního deliktu o neuchování dokumentace o veřejné zakázce „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“) neobsahuje žádnou bližší specifikaci poptávaných služeb vyjma přílohy č. 2 návrhu rámcové smlouvy, která je přílohou zadávací dokumentace veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“.

306. Skutečnost, že poptávané „doplňkové služby“ označené jako „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ byly centrálním zadavatelem vymezeny toliko povrchní specifikací dle jednotlivých kategorií 1 až 5 v jediné tabulce, lze dospět k závěru, že tyto služby je možno použít v nejlepším možném případě (aniž by došlo k porušení zákona) toliko jako služby „doplňkové“ v pravém významu slova.

307. Úřad dospěl k závěru, že s výše uvedenou specifikací služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, tak jak ji učinil centrální zadavatel v zadávacích podmínkách, není možné poskytovat služby rutinního charakteru v celkových objemech pohybujících se ve stovkách milionů korun ročně, jako je tomu v případě zadavatele.

308. Nic na tom nemůže změnit, ani skutečnost, že tyto služby byly vysoutěženy v řádném zadávacím řízení. Je totiž zcela nepředstavitelné, jakým způsobem by mohli dodavatelé (včetně vybraného uchazeče) podat kvalifikovanou cenovou nabídku na poskytování služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, které v případě zadavatele by mohly za dobu trvání smluvních vztahů přesáhnout sumu 1 mld. Kč, která by reflektovala druh, charakter, rozsah, podmínky plnění, atd. takových služeb zařazených pod „doplňkové služby“, ve skutečnosti však služeb rutinního charakteru, aniž by tyto informace při zpracování své nabídky věděli a mohli je do své nabídky zohlednit.

309. Je zcela mylná představa, že zákon připouští, aby zadavatel (resp. centrální zadavatel) nejprve vysoutěžil nabídky na zcela obecné kategorie služeb, příp. stavebních prací a teprve

následně stanovoval předmět vlastní veřejné zakázky s cílem použít již obdržených nabídek, aniž by musel absolvovat nové zadávací řízení. Jedinou výjimkou je použití rámcové smlouvy, která by upravovala podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na pořízení opakujících se dodávek, služeb či stavebních prací s obdobným předmětem plnění zadávaných po dobu platnosti rámcové smlouvy, zejména pokud jde o cenu a množství (viz § 11 odst. 1 zákona). Takový výklad zde řešené rámcové smlouvy, ke kterému mohou směřovat závěry o „širším“ pojetí systémové integrace by vedl až k obcházení smyslu zákona, a Úřad jej musí striktně odmítnout, nehledě k tomu, že takový extenzivní výklad by mohl mít zásadní vliv na zadávání ICT služeb ve státní správě.

310. Nadto pokud by centrální zadavatel hodlal v souladu se zákonem ve své rámcové smlouvě definovat doplňkové služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ tak, aby tyto služby mohly být poskytovány v rutinním režimu, tak jak tomu bylo v případě zadavatele, musel by v zadávacích podmínkách veřejné zakázky k „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“ adekvátním způsobem definovat celý předmět takových „doplňkových služeb“, což se evidentně nestalo.

311. I kdyby však centrální zadavatel správně tento předmět „doplňkových služeb“ v zadávacím řízení „Uzavření rámcové smlouvy na poskytování licencí k produktům Microsoft“ nadefinoval a následně by hodlal, aby vybraný uchazeč tyto služby poskytoval, nebyl by jeho postup v souladu se zákonem, neboť v daném případě centrální zadavatel v oznámení o zakázce po dodavatelích požadoval předložit jako součást prokázání technické způsobilosti pro plnění veřejné zakázky osvědčení LAR, které sice má souvislost s poskytováním produktů Microsoft, avšak nemá souvislost s poskytováním doplňkových služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, ve smyslu jak byly použity zadavatelem, a tudíž je požadavek na předložení osvědčení LAR diskriminační ve vztahu k těm dodavatelům, kteří by sice nemohli nebo nehodlali zadavateli poskytovat produkty Microsoft, ale mohli by zadavateli poskytovat „pouze“ doplňkové služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“, např. jako navrhovatel OKsystem.

312. V daném případě tedy centrální zadavatel buď neadekvátním způsobem zadával veřejnou zakázku (plnění) na poskytnutí doplňkových služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ (v případě, že „doplňkovými službami“ se budou chápat služby v rozsahu, jaký použil zadavatel, tj. poptává služby rutinního charakteru) nebo doplňkové služby „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“ mohly být zadány v souladu se zákonem (v případě, že „doplňkovými službami“ se budou chápat služby v pravém slova smyslu doplňkový), přičemž zadavatel spolu s centrálním zadavatelem tyto služby neadekvátně „použili“. V obou případech je důsledkem porušení § 21 zákona.

313. Tím, že centrální zadavatel a zadavatel veřejnou zakázku na poskytování služeb obsažených v dodatku č. 5 nezadali některou z forem zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona, dopustili se správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

314. Tím, že centrální zadavatel a zadavatel veřejnou zakázku na poskytování služeb obsažených v dodatku č. 6 nezadali některou z forem zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona, dopustili se správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K uložení pokuty

315. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,

b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s ust. § 146 nebo ust. § 147 zákona,

c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,

d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona nebo ust. § 111 odst. 5 zákona anebo v rozporu s předběžným opatřením dle ust. § 117 odst. 1 zákona,

e) zruší zadávací řízení v rozporu s ust. § 84 zákona,

f) nepořídí nebo neuchová dokumentaci podle ust. § 109 zákona nebo ust. § 155 zákona, nebo

g) odmítne námitky v rozporu s ust. § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s ust. § 111 zákona.

316. V šetřeném případě se centrální zadavatel a zadavatel dopustili správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že veřejné zakázky na poskytování služeb obsažených v dodatcích č. 5. a č. 6 k prováděcí smlouvě nezadali některou z forem zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona.

317. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. a III. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minorem – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18.6.2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16.4.2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31.5.2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

318. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty různých správních deliktů.

319. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.

320. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

321. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřené veřejné zakázce se Úřad o možném spáchání správního deliktů dozvěděl na základě obdrženého návrhu navrhovatele KDU-ČSL, Křesťanská a demokratická unie – Československá strana lidová, IČ 00442704, se sídlem Karlovo náměstí 5, 128 01 Praha 2 na zahájení správního řízení ze dne 6.2.2012, který byl Úřadu doručen dne 7.2.2012. K uzavření smlouvy – dodatku č. 5 s vybraným uchazečem došlo dne 28.11.2011 a k uzavření smlouvy – dodatku č. 6 s vybraným uchazečem došlo dne 27.12.2011. Z uvedených údajů je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost centrálního zadavatele a zadavatele za spáchání správních deliktů nezanikla.

322. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) tohoto ustanovení.

323. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).

324. V daném případě se centrální zadavatel a zadavatel dopustili dvou správních deliktů podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

325. Vyšší cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se centrální zadavatel a zadavatel dopustili správního deliktu, je v případě správního deliktu uvedeného ve výroku II. rozhodnutí, tj. za jeho spáchání může Úřad v daném případě uložit přísnější sankci.

326. Z předložených smluvních ujednání (dodatek č. 5, písm. C. Cena služeb) Úřad zjistil, že celková cena služeb poskytnutých na základě dodatku č. 5 za dobu trvání smlouvy činí maximálně 383 687 424,-- Kč bez DPH, tj. 464 261 783,-- Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 23 213 089,-- Kč.

327. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho

následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle ustanovení § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.

328. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že centrální zadavatel a zadavatel svým postupem neumožnili účast dalších možných dodavatelů v řádném zadávacím řízení a prakticky vyloučili soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl (při uzavírání dodatků) vystaven žádné konkurenci, neproběhla řádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost týkající se služeb „pomoc při implementaci desktopových a serverových aplikací“. Nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by centrální zadavatel a zadavatel postupovali v souladu se zákonem, zadavatel mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější nabídku než vybraný uchazeč.

329. Při stanovení výše pokuty Úřad v souladu s ust. § 121 odst. 2 zákona vychází ze skutečnosti, že smlouvy – dodatky č. 5 a 6, jejichž předmětem je poskytování služeb, ve vztahu k nimž byl tímto rozhodnutím uložen zákaz plnění, byly uzavřeny již dne 28.11.2011, resp. dne 27.12.2011 a ke dni 31.12.2012 na základě těchto smluv byly zadavateli poskytnuty služby v celkovém rozsahu 105 514 041,60 Kč s DPH, resp. 199 082 491,20 Kč s DPH.

330. Při stanovení výše pokuty Úřad ve prospěch zadavatele zohlednil fakt, že smluvní ceny jsou stanoveny jako maximální, přičemž skutečná cena bude stanovena podle skutečně odebraných služeb, ale zejména tu skutečnost, že zásadní opatření k nápravě v daném případě představuje uložení zákazu plnění smluv – dodatku č. 5 a dodatku č. 6.

331. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Po zvážení všech okolností případu Úřad dospěl k závěru, že výše uložené pokuty v šetřeném případě naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.

332. Úřad se rovněž zabýval intenzitou porušení zákona centrálním zadavatelem a zadavatelem a v šetřeném případě dospěl k závěru, že intenzita porušení zákona je obou shodná, neboť bez jejich vzájemné součinnosti by nemohlo k uzavření dodatků č. 5 a 6 vůbec dojít.

333. Úřad posoudil postup centrálního zadavatele a zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům a stejné intenzitě porušení zákona centrálním zadavatelem a zadavatelem uložil jim pokuty tak, jak je uvedeno ve výroku IV. rozhodnutí.

334. Pokuty jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ centrálního zadavatele, resp. zadavatele.

K zákazu plnění smluv

335. Podle ust. § 114 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení nebo proti porušení zákazu uzavření smlouvy, stanovenému zákonem. Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.

336. Podle ust. § 110 odst. 7 zákona může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle ust. § 114 odst. 2 zákona stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

337. Podle ust. § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle ust. § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel

a) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona,

b) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo

c) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle ust. § 82 odst. 3 zákona.

338. Podle ust. § 118 odst. 4 zákona Úřad návrh zamítne, pokud

a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení,

b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto ustanovení, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 tohoto ustanovení,

c) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo

d) návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.

339. Z výše uvedeného ust. § 118 odst. 2 písm. c) zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele. V šetřeném případě se navrhovatel STUDENT AGENCY a navrhovatel OKsystem domáhají uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona, neboť centrální zadavatel a zadavatel vůbec nepostupovali podle zákona, a tudíž nelze učinit závěr, že se dopustili správního deliktu podle posledně citovaného ustanovení zákona. V daném případě tedy nelze použít ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona, nýbrž ustanovení § 118 odst. 2 písm. c) zákona. Jak vyplývá ze závěrů učiněných Úřadem, centrální zadavatel a zadavatel se dopustili správních deliktů podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a), přičemž je rovněž v daném případě splněna i kumulativní podmínka stanovená v § 82 odst. 3 písm. b) zákona, že veřejná zakázka je zadávána veřejným zadavatelem na základě rámcové smlouvy.

340. Podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto ustanovení, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona.

341. Podle § 118 odst. 3 zákona Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují

pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnícího zakázku a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.

342. Z citovaného ustanovení § 118 odst. 3 zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy nelze uložit, pokud v daném případě existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem.

343. Ve vztahu k zásadě ochrany veřejného zájmu Úřad předně uvádí, že tato zásada je rovněž spolu se zásadou legitimního očekávání a zásadou nestranného postupu a rovného přístupu uvedena mezi základními zásadami činnosti správních orgánů v § 2 odst. 4 správního řádu, podle něhož správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Pojem veřejný zájem je neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen.

344. Zadavatel uvádí, že plnění poskytovaná na základě dodatku č. 5 a dodatku č. 6 jsou nezbytná pro fungování esenciálních součástí kritických systémů sloužících k výplatě sociálních dávek a pokud by Úřad zakázal plnění těchto smluv, byly by ohroženy výplaty sociálních dávek, neboť by byla narušena podpora poskytovaná vybraným uchazečem při customizaci aplikačního software a systémové integraci nutné pro fungování aplikací využívaných pro evidenci a provádění výplat sociálních dávek.

345. Vzhledem k tomu, že zákaz plnění dodatku č. 5 anebo dodatku č. 6 by vedl k závažným výpadkům výplaty sociálních dávek, má zadavatel za to, že jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, kdy zákaz plnění smlouvy nelze neuložit a návrhy na uložení zákazu plnění smlouvy je třeba v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout.

346. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí následující. Mezi základní povinnosti zadavatele patří zabezpečení řádného vyplácení sociálních dávek. Tuto činnost zadavatele lze bezpochyby označit za činnost poskytovanou ve veřejném zájmu. Předmět plnění služeb na základě dodatků č. 5 a č. 6 spočívá v poskytování ICT služeb, u nichž lze předpokládat, že

je zadavatel poptává v souvislosti s potřebou zajistit stanovenou povinnost řádné výplaty sociálních dávek. Lze rovněž předpokládat, že nemožnost odběru těchto služeb by výkon činnosti zadavatele do značné míry ztížila a rovněž by mohla znamenat omezení, příp. i výpadky ve vyplácení sociálních dávek potřebným občanům.

347. Současně je však třeba přihlédnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv zvýhodňování některého z uchazečů.

348. S ohledem na uvedené je tak třeba posoudit, zda v konkrétním případě veřejný zájem, který v rámci své činnosti zajišťuje zadavatel, je spojen s důvody hodnými zvláštního zřetele, které vylučují uložení zákazu plnění smlouvy, resp. vyžadují pokračování plnění smlouvy. Vzhledem k tomu, že Úřad je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ust. § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout, je třeba ust. § 118 odst. 5 písm. b) zákona vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele nese osoba, která se jich dovolává. Ve vztahu k prokázání přítomnosti důvodů hodných zvláštního zřetele Úřad uvádí, že zadavatel v šetřeném případě poukazuje na provozní problémy, které by mu uložení zákazu plnění smluv – dodatků č. 5 a 6 způsobilo. I kdyby však tyto provozní problémy s přihlédnutím k základním povinnostem zadavatele bylo možné označit za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu ust. § 118 odst. 3 zákona, v průběhu správního řízení nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost smluv – dodatků č. 5 a 6 po celou dobu, na kterou ji zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, tedy až do 31.12.2015, resp. do 31.12.2013. Tato skutečnost nevyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 25.1.2013 ani z žádného jiného předloženého dokumentu. Úřad tedy rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích V. a VI. rozhodnutí a uložil zákaz plnění smluv – dodatků č. 5 a 6. Zákaz plnění uvedených dodatků uložil Úřad s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Stanovenou lhůtu považuje Úřad s ohledem na konkrétní okolnosti případu za dobu potřebnou k tomu, aby si zadavatel zajistil čerpání potřebných ICT služeb jiným způsobem než na základě předmětných dodatků č. 5 a č. 6. Takovým jiným způsobem je pak zejména zadání veřejné zakázky v zadávacím řízení podle zákona.

349. Úřad proto rozhodl tak jak je uvedeno ve výrocích V. a VI. rozhodnutí, neboť dle jeho názoru se vzhledem ke zjištěnému stavu věci jedná o nejúčinnější způsob obnovení hospodářské soutěže a vytvoření nových obchodních příležitostí pro ty dodavatele, kteří byly protiprávně zbaveny možnosti účastnit s na poskytování služeb vyplývajících z dodatků č. 5 a 6.

K otázce aktivní legitimace navrhovatele STUDENT AGENCY pro podání návrhu

350. Úřad na základě námitky vybraného uchazeče zkoumal, zda navrhovatel STUDENT AGENCY je aktivně legitimován pro podání návrhu. Úřad tuto námitku posoudil a došel k závěru, že otázka aktivní legitimace nesouvisí s pojmem dodavatel (hospodářský subjekt), který je definován v § 17 písm. a) zákona a čl. 1 odst. 8 směrnice 2004/18/EC, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Pro posouzení této otázky je zásadní čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS, o koordinaci právních a správních

předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, který stanoví, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí.

351. Při posuzování této problematiky Úřad přihlédl k níže uvedené judikatuře Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“):

- rozsudek C-410/01 ze dne 19. června 2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag). Z rozsudku SDEU vyplývá, že jednotlivé členské státy sice mají možnost stanovit konkrétní pravidla pro řízení, v nichž je přezkoumáván postup zadavatele, vždy se však musí pohybovat v rámci směrnice 89/665/EHS. SDEU konstatoval, že pojem zájem na získání veřejné zakázky nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost dané směrnice.
- rozsudek ze dne 24.6.2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, s. I-0000, bod 24 V rozsudku SDEU bylo konstatováno: „Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma“. Z rozsudku tedy vyplývá, že se nemusí nutně formálně jednat o uchazeče nebo zájemce, pokud chce požádat o přezkumné řízení.

352. Úřad na základě návrhu vybraného uchazeče zkoumal, zda navrhovatel STUDENT AGENCY je aktivně legitimován pro podání návrhu, přičemž s ohledem na výše uvedené i s ohledem na skutečnosti týkající se aktivit navrhovatele STUDENT AGENCY v oblasti poskytování ICT služeb, které navrhovatel STUDENT AGENCY sdělil Úřadu, dospěl Úřad k závěru, že navrhovatel STUDENT AGENCY mohl mít zájem na získání výše uvedených veřejných zakázek a že mu vlivem protiprávního jednání centrálního zadavatele a zadavatele mohla vzniknout újma spočívající v nemožnosti účastnit se soutěže o veřejnou zakázku (veřejné zakázky). I když navrhovatel STUDENT AGENCY sám připouští, že poskytování služeb v oblasti ICT nepatří k jeho hlavní činnosti, nevylučuje, že by s ohledem na konkrétní podmínky zadání využil rovněž subdodavatele, či podal společnou nabídku s jiným dodavatelem.

K otázce aktivní legitimace navrhovatele OKsystem pro podání návrhu

353. Není jakýchkoliv pochyb o tom, že navrhovatel OKsystem je dodavatelem ICT služeb, přičemž na trhu působí dlouhodobě. Absence osvědčení LAR nemůže být oprávněným důvodem, aby navrhovatel OKsystem nemohl podat návrh na zákaz plnění dodatků č. 5 a 6.

K údajné překážce již zahájeného řízení v téže věci

354. Vybraný uchazeč namítá, že správní řízení zahájená na návrh navrhovatele STUDENT AGENCY a na návrh navrhovatele OKsystem neměla být vůbec zahájena z toho důvodu, že v době, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele STUDENT AGENCY, již v téže věci vedl správní řízení zahájené na návrh navrhovatele KDU-ČSL, Křesťanská a demokratická unie – Československá strana lidová, IČ 00442704, se sídlem Karlovo náměstí 5, 128 01 Praha 2.

355. K výše uvedenému Úřad uvádí, že je naprosto běžné, že je ve věci jediné veřejné zakázky vedeno několik správních řízení, na základě odlišných návrhů od nestejných navrhovatelů. Nemůže se v takovém případě jednat o litispendenci, poněvadž je u takových správních řízení odlišný okruh účastníků řízení a zpravidla ani předmět správních řízení nebývá zcela totožný (stejně jako tomu bylo i v šetřeném případě).

K údajné nezpůsobilosti zástupce navrhovatele OKsystem a zástupce navrhovatele STUDENT AGENCY k zastupování ve správním řízení

356. V případě navrhovatele OKsystem má Úřad ve správním spisu založen originál plné moci jeho zástupce ze dne 15.5.2012. Není tedy jakýchkoli pochyb o způsobilosti zastupování navrhovatele OKsystem v předmětném správním řízení jeho zmocněným zástupcem.

357. V případě navrhovatele STUDENT AGENCY má Úřad ve spise založen ověřenou kopii plné moci jeho zástupce ze dne 27.3.2012. K vyjádření vybraného uchazeče, že v případě navrhovatele STUDENT AGENCY došlo k porušení zákona o advokacii a dalších předpisů, Úřad uvádí, že přezkoumává postup zadavatelů podle zákona, nezkoumá však případná porušení zákona o advokacii a jiných předpisů.

K problematice opožděného podání návrhu navrhovatelem STUDENT AGENCY a navrhovatelem OKsystem

358. Ustanovení § 114 odst. 4 mj. stanoví, že návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.

359. V daném případě centrální zadavatel, resp. zadavatel neuveřejnil oznámení o uzavření smluv – dodatků č. 5 a 6 způsobem podle § 147 zákona, neboť vůbec nepostupoval podle zákona, a tudíž návrh na uložení zákazu plnění smluv – dodatků č. 5 a 6 bylo nutno doručit Úřadu nejpozději do 6 měsíců od jejich uzavření.

360. Dodatek č. 5 byl uzavřen dne 28.11.2011, dodatek č. 6 byl uzavřen dne 27.12.2012. Návrh navrhovatele STUDENT AGENCY byl doručen Úřadu dne 3.4.2012, návrh navrhovatele OKsystem byl doručen Úřadu dne 25.5.2012. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že jak v případě navrhovatele STUDENT AGENCY, tak i v případě navrhovatele OKsystem byly návrhy na uložení zákazu plnění dodatku č. 5 i č. 6 doručeny ve lhůtě 6 měsíců od jejich uzavření.

361. K argumentu, že se v daném případě při uzavření dodatku č. 5 a dodatku č. 6 nejedná o uzavření nových smluv, nýbrž se jedná o dodatky k prováděcí smlouvě, a tudíž by měla být zákonná lhůta 6 měsíců vztahována ke dni uzavření prováděcí smlouvy, a tudíž je třeba oba výše uvedené návrhy považovat za opožděné, Úřad uvádí následující.

362. Jak vybraný uchazeč uvádí k významu plnění služeb označených jako služby „doplňkové“, že není rozhodující formální označení skupiny služeb, ale jejich faktický obsah, Úřad analogicky i v případě posouzení dodatků č. 5 a 6 nepovažoval za důležité označení „dodatek“, nýbrž obsah těchto smluvních ujednání.

363. Přezkoumáním obsahu dodatků č. 5 a č. 6 Úřad zjistil, že není jakýchkoli pochyb o tom, že se jedná o nové smluvní vztahy, na základě kterých budou poskytovány nové služby oproti prováděcí smlouvě a předešlým dodatkům, přičemž rozsah i cenu jednotlivých služeb poskytovaných na základě dodatků č. 5 a 6 lze samostatně kvantifikovat, což ostatně vyplývá i z obsahu odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K návrhům na provedení důkazů ve správním řízení

364. Úřad prováděl důkaz všemi listinami předloženými jednotlivými účastníky řízení. Úřad neprováděl důkaz přílohami ke smlouvám na aplikační programová vybavení „Zdravotně postižené osoby“ a „Veřejná služba“, „Zaměstnanost“ a „Hmotná nouze“, jak požadoval navrhovatel OKsystem ve svém vyjádření ze dne 12.11.2012, neboť to s ohledem na okolnosti a ostatní podklady pro rozhodnutí, v daném případě považoval za nadbytečné.

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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo vnitra, Nad Štolou 936/3, 170 34 Praha 7
2. Česká republika – Ministerstvo práce a sociálních věcí, Na Poříčním právu 1/376, 128 01 Praha 1
3. Mgr. Vítězslava Kukáková, Zadní 209, 691 26 Pouzdřany
4. JUDr. Daniel Chamrád, advokát, K Hutím 5/665, 194 00 Praha 9
5. JUDr. Tomáš Čihula, LL.M. Eur., Ph.D., advokát, Na Příkopě 19, 117 19 Praha 1

Vypraveno dne:

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