



Č E S K Á R E P U B L I K A
M I N I S T E R S T V O V N I T R A

Praha 7, Nad Štolou 936/3, IČ: 00007064

zastoupená

Ing. Jiří Koldou,

ředitelem odboru koncepce, architektury a projektů informačních a komunikačních
technologií

Č. j. MV- 70161-58/KAP-2017

Praha 21. 6. 2019

Počet listů: 16

R O Z H O D N U T Í C E N T R Á L N Í H O Z A D A V A T E L E O
N Á M I T K Á C H

V dynamickém nákupním systému s názvem „Poskytování služeb KIVS – 2017–2021“, který byl zaveden oznámením odeslaným do Věstníku veřejných zakázek dne 9. 8. 2017, jež bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 8. 2017 pod ev. č. F2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2017/S 154-319744 (dále jen „**DNS KIVS**“), Centrálním zadavatelem - Českou republikou – Ministerstvem vnitra, IČ: 00007064, se sídlem Nad Štolou 3, 170 34 Praha 7 – Letná (dále jen „**Centrální zadavatel**“), v návaznosti na námitky podané v souladu s ust. § 241 an. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) dne 6. 6. 2019 (dále jen „**Námitky**“), -----

----- (dále jen „**Stěžovatel**“), doručené Centrálnímu zadavateli téhož dne,

tímto rozhoduji, že:

Námitky podané Stěžovatelem se odmítají.

Odůvodnění:

1. Stěžovatel prostřednictvím Námitky napadl v souladu s ust. § 241 a násl. ZZVZ úkon Centrálního zadavatele v podobě Rozhodnutí zadavatele o změně zadávací dokumentace dynamického nákupního systému ze dne 23. 5. 2019, č. j. MV-70161-50/KAP-2017 (dále také jen „**Rozhodnutí**“).

2. Dle názoru Stěžovatele došlo k porušení ZZVZ ze strany Centrálního zadavatele v části Rozhodnutí, ve které Centrální zadavatel v příloze č. 4 zadávací dokumentace „Základní obchodní podmínky pro 1. část DNS“ upravil čl. 12 (resp. v příloze č. 5 zadávací dokumentace „Základní obchodní podmínky pro 2. část DNS“ upravil čl. 11) (příloha č. 4 a příloha č. 5 zadávací dokumentace dále souhrnně také jen jako „Smlouva“) a nově vymezil smluvní pokuty, kdy „za nejproblematictější přitom považuje Stěžovatel zejména smluvní pokutu uvedenou výše v odst. 12.2.8 (resp. 11.2.8) Smlouvy, tj. jednorázová smluvní pokuta ve výši 5.000 Kč za každých 24 hodin, po které byla daná služba v rozhodném období nedostupná (dále také jen „Smluvní pokuta č. 1“), a dále smluvní pokutu stanovenou v odst. 12.3 (iii) (resp. 11.3.(iii)) Smlouvy, tzn. podmínku, že v případě nesplnění povinnosti stanovené v čl. 3.14. této Smlouvy je Poskytovatel povinen Koncovému uživateli uhradit smluvní pokutu ve výši 500,- Kč za každé jednotlivé porušení takové povinnosti“ (dále také jen „Smluvní pokuta č. 2“) (obě smluvní pokuty dále společně také jen „Smluvní pokuty“).
3. Stěžovatel spatřuje porušení ZZVZ ze strany Centrálního zadavatele „zejména v rozporu výše citovaných smluvních ujednání se zásadami zadávání veřejných zakázek vyjádřenými v § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ, a to zejména zásadou zákazů diskriminace a zásadou přiměřenosti, jakož i s § 36 odst. 1 ZZVZ, podle něhož zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“
4. Stěžovatel dále uvedl, že: „Vzhledem k výši sankcí a povaze porušení, za něž mohou být uloženy, se tak Stěžovatel důvodně domnívá, že předmětná smluvní ujednání jsou nepřiměřená, zcela mimo relace obchodních zvyklostí, resp. obvyklých podmínek ujednávání v obdobných případech, a nemůže být považováno za stanovené v souladu se ZZVZ, ani s příslušnými ustanoveními zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“).
5. Stěžovatel v návaznosti na tvrzené vady Rozhodnutí navrhuje, aby Centrální zadavatel přijal opatření k nápravě tím, že „vypustí smluvní pokuty uvedené v odst. 12.2.8, a odst. 12.3 (iii) přílohy č. 4 „Základní obchodní podmínky pro 1. část DNS“, resp. v odst. 11.2.8, a odst. 11.3 (iii) přílohy č. 5 „Základní obchodní podmínky pro 2. část DNS“.

I. Vypořádání tvrzení Stěžovatele uplatněných v Námitkách

- a) Ke smluvní pokutě vymezené v čl. 12.2.8 (resp. 11.2.8) Rozhodnutí („Smluvní pokuta č. 1“) se Centrální zadavatel vyjadřuje následovně.
 6. Stěžovatel uvádí, že obě výše zmíněné Smluvní pokuty jsou „řádově nepřiměřené ceně poskytovaných hlasových služeb HTS a ISDN2. V prvním případě představuje 5000 Kč za každých 24 hodin, po které byla daná služba v rozhodném období nedostupná, až 21násobek měsíční ceny konkrétní služby. Vzhledem k tomu, že v současné době, resp. od počátku roku 2019, se vysoutěžené ceny služeb pohybují v rozmezí od 233,- Kč do 530,- Kč měsíčně, může tak výše sankce za 24hodinový výpadek v poskytování služby odpovídat ceně poskytování této služby za téměř dva roky jejího poskytování.“
 7. K tomu Centrální zadavatel na prvním místě uvádí, že výši smluvní pokuty nelze posuzovat pouze ve vztahu k ceně Služeb poskytovaných na základě Smlouvy, ale „zejména ve vztahu k celkovým okolnostem právního úkonu smluvních stran,

pohnutkám zadavatele, účelu, který zadavatel ukotvením smluvní pokuty do návrhu smlouvy sledoval, případně k charakteru smluvní pokuty a k hodnotě a významu zajišťované povinnosti.“ (viz rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř). Jak je dále uvedeno v citovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř: „**Výše předpokládané hodnoty** (pozn. veřejné zakázky) **je přitom v tomto případě druhotná, jelikož přesně nevypovídá o tom, jakou výši újmy může u zadavatele případné nesplnění zajišťované povinnosti způsobit. Předpokládaná hodnota toliko vyjadřuje částku, kterou zadavatel považuje za odpovídající poskytnutí plnění veřejné zakázky, přičemž jejím primárním smyslem je rozlišení toho, zda jde o veřejnou zakázku nadlimitní, podlimitní nebo malého rozsahu. (...). Z tohoto smyslu či významu předpokládané hodnoty lze usuzovat, že tato nic nevypovídá o skutečné hodnotě požizovaného plnění a už vůbec nemá vliv na možné škody vzniknuvší na straně zadavatele opožděnou dodávkou plnění, proto se nejví vhodně v jejím světle výši smluvní pokuty komparovat.** Příměřenost či nepříměřenost (dosahující intenzity excesu) smluvní pokuty je nutné porovnávat vůči souhrnu eventuálně v úvahu přicházejících škod, které mohou zadavateli v důsledku prodlení s dodáním a instalací zboží a jeho uvedením do provozu vzniknout.“

8. V souladu s výše citovaným rozhodnutím Centrální zadavatel uvádí, že **je třeba Stěžovatelem napadané části Rozhodnutí nahlížet ve všech souvislostech vyplývajících z povahy služeb**, které jsou poskytovány na základě veřejných zakázek dle předmětné zadávací dokumentace a jejichž řádné poskytování je zajišťováno Smluvními pokutami (dále také jen jako „Služby“).
9. Předmětné Služby jsou službami naprosto klíčového významu nejen pro jejich Koncové uživatele ve smyslu předmětné zadávací dokumentace, tedy pro veřejné instituce (dále jen „**Koncoví uživatelé**“), ale také, a to zejména, pro jejich uživatele v širším slova smyslu, tedy pro fyzické i právnické osoby, jejichž potřeby a práva jsou tyto veřejné instituce povinny zabezpečit. Předmětné Služby jsou hlasové a datové služby, tedy služby spočívající v poskytování telefonického a internetového připojení Koncových uživatelů. Prostřednictvím těchto Služeb má být zabezpečena komunikace Koncových uživatelů v rámci jejich vnitřních organizačních struktur a mezi sebou navzájem. Prostřednictvím těchto Služeb je zabezpečován řádný chod a plnění základních funkcí veřejné správy, kdy nefunkčnost těchto Služeb v řadě v případěch dopadá na osoby stojící vně systému veřejné správy, tedy na fyzické a právnické osoby, kterým jsou Služby v konečném důsledku adresovány, či které se na Koncové uživatele, jako na veřejnou mocí zřízené instituce, obracují se svými legitimními požadavky, jimž v mnoha případech nikdo jiný než ten který Koncový uživatel není oprávněn ani schopen vyhovět.
10. Koncovými uživateli jsou celorepublikově například hasičské záchranné sbory, útvary Policie ČR, speciální složky Ministerstva vnitra jako např. Odbor azylové a migrační politiky, Správa logistického zabezpečení, Útvary zvláštních činností, Úřad práce ČR, Česká správa sociálního zabezpečení, Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR, Ministerstvo dopravy, Národní bezpečnostní úřad, Český statistický úřad, Český telekomunikační úřad, Úřad pro ochranu osobních údajů, Generální finanční ředitelství, Generální inspekce bezpečnostních sborů,

Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost atd. Již z tohoto výčtu je zřejmé, že funkčnost komunikačních kanálů na straně Koncových uživatelů je nezbytná a zásadní pro zajištění řádného chodu veřejné správy a přispívá k udržení pořádku, bezpečnosti, majetku, zdraví, ba dokonce životů obyvatel České republiky. Nefunkčnost Služeb se konkrétně může projevit v nefunkčnosti agend veřejné správy, jako je např. Informační systém základních registrů (registr obyvatel, registr osob, registr práv a povinností, registr územní identifikace, adres a nemovitostí), registr řidičů odboru dopravně správních činností, systémy pro vyplácení důchodových a sociálních dávek, Czech Point, a dalších systémů spadající do eGovernmentu veřejné správy. Zde případné výpadky služeb jsou velmi kritické a jejich důsledky jsou fatální.

11. Z výše uvedeného je zřejmé, že skutečnou hodnotu Služeb a újmu, která hrozí v případě jejich nefunkčnosti, není možné vyjádřit pouhým mechanickým dosazením ceny, která je za poskytování Služeb sjednána, ale je třeba ji nahlížet optikou zájmů, které Smluvní pokuta č. 1 chrání, a následků, které taková nefunkčnost s sebou může nést.
12. Nadto pokud Stěžovatel poukazuje, že „*se vysoutěžené ceny služeb pohybují v rozmezí od 233,- Kč do 530,- Kč měsíčně, může tak výše sankce za 24hodinový výpadek v poskytování služby odpovídat ceně poskytování této služby za téměř dva roky jejího poskytování*“, tak s touto argumentací nelze souhlasit. Stěžovatel pro své tvrzení o nepoměrně nízkých cenách Služeb ve vztahu ke Smluvní pokutě č. 1 účelově vybral pouze průměrné ceny Služeb ze 2 katalogových listů ZD, přičemž však v ZD DNS KIVS je katalogových listů celkem 22. Nad rámec výše uvedeného k paušální platbě za hlasové Služby je také potřeba přihlídnout k platbám za volání, tudíž pak průměrná měsíční cena za hlasovou Službu, která je variabilní, se pohybuje v řádu tisíců Kč. Např. v případě služeb pro HZS ČR předvolba 950 xxx, pro MV a pro útvary policie ČR předvolba 974 xxx převyšují průměrné měsíční ceny výše uvedené hranice Stěžovatelem, zejm. když se k paušální měsíční ceně připočtou náklady za volání. Další případy je Centrální zadavatel schopen doložit a prokázat vystavenou fakturací. Dále u datových Služeb, které počtem převyšují celkový počet hlasových Služeb v DNS KIVS, hovoříme o průměrných tržních cenách v rozmezí 2 500,- až 5 000,- Kč měsíčně. I v tomto případě jsou však ceny variabilní, jelikož se odvíjí od specifikace každé jednotlivé Služby, vč. kvalitativních ukazatelů. Zejm. se jedná o Služby DATA_VPN, DATA_ETHERNET, DATA_DARK FIBRE, DATA_DARK FIBRE BACKUP, DATA_ASYMETRICKÝ A SYMETRICKÝ INTERNET aj. V DNS KIVS se soutěží služby, které převyšují i hranice 5 000,- Kč za měsíc. S ohledem na rozsah a rozmanitost hlasových a datových Služeb, které jsou soutěženy prostřednictvím Centrálního zadavatele a jejich adresátů a uživatelů (v DNS KIVS je celkem 22 rozdílných katalogových listů, Centrální zadavatel má podepsaných 201 Dohod o centralizovaném zadávání s pověřujícími zadavateli, celkem eviduje cca 9 000 Služeb v portále KIVS), kdy však všechny tyto Služby jsou v základních charakteristikách stejné, a proto je možné je všechny soutěžit na základě jednotné zadávací dokumentace, což vyplývá i z vládního rozhodnutí ze dne 30. května 2012 o usnesení č. 385, o koncepci nákupu datových a hlasových služeb Komunikační infrastruktury veřejné správy v období po 27. březnu 2013, kdy cílem není na každou jednotlivou Službu připravit zvláštní zadávací dokumentaci a zvláštní smluvní

podmínky včetně smluvních pokut, ale cílem je zajistit centralizované zadávání služeb komunikační infrastruktury veřejné správy. Bylo tedy třeba Smluvní pokutu č. 1 nastavit v takové výši, aby byla motivační a současně nikoliv likvidační pro žádného potenciálního poskytovatele Služeb v případě jakékoliv veřejné zakázky soutěžené v DNS KIVS a zároveň eliminovala rizika dlouhodobých výpadků, nehlášených zásahů a jiných pochybení, které v posledním roce Centrální zadavatel eviduje v mnohonásobném navýšení oproti minulosti. Zároveň tak Centrální zadavatel eliminoval stížnosti Koncových uživatelů, od kterých tento požadavek na jednorázovou pokutu vzešel. Stěžovatel by si měl dále uvědomit, že při neřešeném dlouhodobém výpadku vznikají Koncovému uživateli v daných případech vícenásobné náhrady za náhradní řešení, než jsou Služby opětovně poskytovatelem zprovozněny.

13. Konečně, Centrální zadavatel hodnotil také „**charakter**“ (viz rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř) **Smluvní pokuty č. 1. Centrální zadavatel uvádí, že tato nastupuje v případě nedostupnosti Služby po dobu delší než 24 hodin měsíčně.** Centrální zadavatel na tomto místě uvádí, že v rámci zadávací dokumentace k veřejné zakázce na každou jednotlivou Službu zadávanou v portálu KIVS je vymezeno kritérium dostupnosti (tzv. SLA). Hodnoty SLA vždy vyplývají z potřeb Koncových uživatelů s ohledem na charakter jednotlivých poptávaných Služeb. Hodnoty SLA tvoří jakýsi „ideální stav“, tedy čas, po který je-li Služba dostupná v daný měsíc, znamená to stoprocentní splnění smluvních podmínek co do kritéria dostupnosti Služeb. Zde je třeba uvést, že hodnoty SLA nikdy nedosahují 100 %. **Ve většině případů je SLA stanoveno hodnotou 99,5 %, tedy za stoprocentní splnění smluvních podmínek co do kritéria dostupnosti Služeb je považováno, jsou-li Služby měsíčně nedostupné až 3,6 hodiny.** Centrální zadavatel na tomto místě připomíná, že ani v případě překročení této hranice však není za jakékoliv takové překročení ihned stanovena Pokuta č. 1. Předně, v čl. 5.1 Smlouvy jsou uvedeny případy, kdy nebudou pro poskytovatele nepříznivé hodnoty nedodržení kvalitativních ukazatelů vč. SLA vůbec brány v úvahu. Jedná se o hodnoty vzniklé v důsledku nedodržení povinností ze strany Koncového uživatele, nepředvídatelných a neodvratitelných událostí či okolností nebo plánované a předem odsouhlasené provozní výluky poskytované Služby. Nejedná-li se o tyto okolnosti, jsou smluvní pokuty za nedodržení SLA (resp. $SLA + 0,1\% SLA$) stanoveny a přiměřeně odstupňovány dle délky nedostupnosti Služby, vždy de facto jako sleva z ceny za Službu (v rozmezí od 10 % z měsíční ceny dané Služby při měsíčním poklesu SLA nejméně o 0,1 % a méně než 0,2 % do 100 % z měsíční ceny dané Služby při měsíčním poklesu SLA nejméně o 2 %, je-li doba nedostupnosti dané Služby v období jednoho měsíce kratší než 24 hodin). **Pokuta č. 1 nastupuje teprve poté, co délka nedostupnosti Služby v daném měsíci překročí dobu 24 hodin, tedy bezmála šestinásobek délky nedostupnosti Služby, která je Centrálním zadavatelem a Koncovými uživateli stanovena jako přípustná a jako taková je tolerována bez jakékoliv sankce.** U Služeb, kde je stanovena hodnota SLA ve výši 99,9 %, pak nastupuje Pokuta č. 1 při překročení tolerované doby nedostupnosti dokonce 16násobným. Doba delší 24 hodin, po kterou by nebyly Služby dostupné, je pak vzhledem k jejich mimořádnému významu naprosto nepřijatelná. Centrální zadavatel tak stanovením

řádově vyšší pokuty, než za kratší dobu nedostupnosti Služeb dává jasně najevo hranici, jejíž překročení je neakceptovatelné.

14. Jak je již uvedeno, nedostupnost Služeb u některých koncových uživatelů může mít zásadní následky. Takové mohou zajisté nastat i v případě nedostupnosti Služby, jakkoliv krátkého trvání, Centrální zadavatel však po posouzení všech okolností rozhodl, že na základě zkušeností s poskytováním služeb v rámci projektu KIVS stanoví jako nepřípustnou dobu nedostupnosti Služeb právě dobu 24 hodin za kalendářní měsíc. Neboť je toho názoru, že v případě, že poskytovatel vyvine veškeré úsilí, jež po něm lze spravedlivě požadovat, tuto dobu překročí v naprosto výjimečných případech. Pro případ překročení této doby Centrální zadavatel uvádí, že částka 5.000 Kč se sice jeví v poměru k průměrné měsíční ceně Služeb uváděných Stěžovatelem (kdy však tyto Stěžovatelem uvedené Služby tvoří většinu Služeb soutěžených v rámci DNS KIVS) vyšší, než je cena těchto Služeb v rozhodném období, avšak z pohledu absolutních čísel se nejedná o částku nikterak přemrštěnou a již vůbec ne o částku, jejíž výše by byla schopna jakéhokoliv uchazeče bezdůvodně odradit od účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku za předpokladu, že tento má zájem plnit smluvní podmínky v zadávacím řízení specifikované.
15. Pokud by Smluvní pokuta č. 1 některého uchazeče od jeho účasti v zadávacím řízení měla odradit, jednalo by se o uchazeče, jehož neúčast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku by byla po právu, neboť Centrální zadavatel a koncoví uživatelé poptávají poskytovatele, kteří řádně a spolehlivě plní své smluvní závazky a kteří flexibilně a operativně reagují na jakékoliv výpadky dostupnosti Služeb tak, aby byly řádně zabezpečeny potřeby, pro něž jsou Služby zřízeny. Takoví uchazeči musejí za výše uvedeným cílem disponovat dostatkem kapacit, aby mohli zajistit Služby v odpovídající kvalitě, a tedy by na ně Smluvní pokuta měla působit preventivně, nikoliv likvidačně.

b) Ke smluvní pokutě vymezené v čl. 12.3 (iii) (resp. 11.3 (iii)) Rozhodnutí („Smluvní pokuta č. 2“) se Centrální zadavatel vyjadřuje následovně.

16. Stěžovatel rozporuje výši pokuty 500,- Kč za nedodržení požadavků vyplývajících z čl. 12.3 (resp. 11.3) Smlouvy, neboť nedodržení těchto požadavků označuje za „*banální a čistě formální nedostatky*“, vůči nimž je uvedena Smluvní pokuta č. 2 údajně nepřiměřená. Stěžovatel pak v rámci navrhovaných opravných opatření navrhuje vypuštění pouze čl. 12.3 (iii), resp. 11.3. (iii) Smlouvy, tedy smluvní pokuty za porušení povinností dle čl. 3.14, resp. 3.9 Smlouvy, tedy dodržení náležitostí daňového dokladu (jež plyne přímo ze zákona) a dodržení náležitostí identifikace Služby prostřednictvím KIVS ID (toto sám stěžovatel uvádí jako povinnosti, za které hrozí Smluvní pokuta č. 2 „v první řadě“), lokalizace a kapacity Služby dle Poptávkového listu. Ostatní údajně „*banální a formální*“ povinnosti, které uvádí Stěžovatel v bodě 9. Námitky, se netýkají čl. 12.3. (iii) (resp. 11.3 (iii)) Smlouvy a Stěžovatel nenavrhuje jejich vypuštění z Rozhodnutí, přesto se k nim Centrální zadavatel níže vyjádří.

Chybějící údaje (KIVS ID) na faktuře a souhrnných účtech, na předběžné fakturaci, na seznamu plánovaných provozních výluk (PEW), při vykazování kvalitativních ukazatelů

17. Ke smluvní pokutě za nesplnění povinnosti uvádět KIVS ID na dokumentech v rámci komunikace s Centrálním zadavatelem a Koncovým uživatelům se Centrální zadavatel vyjadřuje obšírně níže v souvislosti se Smluvní pokutou č. 2.

Vady fakturace

18. Vady fakturace, které Centrální zadavatel sankcionuje smluvní pokutou, spočívají v nedodržení náležitostí daňového dokladu vymezených v obecně závazných předpisech a ve Smlouvě. Ke smluvní pokutě za tyto vady fakturace se Centrální zadavatel vyjadřuje obšírně níže v souvislosti se Smluvní pokutou č. 2.

Nesplnění povinností při měření kvalitativních ukazatelů

19. Povinnosti související s měřením kvalitativních ukazatelů nelze považovat za „*banální a čistě formální*“. Naopak, jedná se o jediný způsob, jak Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé mohou ověřovat, že poskytovatel plní své povinnosti zakotvené ve Smlouvě, tedy že poskytovaná Služba odpovídá smluvními stranami odsouhlaseným požadavkům. Příjemci této Služby nemají jinou možnost, jak plnění kvalitativních požadavků Služeb ze strany jejich poskytovatele zkontrolovat. Sankce za nedodržení povinností při měření kvalitativních ukazatelů je tak v tomto případě namístě.

Nesplnění povinností při předložení měřicího protokolu pro každou zřízenou a předávanou službu

20. Povinnost předložit měřicí protokol je standardní požadavek, který platí od zavedení DNS KIVS v roce 2012. Koncoví uživatelé nemají jinou možnost, jak ověřit kvalitu Služeb, než je měření, a k tomu je třeba měřicího protokolu. S ohledem na časté neplnění této povinnosti poskytovateli v minulosti byl Centrální zadavatel nucen přistoupit k explicitnímu zakotvení této povinnosti včetně smluvní pokuty za její neplnění.

Nesplnění povinností při změně nebo migraci služeb

21. K tomuto Stěžovatelem uváděnému bodu se Centrální zadavatel nemůže vyjádřit, neboť napadaný čl. 12. 3 (resp. 11.3) Smlouvy žádné sankce za nesplnění povinností při změně nebo migraci služeb neobsahuje.

Porušení povinností dle 12.2 (iii) (resp. 11.3 (iii)) – Smluvní pokuta č. 2

22. Centrální zadavatel nemůže souhlasit s tvrzením, že nedodržení výše uvedených povinností, je „*banální a čistě formální*“. Centrální zadavatel konstatuje, že co se Stěžovateli jeví jako „*banální a čistě formální*“ **nedostatek, představuje pro Centrálního zadavatele i Koncové uživatele podstatné porušení smluvních povinností ze strany poskytovatele Služeb, neboť s sebou nese nadbytečnou administrativní zátěž a nevhodné vynakládání veřejných prostředků. Centrální zadavatel zde vychází z vlastní zkušenosti a ze zkušeností Koncových uživatelů, kteří opakovaně uváděli, že ze strany poskytovatelů služeb dochází k porušování Smlouvy.** Poskytovatelé, a v nemalé míře též Stěžovatel, nezdědka vystavují

faktury, výkazy, oznámení o plánovaných provozních výlukách a jiné dokumenty adresované koncovým uživatelům či Centrálnímu zadavateli týkající se Služeb (dále souhrnně také jen „**faktury**“), jež neodpovídají označení Služeb, na které byla vypsána veřejná zakázka, které jsou vymezeny v příslušných poptávkových listech (nedílná součást a příloha č. 1 každé smlouvy) a na jejichž poskytování byla uzavřena příslušná smlouva, tedy za použití KIVS ID. Poskytovatelé nezřídka faktury označují prostřednictvím svých interních označení, kdy však takto označené služby neodpovídají oficiálnímu označení Služby dle poptávkového listu. S ohledem na to, že Koncoví uživatelé odebírají zpravidla více druhů Služeb a nezřídka je v jednom místě shodnému Koncovému uživateli poskytováno několik rozdílných Služeb najednou, nelze Služby bez dalšího jednoduše propojit s fakturami a dalšími podklady dle osoby Koncového uživatele či místa poskytování Služeb.

23. **Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé jako subjekty hospodařící s veřejnými prostředky, vázání zásadami hospodárnosti a péče řádného hospodáře, nemohou nadále vynakládat veřejné prostředky na nadbytečné úkony související s administrativou daňových a dalších dokladů,** na kterých jsou dodávané služby označeny zcela rozdílně od Služeb, které Centrální zadavatel či Koncoví uživatelé poptávali a na které mají s poskytovateli platně uzavřené smlouvy, za situace, kdy poskytovatelé mohou tyto Služby označit prostřednictvím jejich povinných identifikátorů, zejm. pak KIVS ID, neboť toto ID je uváděno na veškerých dokumentech a je zaevidováno ve veškerých systémech se Službami a jejich poskytováním souvisejícími. Centrální zadavatel tak v napadaném Rozhodnutí i v této věci reaguje na negativní zkušenosti s poskytovateli Služeb včetně Stěžovatele spočívající v pravidelném označování Služeb v rozporu s uzavřenými smlouvami.
24. **Na tomto místě je třeba zdůraznit, že zdaleka ne všichni poskytovatelé mají s plněním výše uvedených požadavků potíže a již v současnosti,** kdy ještě není nedodržení těchto požadavků sankcionováno, Centrálnímu zadavateli a Koncovým uživatelům **vystavují faktury obsahující identifikační údaje služeb vysoutěžených v rámci veřejné zakázky a odpovídající jejich označení na poptávkových listech.** Jedná se přitom o poskytovatele se zřetelně menšími personálními kapacitami. V případě, že tyto povinnosti jsou schopni plnit poskytovatelé se slabším až minoritním postavením na trhu datových a hlasových služeb, je zřejmé, že požadavek na splnění těchto povinností není diskriminační ani nepřiměřený. To ostatně nenamítá ani Stěžovatel, který nerozporuje existenci uvedených povinností, ale toliko výši smluvní pokuty za jejich nesplnění. S ohledem na výše popsané zkušenosti Centrálního zadavatele a Koncových uživatelů s dlouhodobým neplněním uvedených povinností ze strany poskytovatelů včetně Stěžovatele a s ohledem na následky, které z takového neplnění smluvních povinností ze strany poskytovatelů vyplývají pro Centrálního zadavatele a Koncové uživatele, je zřejmé, že je namístě, aby Centrální zadavatel přistoupil ke stanovení smluvní pokuty za nedodržování uvedených smluvních povinností. Její výše je pak zcela v souladu s povahou povinností, které jsou jejím prostřednictvím zajišťovány, a s náklady na časové a personální kapacity, které jsou s nedodržováním těchto povinností spojeny.

25. K námitce Stěžovatele, že „i sám Centrální zadavatel a jím zastupovaní zúčastnění zadavatelé, mají problémy s nalezením správných KIVS ID jednotlivých služeb, jsou-li o to požádáni,“ **Centrální zadavatel uvádí, že důrazně odmítá tvrzení, že on sám „má problémy s nalezením KIVS ID.“** S ohledem na to, že KIVS ID je automaticky vygenerováno systémem a přiděleno ke každé Službě vysoutěžené v rámci portálu KIVS vždy při zadání požadavku na Službu definovanou katalogovým listem ze strany pověřujícího zadavatele, **je prakticky nemožné, aby Centrální zadavatel měl problémy s jeho nalezením, když toto ID je uváděno ve veškerých dokumentech a systémech vydávaných a zpracovávaných Centrálním zadavatelem.** Centrálnímu zadavateli ani není známo, že by „problémy s nalezením KIVS ID“ měli Koncoví uživatelé. Při vypsání každé dílčí veřejné zakázky je již ve Výzvě k podání nabídek uvedeno v čl. 2 "Zadání Veřejné zakázky" následující: „*Veřejná zakázka je zadávána Centrálním zadavatelem na účet Centrálního zadavatele a/ nebo pověřujících zadavatelů, kteří mají s Centrálním zadavatelem uzavřenou Dohodu o centralizovaném zadávání (dále jen „Pověřující zadavatelé“) a kteří za účelem uzavření smlouvy na Veřejnou zakázku písemně sdělili Centrálnímu zadavateli své požadavky, z nichž Centrální zadavatel vypracoval tzv. poptávkový list - předtisk obsahující detailní specifikaci poptávaných Služeb KIVS kódy, množství, místo a dobu jejich poskytování určený pro podání nabídky v rámci dílčí veřejné zakázky v DNS, který je přílohou č. 1 Výzvy (dále jen „Poptávkový list“). Identifikace Pověřujících zadavatelů je součástí Poptávkového listu*“. Vítězný Poptávkový list je nedílnou součástí (přílohou č. 1) každé smlouvy uzavírané na základě zadávacího řízení, KIVS ID je dále uvedeno v každém předávacím protokolu o převzetí Služby do provozu. Každý Koncový uživatel má dále zdarma zřízen přístup do portálu KIVS, kde lze KIVS ID u každé Služby snadno dohledat. Takto bez dalšího se prohlášení Stěžovatele o tom, že Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé mají „problémy s nalezením správných KIVS ID“ jeví jako nepodložené a ze strany Stěžovatele uvedené účelově, ve snaze zrelativizovat vlastní potíže s plněním smluvních závazků.
26. **V této souvislosti Centrální zadavatel konstatuje, že označování Služeb pomocí KIVS ID je shodným způsobem nastaveno již od počátku existence portálu KIVS, tedy od roku 2012.** Poskytovatelé Služeb včetně Stěžovatele tedy mají povinnost při tvorbě např. předávacích protokolů, měřících protokolů, fakturace, hlášení incidentů ad. odkazovat na jednotlivé Služby prostřednictvím KIVS ID již sedm let. Stěžovatel tuto povinnost nikdy nerozporoval a s občasnými výjimkami ji až do roku 2017 plnil. S ohledem na to, že však v posledním roce dochází u některých poskytovatelů včetně Stěžovatele k častému porušování této povinnosti, Centrálnímu zadavateli nezbyvá než plnění této povinnosti opětovně zajistit, a to prostřednictvím Smluvní pokuty č. 2.
27. **Co se týče charakteru Smluvní pokuty č. 2** (viz rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř), pak **Smluvní pokuta ve výši 500 Kč** za každé jednotlivé porušení povinností uvedených v čl. 12.3 (resp. 11.3.) Smlouvy, kterou stanovil Centrální zadavatel, **nemůže v žádném případě nahradit nadbytečné náklady, které vznikají Centrálnímu zadavateli a Koncovým uživatelům v návaznosti na neuvádění KIVS ID ze strany poskytovatelů, avšak již by mohla prostřednictvím své preventivní funkce působit na poskytovatele v tom smyslu, aby do budoucna své smluvní povinnosti plnili.** Tvrzení Stěžovatele, že výše Smluvní pokuty č. 2 „v nejlepším případě odpovídá ceně měsíčního poskytování této

služby“, je pravdivé pouze částečně ohledně selektivně vybraných jednotlivých druhů Služeb. Obecně ve vztahu ke Službám platí, že jejich měsíční ceny jsou řádově vyšší než Smluvní pokuta č. 2. K tomu Centrální zadavatel odkazuje na bod 12 tohoto Rozhodnutí.

28. **Centrální zadavatel je přesvědčen, že výše Smluvní pokuty č. 2 nemůže žádného potenciálního účastníka bezdůvodně odradit od účasti v zadávacím řízení, má-li zájem své smluvní závazky řádně plnit.** Pokud by se totiž jednalo o jednotlivé administrativní pochybení či nedopatření, na základě, kterého by došlo k porušení utvrzovaných povinností, je zřejmé, že jednorázová pokuta ve výši 500 Kč není způsobilá nikoho odradit od účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Jinak je tomu samozřejmě v případě, že potenciální poskytovatel již předem počítá s tím, že nebude své smluvní povinnosti dodržovat, a tedy se obává opakovaných sankcí za konstantní porušování smluvních povinností. Taková úvaha potenciálního poskytovatele je však zcela nepřijatelná, svědčí o nedostatku vážnosti jeho vůle plnit veřejnou zakázku v plném rozsahu a takový poskytovatel by se vůbec neměl zadávacího řízení na veřejnou zakázku účastnit

c) **K přiměřenosti Smluvních pokut, dodržení zásady zákazu diskriminace a neexistenci bezdůvodné překážky hospodářské soutěže**

29. Stěžovatel v souvislosti s údajně nepřiměřenou výší Smluvních Pokut odkázal na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „ÚOHS“) ze dne 5. 4. 2018 č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/EST, z něž vybral část: *„smluvní pokuta a její přiměřenost musí být zadavatelem stanovena tak, aby plnila zadavatelem požadovanou funkci (funkce) a přitom nepředstavovala excesivní, tj. diskriminační překážku řádnému soutěžnímu prostředí. Nemá-li (a logicky nemůže být, poněvadž výše musí být přiměřená ve vztahu ke každé utvrzované povinnosti) stanoven limit absolutní výše smluvní pokuty, musí si strany samotnou výši smluvní pokuty sjednat tak, aby nebyla v rozporu mj. se zákonem o zadávání veřejných zakázek.“*
30. Centrální zadavatel k tomu uvádí, že se ztotožňuje s citovaným rozhodnutím i se Stěžovatelem tučně zvýrazněnými částmi. Centrální zadavatel však považuje za důležité zdůraznit též část, již vyznačil ve výše citovaném rozhodnutí podtržitkem, tj. že *„smluvní pokuta a její přiměřenost musí být zadavatelem stanovena tak, aby plnila zadavatelem požadovanou funkci (funkce)“*. K tomu dále Centrální zadavatel odkazuje na odstavec č. 110. uvedeného rozhodnutí ÚOHS, který předchází Stěžovatelem citované části, kde se uvádí: *„Úřad dále považuje za nutné uvést, že smluvní pokuta patří dle systematiky zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, mezi zajišťovací a utvrzovací instituty, přičemž je třeba říci, že plní celou řadu funkcí. Právní věda, ale i rozhodovací praxe soudů označily v minulosti některé základní funkce smluvní pokuty, a to např. preventivní, ubrzkovací, ale i sankční. Utvrzovací funkcí smluvní pokuty se pak rozumí zvyšování právní jistoty věřitele, že smluvená povinnost bude splněna [neboť dlužník je hrozbou další povinnosti (povinnosti k sankčnímu plnění) více motivován k splnění první povinnosti], a tedy posiluje postavení věřitele vůči dlužníkovi.“* V kontextu tohoto rozhodnutí je třeba nahlížet též Smluvní pokuty a hodnotit je s ohledem na funkce, které v uvedeném případě plní.

31. **Centrální zadavatel je přesvědčen, že Stěžovatel provedl nesprávný výklad výše citovaného rozhodnutí ÚOHS, když ignoroval jeho podstatnou část zdůrazňující potřebu individuálního posouzení každého případu s důrazem na zadavatelem požadované funkce smluvní pokuty a namísto toho selektivně, bez kontextu celkového obsahu rozhodnutí, ocitoval toliko¹ část, v níž je fakticky pouze obecně uvedeno, že smluvní pokuty nelze nastavit diskriminačně a contra legem.** Stěžovatel se ve svých Námitkách nikterak nevyjádřil ke specifické povaze Služeb a k vlastnímu porušování smluvních povinností v minulosti a z jeho argumentace lze usuzovat, že tyto vůbec nevzal v potaz. Stěžovatel bez dalšího uzavřel, že Smluvní pokuta č. 1 je několikanásobně vyšší než měsíční cena za poskytované Služby (avšak však nevzal v potaz celkový rozsah Služeb soutěžených na základě napadané zadávací dokumentace, kdy obecně tvrzení o nepoměrně vysoké Smluvní pokutě č. 1 vůči cenám Služeb neplatí) a Smluvní pokuta č. 2 „*v nejlepším případě odpovídá ceně měsíčního poskytování této služby*“, a proto jsou Smluvní pokuty excesivní a diskriminační. Takový závěr je však v příkrém rozporu s konstantní judikaturou ÚOHS i soudů (viz např. rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř, rozhodnutí ÚOHS ze dne 5. 4. 2018 č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/ESt) a zajisté též v příkrém rozporu s funkcemi Smluvních pokut v předmětném případě, tedy zejména s funkcí preventivní a utvrzovací.
32. Je nesporné, že vztah mezi účastníky smlouvy uzavřené na základě zadávacího řízení dle ZZVZ je vztahem soukromoprávním. Centrální zadavatel ani Koncoví uživatelé proto nemohou poskytovatele přimět k plnění jeho povinností vyplývajících ze smlouvy uzavřené na základě takového zadávacího řízení žádným mocenským nástrojem, a mají tak pro zabezpečení dostupnosti Služeb jen omezené možnosti, limitované rozsahem soukromého práva. Současně však v případě, že vybraný poskytovatel neplní své smluvní závazky, nejsou Centrální zadavatel ani Koncoví uživatelé, na rozdíl od jiných účastníků soukromoprávních smluvních vztahů, oprávněni bez dalšího navázat v téže věci nový smluvní vztah s jiným poskytovatelem, neboť jsou jako veřejnoprávní subjekty povinni při vstupování do smluvních vztahů postupovat podle ZZVZ. Za takové situace, s přihlédnutím k povaze a významu předmětných Služeb a k negativním zkušenostem stran plnění smluvních povinností poskytovateli vč. Stěžovatele za situace neexistence sankce (Smluvní pokuta č. 2) či existence sankce nižší (Smluvní pokuta č. 1), mají Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé v zásadě jedinou možnost, jak zajistit co možná nejtrvalejší dostupnost předmětných Služeb a co možná nejnížší míru nadbytečné administrativní zátěže a ne hospodárného vynakládání veřejných prostředků v souvislosti s evidencí daňových dokladů, a tou je smluvní pokuta adresovaná poskytovateli při neplnění jeho povinnosti spočívající v poskytování těchto Služeb.

¹ Stěžovatel dále, opět aniž by se zabýval specifickou povahou Služeb, ocitoval část rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/ESt, která se věnuje hranici smluvní pokuty 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky za použití zrušené vyhlášky č. 232/2012 Sb. K tomu se Centrální zadavatel vyjadřuje v bodě 34 a násl.

33. Okruh okolností, které je třeba v každém případě při stanovování přiměřené výše smluvních pokut zvažovat, je předem neomezený. Jak potvrzuje odborná literatura: „**Z hlediska svého charakteru představuje posouzení nepřiměřenosti smluvní pokuty normu s relativně neurčitou (abstraktní) hypotézou, která přenechává soudu, aby podle svého uvážení v každém jednotlivém případě vymezil sám hypotézu právní normy ze širokého předem neomezeného okruhu okolností.**“² Jak je již uvedeno výše, Centrální zadavatel v souladu s rozhodnutím předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř posuzoval přiměřenost výše Smluvních pokut „**zejména ve vztahu k celkovým okolnostem právního úkonu smluvních stran, pohnutkám zadavatele, účelu, který zadavatel ukotvením smluvní pokuty do návrhu smlouvy sledoval, případně k charakteru smluvní pokuty a k hodnotě a významu zajišťované povinnosti.**“
34. Stěžovatel dále polemizuje s výší Smluvních pokut za použití odkazu na již několikrát citované rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/EST, ze kterého dovozuje, že: „*smluvní pokutu nelze bez dalšího odvozovat od předpokládané hodnoty veřejné zakázky, resp. od předpokládané ceny služeb, k nimž se smluvní pokuta vztahuje, nicméně k její výši je nutné přinejmenším podpůrně přihlídnout.*“ V citovaném rozhodnutí totiž ÚOHS uvedl, že při posuzování přiměřenosti výše smluvní pokuty „*vycházel i z vyhlášky č. 232/2012 Sb., o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**vyhláška č. 232/2012 Sb.**“), která byla prováděcí vyhláškou k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Úřad k tomu sděluje, že byť se citovaná vyhláška týkala předchozí právní úpravy, a tudíž po zrušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byla tato rovněž zrušena, lze ustanovení týkající se výše smluvní pokuty v ní vyjádřené plně aplikovat i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, neboť podstata smluvní sankce se dle názoru Úřadu nezměnila. (...) vyhláška č. 232/2012 Sb. stanovila jakousi pomyslnou hranici pro určení „**přiměřené**“ výše sankce za nesplnění smluvních podmínek. Z předmětné vyhlášky lze dovodit, že sankce do výše 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky za každý den je považována za standardní výši, příčemž výše pokuty přesahující uvedenou hranici neznamená bezpodmínečně excesivní hodnotu, nýbrž opravňuje ke zdůvodnění takto určené výše.“ Stěžovatel však opětovně cituje z tohoto rozhodnutí ÚOHS útržkovitě, bez zasazení jeho citací do kontextu a bez zohlednění rozhodnutí v jeho celistvosti a v návaznosti na další, samotným Stěžovatelem citované rozhodnutí. Centrální zadavatel na tomto místě upozorňuje na část Stěžovatelem citovaného rozhodnutí, kde se uvádí: „**výše pokuty přesahující uvedenou hranici** (0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky) **neznamená bezpodmínečně excesivní hodnotu, nýbrž opravňuje ke zdůvodnění takto určené výše.**“ Není tedy v žádném případě možné bez dalšího uzavřít, jak to učinil Stěžovatel, že: „*S ohledem na předpokládanou hodnotu odebíraných služeb, k nimž se Stěžovatelem napadené smluvní**

² HULMÁK a kol. *Občanský zákoník V. Závažkové právo. Obecná část* (§ 1721-2054). Praha: C.H. Beck, 2014. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-535-0, s. 1290 – 1295.

pokuty vztahují, lze tak i s odkazem na právě citované rozhodnutí jednoznačně konstatovat, že tyto představují zjevně nepřiměřené a excesivní smluvní sankce.“ Naopak, z citovaného rozhodnutí totiž vůbec nevyplývá, že v případě překročení jakékoliv hranice výše smluvní pokuty lze „jednoznačně konstatovat, že tyto představují zjevně nepřiměřené a excesivní smluvní sankce,“ ale toliko že v případě smluvní pokuty přesahující 0,2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky je namístě, aby Centrální zadavatel takto stanovenou výši smluvní pokuty na dotaz poskytovatele řádně odůvodnil.

35. To potvrzuje i další ze Stěžovatelem rozsáhle citovaných rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S0372/2018/VZ-31074/2018/533/HKu ze dne 24.10.2018. Centrální zadavatel závěry uvedené v tomto rozhodnutí nerozporuje, naopak se s nimi v plné míře ztotožňuje, byť podotýká, že uvedené rozhodnutí se týkalo skutkově zcela odlišné věci (Zadavatel stanovil kvalifikační kritérium, jež nikterak nesouviselo s předmětem veřejné zakázky). I přes skutkovou odlišnost Centrální zadavatel na předmětné Smluvní pokuty aplikoval závěr zformulovaný v citovaném rozhodnutí, že: ***„Z pohledu dodržení zásady přiměřenosti tak ob stojí pouze takové zadávací podmínky, které je zadavatel schopen objektivně a patřičně odůvodnit, aniž by v souvislosti s jejich stanovením došlo k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže.“***
36. Centrální zadavatel Smluvní podmínky objektivně a patřičně odůvodnil v předchozích částech tohoto rozhodnutí a s ohledem na toto odůvodnění a v něm obsažené skutečnosti uzavírá, že stanovením Smluvních pokut ve výši 5.000 Kč, resp. 500 Kč za jednotlivá porušení vymezených povinností **nebyla porušena zásada přiměřenosti, neboť Smluvní pokuty jsou přiměřené zajišťovaným povinnostem a všem souvisejícím okolnostem.** Protože jsou Smluvní pokuty přiměřené, Centrální zadavatel je na nich oprávněn trvat. Pokud výše Smluvních pokut odradí některé potenciální uchazeče od účasti v zadávacím řízení, pak toto nelze považovat za projev jejich diskriminace ze strany Centrálního zadavatele, ale toliko za logický důsledek vlastního vyhodnocení schopností, možností a kapacit těchto potenciálních uchazečů. **Stanovením Smluvních pokut tedy není porušován zákaz diskriminace, neboť Smluvní pokuty nezpůsobují bezdůvodné omezení počtu účastníků zadávacího řízení.** Pokud v této souvislosti v návaznosti na zavedení Smluvních pokut dojde ke snížení účastníků zadávacího řízení, a tím i k omezení hospodářské soutěže, nelze takové omezení považovat za bezdůvodné, ale naopak za odůvodněné neschopností potenciálních uchazečů splnit veškeré podmínky vymezené v zadávací dokumentaci. **Zavedením Smluvních tedy nedochází ani k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže.**
37. K tvrzení Stěžovatele, že Smluvní pokuty jsou *„zcela mimo relace obchodních zvyklostí, resp. obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech“*, pak Centrální zadavatel konstatuje, že mu vzhledem ke způsobu uzavírání smlouvy na základě zadávacího řízení, k jedinečnému charakteru Služeb, k povaze Koncových uživatelů a všem dalším souvisejícím okolnostem není známo, se kterými *„obdobnými případy“* by měl předmětnou situaci porovnávat a jaké *„obchodní zvyklosti“* by měl na daný případ uplatnit. S ohledem na to, že na žádné konkrétní obdobné případy neodkazuje ani Stěžovatel, Centrální zadavatel má za to, že žádné srovnatelné případy nelze nalézt. Proto se

v posuzovaném případě obchodních zvyklostí ani obvyklých podmínek v obdobných případech nelze dovolávat.

38. Ke Stěžovatelem v bodě 14. Námitk citované pasáži rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 6. 2017 č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř Centrální zadavatel uvádí, že nerozporuje a nikdy nerozporoval oprávnění ÚOHS posuzovat extenzivnost smluvních pokut zakotvených ve smlouvách vzešlých na základě veřejných zakázek. Obdobně Centrální zadavatel nerozporuje Stěžovatelem v bodě 15. Námitk citované závěry ÚOHS v č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-24075/2017/Mži a souhlasí, že po Stěžovateli nelze požadovat, aby zhojil nepřiměřeně nastavené smluvní ujednání podáním soudního návrhu na snížení smluvní pokuty. Protože se však v případě Smluvních pokut nejedná o nepřiměřeně nastavená smluvní ujednání, považuje Centrální zadavatel odkaz na citovaná rozhodnutí ÚOHS za nerelevantní.
39. V závěru Námitk Stěžovatel vyjadřuje názor, že na předmětnou situaci má být aplikováno ustanovení § 433 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „o. z.“), podle něhož *kdo jako podnikatel vystupuje vůči dalším osobám v hospodářském styku, nesmí svou kvalitu odborníka ani své hospodářské postavení zneužít k vytváření nebo k využití závislosti slabší strany a k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran*. Centrální zadavatel je předně toho názoru, že se na předmětnou situaci citované ustanovení vůbec neuplatní, neboť zde neexistuje postavení slabší a silnější strany. Centrální zadavatel nesouhlasí s tezí, že pouze z důvodu, že je to on, kdo vypisuje veřejnou zakázku, lze jej považovat za silnější stranu. Nelze bez dalšího mít za to, že pouze proto, že Centrální zadavatel provádí výběr vítězných uchazečů o veřejnou zakázku, je v hospodářském styku s těmito uchazeči silnější stranou. Naopak, Centrální zadavatel by se mohl stejně dobře cítit jako strana slabší, neboť je při výběru svých smluvních partnerů omezen striktními pravidly ZZVZ a nemůže jednat zcela podle své svobodné vůle např. tak, že by si vybral smluvního partnera mimo zadávací řízení nebo že by po skončení zadávacího řízení neuzavřel smlouvu ani s jedním účastníkem, v případě, že by všichni účastníci splnili pravidla dle ZZVZ. Naopak Stěžovatel jako osoba soukromého práva nemá povinnost účastnit se žádné soutěže o veřejnou zakázku a má poměrně široké možnosti ze zadávacího řízení vystoupit a o zakázku se nadále neucházet. Názor Centrálního zadavatele na postavení slabší a silnější strany ve vztahu k veřejným zakázkám sdílí též odborná literatura: „*Posouzení, zda je v konkrétním případě určitá osoba slabší (smluvní) stranou, se bude vždy odvíjet od konkrétních skutkových okolností. Příliš široké vymezování slabší strany může podnikatelskou praxi nicméně zcela ochromovat. Pokud se například budeme pohybovat na terénu veřejných zakázek, je s veřejnými zakázkami zásadně spojeno to, že uchazeči o veřejnou zakázku jsou slabší stranou, protože se musí podvolit podmínkám veřejné zakázky, aby se jí mohli účastnit? Soudím, že pokud je veřejná zakázka zadávána postupem podle zákona o veřejných zakázkách, který je postaven na principech zásadní otevřenosti, transparentnosti a nediskriminace, pak je fakticky téměř vyloučeno, aby se na zakázku mohl aplikovat § 433 odst. 1.*“³

³ LAVICKÝ, Petr. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1- 654). Praha: C.H. Beck, 2014. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-529-9, s. 1651-1652.

40. Centrální zadavatel dále nesouhlasí ani s hodnocením smluv uzavíraných dle ZZVZ jako smluv adhezních dle ust. § 1800 o. z., což podkládá odborným komentářem: „**Každý uchazeč však v zadávacím (poptávkovém) řízení do základních podmínek smlouvy může zasáhnout zcela zásadním způsobem, a to především jím navrhovanou nabídkovou cenou. Nelze tedy přesvědčivě dovodit, že základní podmínky byly určeny pouze jednou smluvní stranou. V opačném případě by se jednalo o doslovný výklad zřejmě nezohledňující záměr zákonodárce. Smyslem právní úpravy adhezních smluv je totiž ochrana slabších smluvních stran, zejména pak spotřebitelů (ačkoli se nemusí jednat pouze o ně). Smlouvy uzavírané v zadávacích nebo podobných řízeních podle Zákona o veřejných zakázkách by se proto neměly zpravidla podřazovat pod definici smluv adhezních.**“⁴
41. I kdyby však byla předmětná smlouva hodnocena jako smlouva mezi slabší a silnější stranou, jak vyplývá z výše uvedených skutečností, nebyly v žádném případě naplněny nezbytné podmínky dle ust. § 433 odst. 1 o. z., tedy *zneužití postavení k vytváření nebo k využití závislosti slabší strany a k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran* či dle ust. § 1800 o. z., tedy *obsah zvláště nevýhodné doložky, aniž je pro to rozumný důvod, zejména odchyluje-li se smlouva závažně a bez zvláštního důvodu od obvyklých podmínek ujednávaných v obdobných případech, je doložka neplatná*. Proto nelze přistoupit k výkladu ustanovení o Smluvních pokutách jako ustanovení neplatných.

II. K navrhovaným nápravným opatřením

42. Centrální zadavatel v reakci na nápravné opatření navrhované Stěžovatelem sděluje, že s ohledem na výše uvedené **neshledal žádný důvod pro jeho přijetí, a to v žádném rozsahu, neboť nepovažuje Námitky Stěžovatele za důvodné, což odůvodňuje jejich odmítnutí ze strany Centrálního zadavatele.**

Z důvodů popsaných výše Centrální zadavatel neshledal důvod pro vypuštění smluvní pokuty uvedené v odst. 12.2.8, a odst. 12.3 (iii) přílohy č. 4 „Základní obchodní podmínky pro 1. část DNS“, resp. v odst. 11.2.8, a odst. 11.3 (iii) přílohy č. 5 „Základní obchodní podmínky pro 2. část DNS“, neboť tyto smluvní pokuty považuje za přiměřené, nediskriminační, nevytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a jako takové za zákonné.

⁴ ACHOUR, Gabriel, PELIKÁN, Martin. *Povaha smluv v zadávacích řízeních jako smluv adhezních* [online]. Dostupné z: <http://www.achourhajek.com/cs/novinky/povaha-smluv-v-zadavacich-rizenich-jako-smluvadheznich.html>.

Závěr:

Centrální zadavatel má za to, že jím přijatým postupem v souvislosti s přijetím Rozhodnutí zadavatele o změně zadávací dokumentace dynamického nákupního systému ze dne 23. 5. 2019, č. j. MV-70161-50/KAP-2017 nenastalo porušení ZZVZ. Současně Centrální zadavatel uvádí, že provedl přezkoumání Námitk Stěžovatele jednotlivě i v celkovém kontextu, přičemž neshledal důvod k přijetí jakéhokoli nápravného opatření.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí Centrálního zadavatele může Stěžovatel podat ve lhůtě dle ust. § 251 odst. 2 ZZVZ, tedy ve lhůtě 10 dnů ode dne obdržení tohoto rozhodnutí, návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů Centrálního zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu Centrálnímu zadavateli.

Ing. Jiří Kolda

**ředitel odboru koncepce, architektury a projektů
informačních a komunikačních technologií**