



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- 70161-60/KAP-2017

Praha 24. 6. 2019

Počet listů: 22

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 7. 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 Námitek 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 je postup Centrálního zadavatele při předmětné změně zadávací dokumentace provedené Rozhodnutím **v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti** dle ust. § 6 odst. 1 ZZVZ a v rozporu se **zásadou hospodárnosti**, která je zakotvena v zákonech upravujících zásady hospodaření s veřejnými finančními prostředky a kterou musí Centrální zadavatel v rámci zadávacích řízení rovněž dodržovat. V postupu Centrálního zadavatele Stěžovatel spatřuje také **porušení ust. § 433 zákona č. 89/2012 Sb.**, občanského zákoníku (dále jen „**o. z.**“), podle kterého mj. nikdo nesmí využít svého hospodářského postavení k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech smluvních stran.
3. **Stěžovatel spatřuje porušení zásady transparentnosti** ze strany Centrálního zadavatele v tom, že Centrální zadavatel prostřednictvím Rozhodnutí „*v průběhu DNS KIVS zásadním způsobem mění podmínky poskytování služeb v rámci jednotlivých veřejných zakázek.*“ Podle Stěžovatele v rámci zařazení dodavatelů do DNS KIVS byly stanoveny jasné podmínky, dle kterých budou zadávány a realizovány jednotlivé veřejné zakázky zadávané v rámci DNS KIVS. Z těchto podmínek dle názoru Stěžovatele dodavatelé vycházeli a v této souvislosti uzavírají příslušné smlouvy na realizaci veřejných zakázek, které jsou přílohami č. 4 a 5 zadávací dokumentace DNS KIVS, tj. „Smlouvu CMS“ a „Smlouvu KTS“ (dále společně také jen jako „**Smlouva**“). Dle názoru Stěžovatele se dodavatelé domnívali, že smluvní podmínky vymezené ve Smlouvě budou platné po celou dobu trvání DNS KIVS, s výjimkami danými např. právními předpisy jako např. právní úprava ochrany osobních údajů.
4. **K porušení zásady přiměřenosti** pak ze strany Centrálního zadavatel mělo dle Stěžovatele dojít „*zejména tím, že (Centrální) zadavatel nově stanovil vyšší některých smluvních pokut jako nepřiměřenou a rovněž stanovil některé další povinnosti nepřiměřeně.*“ Konkrétně se jedná o smluvní pokutu stanovenou v čl. 12.2 (resp. 11. 2) odst. 8 Smlouvy (dále jen „**Smluvní pokuta č. 1**“), o smluvní pokutu stanovenou v čl. 12.3 (i) (resp. 11.3 (i)) Smlouvy (dále také jen „**Smluvní pokuta č. 2**“), o smluvní pokutu stanovenou v čl. 12.3 (ii) (resp. 11.3 (ii)) Smlouvy (dále také jen „**Smluvní pokuta č. 3**“) a o smluvní pokutu stanovenou v čl. 12.1 (resp. 11.1) Smlouvy (dále také jen „**Smluvní pokuta č. 4**“) (dále společně též jako „**Smluvní pokuty**“).
5. **Nad rámec výše uvedeného Stěžovatel rozporuje také čl. 3.5 ve spojení s čl. 5.6 Smlouvy**, podle kterého Doba poskytování Služby dle čl. 13.1. (resp. 12.1) Smlouvy počíná okamžikem, kdy jsou Poskytovatelem předány všechny Služby obsažené v Poptávkovém listu, jehož je Služba součástí. Stěžovatel spatřuje tuto úpravu jako problematickou z důvodů porušení zásady transparentnosti, přiměřenosti smluvních pokut, hospodárnosti a spatřuje v ní též mnohé komplikace praktického charakteru.
6. Stěžovatel v návaznosti na tvrzené vady Rozhodnutí navrhuje, aby Centrální zadavatel zrušil Rozhodnutí nebo přijal opatření k nápravě tím, že vypustí smluvní pokuty stanovené v čl. 12.2 odst. 8 a odst. 12.3 (i) a (ii) (resp. 11.2 odst. 8 a 11.3 (i) a (ii)) Smlouvy, jakož i povinnost předávat všechny služby dle jednoho poptávkového listu společně v jeden termín.

I. Vypořádání tvrzení Stěžovatele uplatněných v Námitkách

a) K tvrzenému porušení zásady transparentnosti

7. Centrální zadavatel předně konstatuje, že není pravdou, jak uvádí Stěžovatel, že Rozhodnutí „*v průběhu DNS KIVS zásadním způsobem mění podmínky poskytování služeb v rámci jednotlivých veřejných zakázek.*“ Rozhodnutí a z něj plynoucí změna zadávací dokumentace žádným způsobem neovlivní podmínky poskytování služeb na základě již uzavřených smluv vzešlých ze zadávacího řízení v DNS KIVS, ale bude se vztahovat pouze na veřejné zakázky, které budou vypsány až poté, co Rozhodnutí nabude účinnosti. To patrně měl na mysli též Stěžovatel a dopustil se v této souvislosti pouze nepřesného vyjádření. Kromě toho, není pravdou ani tvrzení, že se zadávací dokumentace mění „*zásadním způsobem*“. Naopak, napadané úpravy ve většině případů pouze explicitně zakotvují již nyní existující povinnosti, resp. tyto povinnosti utvrzují smluvními pokutami.
8. Jak je již uvedeno výše, Stěžovatel namítá, že poskytovatelé se v okamžiku svého zařazení do DNS KIVS seznámili se smluvními podmínkami budoucích smluv uzavíraných na základě zadávacího řízení vedeného v DNS KIVS (tedy Smlouvy, jak je definována výše), a že očekávají, že tyto podmínky zůstanou neměnné po celou dobu trvání DNS KIVS. **Takové očekávání je však nepodložené o žádné zákonné ustanovení a ve svém konečném důsledku je zcela absurdní.** Centrální zadavatel je podle ust. § 99 odst. 1 ZZVZ oprávněn provádět změnu zadávací dokumentace před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Změna zadávací dokumentace musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna.
9. Centrální zadavatel v této souvislosti připomíná princip fungování dynamického nákupního systému (dále jen „DNS“) dle ust. § 138 an. ZZVZ. Poskytovatelé jsou do DNS zařazeni na základě svých žádostí v případě, že splní kvalifikační kritéria. Tímto zařazením mezi nimi a centrálním zadavatelem ani mezi pověřujícími zadavateli, pro které centrální zadavatel DNS KIVS spravuje, nevzniká žádný vztah, jsou toliko oprávněni, v případě, že dojde k vypsání jakékoliv veřejné zakázky v rámci DNS, obdržet a centrální zadavatel je povinen jim odeslat výzvu k podání nabídky a pro toto podání nabídky stanovit lhůtu nejméně 10 dní. Ačkoliv jsou jednotlivé veřejné zakázky soutěženy prostřednictvím DNS, **každá dílčí veřejná zakázka zadávaná v DNS je samostatná, pro každou z nich je vypsáno samostatné zadávací řízení a uzavřena samostatná smlouva.** V souladu s ust. § 99 odst. 1 ZZVZ je centrální zadavatel oprávněn měnit zadávací dokumentaci ke každé veřejné zakázce až do uplynutí **přínejmenším 10denní stanovené lhůty od odeslání výzvy k podání nabídek.** Změna zadávací dokumentace pak musí být uveřejněna stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna, tedy v případě DNS KIVS prostřednictvím elektronického nástroje DNS E-ZAK a na profilu Centrálního zadavatele. Poskytovatelé zařazení do DNS se s ohledem na aktuální znění zadávací dokumentace a smluvních podmínek soutěžených smluv následně mohou, ale také nemusejí o vypsanou veřejnou zakázku ucházet, tedy mohou, ale také nemusejí podat v DNS nabídku. **Soukromoprávní vztah mezi poskytovatelem, centrálním zadavatelem a**

pověřujícími zadavateli, na který se Stěžovatel odkazuje, vzniká až uzavřením smlouvy na základě výsledků zadávacího řízení, resp. v kontraktační fázi (ve smyslu rozhodnutí KS Brno citovaného v násl. odstavci) podáním nabídek na konkrétní jednotlivou veřejnou zakázku, nikoliv pouhým zařazení poskytovatele do DNS.

10. Tvrzení Stěžovatele, že „(i) v případě DNS KIVS se jedná o nějaký vztah (Centrálního) (z)adavatele a Stěžovatele, resp. ostatních dodavatelů, byť v průběhu kontraktace“, nevyplývá z žádného právního předpisu, smluvního ujednání ani rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „ÚOHS“), a proto je nutné je odmítnout. **Rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 121/2016-196** (dále také jen „rozhodnutí KS Brno“), které jako podklad pro toto své tvrzení užil Stěžovatel, není pro předmětnou věc relevantní, neboť **se vztahuje ke zcela rozdílné skutkové situaci**, již nelze na předmětný případ užít ani analogicky. V případě posuzovaném v rozhodnutí KS Brno byl z hlediska transparentnosti hodnocen obsah zadávací dokumentace v rámci jedné konkrétní, již vypsané veřejné zakázky, nikoliv obsah zadávací dokumentace v dynamickém nákupním systému. Podstatou sporu v rozhodnutí KS Brno byla mj. otázka, zda je transparentní, je-li v zadávací dokumentaci zakotveno pravidlo neproplácení vícenákladů spojených s objížděkami ve vztahu k době trvání objížděk a nikoli ve vztahu k celkovému počtu neuhrazených ujetých kilometrů. V této souvislosti KS Brno konstatoval Stěžovatelem citované: „*vztah mezi zadavatelem a dodavatelem (a to jak ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tak v průběhu její kontraktace) je vztahem soukromoprávním*“ a upozornil na povinnost dodavatele nést v souvislosti s uzavíráním smluv na základě řízení dle ZZVZ určitou míru podnikatelského rizika (tedy rizika nejistoty ohledně počtu kilometrů, které mu zadavatel v prvních 14 dnech trvání objížděky neproplatí). **Je zřejmé, že „vztahem v průběhu kontraktace“ v citovaném rozhodnutí KS Brno byl myšlen vztah v průběhu kontraktace na konkrétní veřejnou zakázku**, poté, co potenciální dodavatel podal nabídku do zadávacího řízení, nikoliv „vztah“ založený pouhým faktem, že dodavatel je zařazen do dynamického nákupního systému. S ohledem na to, že rozhodnutí KS Brno se týká skutkově zcela odlišné věci, není Centrálnímu zadavateli známo, z čeho Stěžovatel na základě tohoto rozhodnutí dovozuje legitimnost očekávání neměnnosti smluvních podmínek po celou dobu trvání DNS KIVS.
11. ZZVZ nestanoví žádný zákaz či omezení provádění změn zadávací dokumentace v rámci DNS (naopak toto v ust. § 99 přímo umožňuje), a proto, **jsou-li naplněna pravidla dle ust. § 99 ZZVZ (tedy dodržení lhůt a způsob zveřejnění stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna) a další pro postupy zadavatele dle ZZVZ, nemůže se jednat o netransparentní postup**. Centrální zadavatel přijal Rozhodnutí dne 23. 5. 2019, toto Rozhodnutí zveřejnil stejného dne prostřednictvím elektronického nástroje DNS E-ZAK a na profilu Centrálního zadavatele a přijaté Rozhodnutí řádně odůvodnil. Zákonná pravidla pro přijetí změny zadávací dokumentace tedy byla splněna, a Rozhodnutí tak nelze považovat za netransparentní.
12. V případě, že by platil Stěžovatelem vyjádřený předpoklad neměnnosti zadávacích podmínek v rámci DNS, toto by vedlo ke zcela neudržitelné situaci, kdy by Centrální zadavatel a jednotliví pověřující zadavatelé nemohli pružně reagovat na své potřeby, které vyvstávají a mění se

v průběhu zadávání ostatních opakujících se veřejných zakázek, a průběžně reflektovat nedostatky zadávací dokumentace, její výkladová úskalí, obtíže s plněním dosavadních smluvních podmínek a jiné praktické zkušenosti. Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé jako subjekty hospodařící s veřejnými prostředky, vázání zásadami hospodárnosti a péče řádného hospodáře, musejí být oprávněni stanovovat a měnit zadávací podmínky tak, aby vyhovovaly jejich potřebám a směřovaly k efektivnímu a hospodárnému využití veřejných zdrojů. To ostatně potvrdil též ÚOHS ve svém rozhodnutí Č.j.: ÚOHS-S1016/2014/VZ-2715/2015/532/KSt, kde konstatoval: ***„Zákon však ponechává na zadavateli, aby stanovil zadávací podmínky pro plnění předmětu veřejné zakázky tak, aby zadávací podmínky odpovídaly jeho konkrétním potřebám. Je to totiž zadavatel, kdo má nejlepší povědomí o tom, co potřebuje. Jestliže zadávací podmínky nejsou v rozporu s kogentními ustanoveními zákona, či se nejedná o zadávací podmínky, které by vyvolávaly nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky, lze takové zadávací podmínky považovat za podmínky stanovené v souladu se zákonem. Uvedené skutečnosti lze pak vztáhnout také na ty zadávací podmínky, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení změní. I změněné zadávací podmínky tedy musí být stanoveny jednoznačně, konkrétně, přesně, a zároveň v souladu s konkrétními potřebami zadavatele.“***

13. S ohledem na to, že zadávací řízení dynamického nákupního systému s názvem „Poskytování služeb KIVS - 2017 - 2021“ bylo v srpnu 2017 zahájeno na období 4 let a jen doposud bylo jeho prostřednictvím vysoutěženo 463 dílčích veřejných zakázek pro 60 pověřujících zadavatelů (tj. Koncových uživatelů ve smyslu Smlouvy), lze si jen těžko představit, že by po celé čtyřleté období nevystala žádná potřeba změny zadávací dokumentace. Toho si jistě musí být vědom sám Stěžovatel, když v minulosti sám vznášel v řadě případů v rámci DNS KIVS námitky, kdy těm oprávněným a splňujícím požadavky ZZVZ bylo ze strany Centrálního zadavatele vyhověno právě prostřednictvím rozhodnutí o změně zadávací dokumentace.
14. Stěžovatel dále spatřuje porušení zásady transparentnosti ve skutečnosti, že „(Centrální) (z)adavatel nijak neřeší skutečnost, že některé Veřejné zakázky již byly v rámci DNS KIVS uskutečněny a že naopak některé (...) teprve budou uskutečněny.“ Dle názoru Stěžovatele nastanou potíže s rozlišením zakázek vysoutěžovaných v DNS KIVS, které se řídí smluvními podmínkami před přijetím Rozhodnutí, od zakázek, které se budou řídit smluvními podmínkami po jeho přijetí. Stěžovatel sám uvádí: „Jasně, že se budou rozlišovat smluvní podmínky...“, leč domnívá se, že: „ale nevyzná se v tom ani (Centrální) (z)adavatel, ani Stěžovatel a ostatní dodavatelé.“ Centrální zadavatel k této výtce uvádí toliko, že nepředpokládá, že by s rozlišením zakázek, které se řídí současnou úpravou, a zakázek, které se budou řídit novou úpravou, měly nastat obtíže. Ostatně, žádné obtíže Centrální zadavatel nezaznamenal ani v souvislosti s 13 změnami zadávací dokumentace, které již prováděl v původním DNS KIVS 2013 – 2017 ani se změnami, které Centrální zadavatel opakovaně prováděl též v zadávací dokumentaci DNS KIVS 2017 – 2021. Centrální zadavatel změnu zadávací dokumentace zákonným způsobem zveřejnil a jasně vymezil okamžik jejího nabytí účinnosti a jeho postup tedy není žádným způsobem matoucí či zavádějící a je zcela v souladu se zásadou transparentnosti.

15. K výtce Stěžovatele, že „by bylo vhodné nejenom uvést, co se konkrétně mění, ale bylo by záhodno rovněž dát do přílohy Rozhodnutí o změně ZD i nové znění Smlouvy KIVS, aby tak bylo zřejmé, jak vypadají nové zadávací podmínky – Smlouvy KIVS“, podotýká Centrální zadavatel, že tato povinnost není nikde v zákoně explicitně vymezena. Centrální zadavatel přesto, v úmyslu umožnit poskytovatelům co nejsnadnější a co nejprehlednější orientaci v provedených změnách, nad rámec své zákonné povinnosti k Rozhodnutí přiložil všech osm příloh zadávací dokumentace tak, aby bylo zřejmé, z čeho se zadávací dokumentace skládá. Nové znění Smlouvy bylo označeno jako Příloha č. 4 zadávací dokumentace DNS KIVS „Základní obchodní podmínky pro 1. část DNS“ a Příloha č. 5 zadávací dokumentace DNS KIVS „Základní obchodní podmínky pro 2. část DNS“. Všechny přílohy bylo řádně zveřejněno v DNS KIVS i na profilu Centrálního zadavatele. Centrální zadavatel shledává opodstatněnou námitku Stěžovatele, že na str. 21 bylo nesprávně uvedeno: „provedl změny v čl. 12. odst. 12.2., který nově zní: „Další smluvní pokuty stanovené v případě porušení jiných povinností stanovených v této Smlouvě (...), kdy správně mělo být uvedeno: „provedl změny v čl. 12. odst. 12.3., který nově zní: „Další smluvní pokuty stanovené v případě porušení jiných povinností stanovených v této Smlouvě (...). Na tomto místě došlo ke zjevné písařské chybě. Správné znění namítané části Rozhodnutí však lze dovodit s ohledem na další obsah Rozhodnutí (skutečná změna čl. 12. odst. 12.2. je v Rozhodnutí již jednou uvedena) a zejména v návaznosti na to, že k Rozhodnutí bylo přiloženo úplné znění Smlouvy, kde obsah čl. 12. odst. 12.3 odpovídá obsahu v Rozhodnutí chybně označeného čl. 12. odst. 12.2. Tuto písařskou chybu tak bylo zjevně možné překlénout.

b) K tvrzenému porušení ust. § 433 odst. 1 o.z.

16. Stěžovatel uvádí, že výše popsaným postupem Centrálního zadavatele mohlo dojít k porušení ust. § 433 odst. 1 o. z, podle něhož mj. *kdo jako podnikatel vystupuje vůči dalším osobám v hospodářském styku, nesmí (...) své hospodářské postavení zneužít 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, resp. jakkoli výhodnější hospodářské postavení Centrálního zadavatele. Centrální zadavatel nesouhlasí s tezí, že pouze z důvodu, že je to on, kdo vypisuje veřejnou zakázku a provádí výběr vítězných uchazečů, je v hospodářském styku s těmito uchazeči silnější stranou, resp. má vůči nim, jakkoliv výhodnější hospodářské postavení. 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.“¹

17. I kdyby však byla předmětná Smlouva hodnocena jako smlouva mezi slabší a silnější stranou, nebyly v žádném případě naplněny nezbytné podmínky dle ust. § 433 odst. 1 o. z., tedy zneužití postavení k dosažení zřejmé a nedůvodné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech stran.
18. Jako příklady, které údajně „na základě libovůle (Centrálního) (z)adavatele narušují již vztah v rámci DNS KIVS ve prospěch (Centrálního) (z)adavatele, resp. v neprospěch Stěžovatele a dodavatelů“, uvádí Stěžovatel navýšení smluvních pokut při nedodržení SLA dle 12.2. (resp. 11.2.) Smlouvy, doplnění smluvních pokut při nedodržení povinností dle 12.3. (resp. 11.3) Smlouvy a předávací řízení a s tím spojené smluvní pokuty pro případ prodlení se zřízením služeb. Tyto tři oblasti Stěžovatel uvádí též v souvislosti s tvrzeným porušením zásady přiměřenosti. Centrální zadavatel se k nim tedy detailně vyjádří v části nadepsané d) K tvrzenému porušení zásady přiměřenosti.
19. Stěžovatel dále uvádí, že Rozhodnutí o změně Smlouvy obsahuje v souvislosti s povinností zavést a předat společně všechny služby dle poptávkového listu „povinnost bradit smluvní pokutu nikoliv za jednu službu, ale za všechny služby dle poptávkového listu“ a dále Rozhodnutí obsahuje „doplnění dalších povinností (...), které jsou zcela nové a znamenají další náklady na práci na straně (...) dodavatelů“ a „(t)yto skutečnosti (...) mohou mít vliv na cenu veřejných zakázek, jelikož tyto nové náklady budou muset (...) dodavatelé promítnout do svých nabídkových cen.“ K tomu Centrální zadavatel uvádí, že **Stěžovateli ani ostatním poskytovatelům nikterak nebrání v tom, aby jím tvrzené nové náklady promítli do svých nabídkových cen.** Jak je uvedeno výše, Centrální zadavatel je oprávněn stanovovat zadávací podmínky při vypsání veřejných zakázek tak, aby vyhovovaly jeho potřebám a požadavku na efektivní správu veřejných financí, a podle zákona je povinen poptávat poskytovatele soutěžených služeb, který dokáže zadávací podmínky splnit, a to za co možná nejvýhodnější cenu. Primární podmínkou výběru poskytovatele tak je jeho schopnost splnit zadávací podmínky, až následně dochází k posouzení nabídkové ceny a výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Je-li pravdou, že aby byli poskytovatelé schopni plnit zadávací podmínky, budou muset navýšit nabídkovou cenu, pak Centrální zadavatel a Koncoví uživatelé budou muset vybírat nejnižší z takto navýšených nabídkových cen. Takový postup je zcela standardní, transparentní a nediskriminační. S ohledem na to, že poskytovatelé (jak tvrdí Stěžovatel) sice na plnění nově zakotvených povinností vynaloží více prostředků, avšak tyto promítnou do ceny za služby, nemůže Rozhodnutí v tomto směru zakládat nerovnováhu ve vzájemných právech a povinnostech stran Smlouvy, a tedy není v rozporu s ust. § 433 odst. 1 o. z.

¹ 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.

20. V této souvislosti Centrální zadavatel konstatuje, že navýšením nabídkových cen nedojde ani k porušení zásady hospodárnosti, neboť dojde-li k navýšení cen, bude to v návaznosti na nárůst kvality poskytovaných Služeb. Uvedený závěr potvrzuje i rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S1016/2014/VZ-2715/2015/532/KSt, podle kterého: „*Smyslem a cílem zákona (ZZVZ) je, aby zadavatelé vynakládaly (sic) veřejné finanční prostředky účelně a hospodárně. V šetřené veřejné zakázce v důsledku změny zadávacích podmínek dojde pravděpodobně k navýšení nabídkových cen. Tato situace je však v přímé souvislosti s tím, že zadavatel požaduje dodání takové technologie, která mu má zajistit vyšší míru dostupnosti požadovaných služeb. V takovém případě, pokud dojde k navýšení nabídkových cen, dojde i ke zkvalitnění poskytovaného plnění, které zadavatel potřebuje a dojde tedy i k účelnému vynaložení finančních prostředků.*“

c) K tvrzenému porušení zásady hospodárnosti

21. Stěžovatel výše uvedené skutečnosti spojuje též s údajným porušením zásady hospodárnosti ze strany Centrálního zadavatele. K tomu dále odkazuje na příklad prodlení poskytovatele se zavedením služeb, kdy v Rozhodnutí je nově explicitně vymezena povinnost zavést a předat společně všechny služby uvedené v jednom poptávkovém listu. K tomuto bodu se Stěžovatel dále vyjadřuje v samostatné části v závěru svých Námitkách, a Centrální zadavatel se tedy této problematice bude věnovat souhrnně v části e) nadepsané K „nové“ povinnosti současného zavedení a předání všech Služeb uvedených v jednom poptávkovém listu a ke smluvní pokutě dle čl. 12.1 (resp. čl. 11.1) Smlouvy („Smluvní pokuta č. 4“).

d) K tvrzenému porušení zásady přiměřenosti

a. Ke smluvní pokutě dle čl. 12.2 odst. 8 (resp. 11.2 odst. 8) Smlouvy („Smluvní pokuta č. 1“)

22. Stěžovatel uvádí, že Smluvní pokuta č. 1 je stanovena „*ve výši, která je zjevně nepřiměřená ve vztahu k ceně za poskytování služby, která se u doposud vysoutěžených služeb obvykle pohybuje v řádu stovek Kč měsíčně.*“
23. 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 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 pořizovaného plnění a už vůbec nemá vliv na možné škody vzniknuvší na straně zadavatele opožděnou dodávkou plnění, proto se nejeví vhodné v jejím světle výši smluvní pokuty komparovat. Přiměřenost či nepřiměřenost (dosahující intenzity excessu) 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.“

24. V souladu s výše citovaným rozhodnutím Centrální zadavatel uvádí, že **je třeba na 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“).
25. 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 případů 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, obracejí se svými legitimními požadavky, jimž v mnoha případech nikdo jiný než ten který Koncový uživatel není oprávněn ani schopen vyhovět.
26. 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.

27. 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.
28. Nadto pokud Stěžovatel poukazuje, že cena za poskytování Služby „*se u doposud vysoutěžených služeb obvykle pohybuje v řádu stovek Kč měsíčně*“, tak s touto argumentací nelze souhlasit. V zadávací dokumentaci DNS KIVS je **celkem 22** katalogových listů a pouze v menší části z nich lze hovořit o průměrné ceně za poskytování Služeb v řádu stovek měsíčně, a to pouze v případě paušálních plateb za hlasové Služby. Nad rámec výše uvedeného k paušálním platbám 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 řádech 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 Stěžovatelem uvedené stovky korun, 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 náklady za náhradní řešení, než jsou Služby opětovně poskytovatelem zprovozněny.
29. Konečně, Centrální zadavatel hodnotil také „**charakter**“ (viz rozhodnutí předsedy ÚOHS 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.

30. 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 nepřijatelnou 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.

31. 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.
32. Pokud Stěžovatel uvádí, že „*je standardem (...), že se smluvní pokuty za porušení kvality služby stanovují % z ceny služby*“, pak tomuto tvrzení nelze přisvědčit. S ohledem na výše popsanou jedinečnou povahu Služeb **není Centrálnímu zadavateli zřejmé, na základě čeho Stěžovatel vyvozuje, jaký postup je v případě stanovení smluvních pokut za nedodržení kritéria dostupnosti Služeb standardní.** Pokud Stěžovatel uvádí, že „*bylo tomu i doposud v rámci DNS KIVS*“, pak Centrální zadavatel odkazuje na shora provedené vysvětlení důvodů, které jej vedly ke změně tohoto pravidla, a vysvětlení oprávnění Centrálního zadavatele k takové změně přistoupit. S názorem Stěžovatele, že by se výše Smluvní pokuty č. 1 měla stanovovat procentem z ceny Služby, Centrální zadavatel nemůže souhlasit. Centrální zadavatel shora odůvodnil důležitost Služeb bez ohledu na jejich cenu, popsal, že ceny jednotlivých Služeb se významně liší, a dále vysvětlil potřebu odradit poskytovatele od porušování kritéria dostupnosti Služeb v rozsahu překračujícím 24 hodin za kalendářní měsíc. Centrální zadavatel je toho názoru, že stanovením Smluvní pokuty č. 1 jako procenta z ceny Služeb by nemuselo být dosaženo účelu, který Centrální zadavatel Smluvní pokutou č. 1 zamýšlí. Bylo by obtížné stanovit jednotné procento z ceny Služeb tak, aby Smluvní pokuta č. 1 plnila zamýšlený účel a současně nebyla příliš nízká (v případě nejlevnějších Služeb by např. i 200 % z ceny činilo např. 500,- Kč, kdy potenciál donutit poskytovatele k plnění smluvních závazků je nízký), nebo naopak příliš vysoká (v případě nejdražších Služeb by naopak 200 % z ceny mohlo dosáhnout až 10 000,- Kč, což by mohlo být považováno za neproporcionální). Centrální zadavatel s proto přistoupil ke stanovení jednotné částky Smluvní pokuty č. 1, kterou považuje adekvátní specifické důležitosti Služeb a újmě, která může nastat v případě jejich delší nefunkčnosti.

b. Ke smluvní pokutě dle čl. 12.3 (i) a (ii) (resp. 11.3 (i) a (ii)) Smlouvy („Smluvní pokuta č. 2“ a Smluvní pokuta č. 3“)

33. Stěžovatel považuje za nepřiměřené k zajišťované povinnosti též smluvní pokuty ve výši 500,- Kč za nedodržení požadavků vyplývajících z čl. 12.3 (i) a (ii) (resp. 11.3 (i) a (ii)) Smlouvy, „*protože obojí se vztahuje k tomu, že se může udělat chyba ve fakturaci, např., že se vynechá některý z údajů, které nově, nepřiměřeně, přenesl (Centrální) (z)adavatel na Stěžovatele a ostatní dodavatele.*“ Podle Stěžovatele je nepřiměřené, aby poskytovatelé hradili smluvní pokutu za „*banální chybu či neexistující označení služby*

na faktuře, byť z jiných informací na faktuře je zcela zjevné, o jakou službu se jedná, kterému koncovému uživateli je poskytována, a případně další nezbytné informace pro identifikaci služby a koncového uživatele“.

34. Povinnosti, které Centrální zadavatel sankcionuje prostřednictvím Smluvních pokut č. 2 a č. 3, tj. povinnosti dle čl. 3.9 a čl. 3.10 Smlouvy, spočívají v dodržení náležitostí daňového dokladu (jež plyne přímo ze zákona) a dodržení jeho obsahu, tedy podrobného rozpisu Služeb včetně označení čísla jednacímho Smlouvy, včetně náležité identifikace Služby prostřednictvím KIVS ID, lokalizace a kapacity Služby dle Poptávkového listu, dále paušální platby, instalačního poplatku, případného hovorného, a dalších smluvně stanovených náležitostí ze strany poskytovatelů v rámci provádění fakturace. Dále je stanoven zákaz zaokrouhlovat cenu za Služby poskytované poskytovatelem Koncovému uživateli v rámci daňového dokladu a konečně jde o povinnost k první vystavené faktuře za poskytované Služby připojit kopii Předávacího protokolu, dle vzoru v Příloze č. 5 Smlouvy.
35. Centrální zadavatel nemůže souhlasit s tvrzením Stěžovatele, že nedodržení výše uvedených povinností, je „*banální chybou*“. Centrální zadavatel konstatuje, že co se Stěžovateli jeví jako „*banální chyba*“, představuje pro Centrálního zadavatele i Koncové uživatele podstatné porušení smluvních povinností ze strany poskytovatele Služeb, neboť s sebou nese nadbytečnou administrativní zátěž a ne hospodárné 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 neřídka 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 neřídka faktury označují prostřednictvím svých interních označení, kdy však takto označené služby neodpovídají oficiálnímu označení Služby dle poptávkového listu. Není pravdou, jak uvádí Stěžovatel, že „*z jiných informací na faktuře je zcela zjevné, o jakou službu se jedná, kterému koncovému uživateli je poskytována, a případně další nezbytné informace pro identifikaci služby a koncového uživatele.*“ Koncoví uživatelé odebírají zpravidla více druhů Služeb a neřídka je v jednom místě shodnému Koncovému uživateli poskytováno několik rozdílných Služeb najednou, proto nelze Služby bez dalšího jednoduše propojit s fakturami a dalšími podklady dle osoby Koncového uživatele či místa poskytování Služeb. Z jakých „*jiných informací*“ má být „*zcela zjevné*“, o jakou Službu se v daném konkrétním případě jedná, není Centrálnímu zadavateli známo a ani Stěžovatel toto neuvádí.
36. K tvrzení Stěžovatele, že „(p)rostě asi některé své existující problémy týkající se nejasností při organizaci fakturace přenesl (Centrální) (z)adavatel na Stěžovatele a ostatní dodavatele“, Centrální zadavatel uvádí, že tyto „*existující problémy*“ Centrálního zadavatele pramení toliko z porušování Smlouvy ze strany poskytovatelů. **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 nepřenáší „*své problémy*“ na poskytovatele, ale toliko reaguje na negativní zkušenosti s poskytovateli Služeb spočívající v pravidelném označování Služeb v rozporu s uzavřenými smlouvami a zavádí instituty za účelem tuto neblahou praxi poskytovatelů eliminovat.

37. **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. Mezi takové poskytovatele patří taktéž Stěžovatel.** S ohledem na to, že však Stěžovatel hovoří o nepřiměřenosti Smluvních pokut č. 2 a č. 3 též ve vztahu k „*ostatním dodavatelům*“, Centrální zadavatel konstatuje, že mezi poskytovatele, kteří již nyní plní výše uvedené povinnosti, patří též poskytovatelé 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 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.
38. **K požadovanému označování Služeb prostřednictvím KIVS ID Centrální zadavatel dále uvádí, že používání KIVS ID je nejpřehlednějším a nejpraktičtějším způsobem označování Služeb tak, aby bylo vždy zřejmé, o jakou Službu se jedná, všem (budoucím) stranám Smlouvy po celou dobu poskytování Služby i v průběhu kontraktačního procesu.** KIVS ID je automaticky vygenerováno systémem a přiděleno ke každé Službě v rámci portálu KIVS vždy při zadání požadavku na Službu definovanou katalogovým listem ze strany pověřujícího zadavatele. **Toto KIVS ID je pak uváděno ve veškerých dokumentech a systémech vydávaných a zpracovávaných Centrálním zadavatelem a Koncovými uživateli.** 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 zadavatel“)* 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.

39. **V této souvislosti Centrální zadavatel konstatuje, že označování Služeb pomocí KIVS ID a dalšími v čl. 3.9 a 3.10 vymezenými náležitostmi je shodným způsobem nastaveno již od počátku existence portálu KIVS, tedy od roku 2012.** *Není pravdou tvrzení Stěžovatele, že se jedná o „zcela nové povinnosti“, tyto povinnosti jsou pouze nově zdůrazněny a utvrzeny smluvními pokutami. Poskytovatelé 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 po celou dobu ji plnil. S ohledem na to, že však v posledním roce dochází u některých poskytovatelů k častému porušování této povinnosti, Centrálnímu zadavateli nezbývá než plnění této povinnosti opětovně zajistit, a to prostřednictvím Smluvní pokuty č. 2 a č. 3.*
40. **Další povinnosti utvrzené Smluvní pokutou č. 2 a č. 3** vyplývají přímo z právních předpisů (náležitosti daňového dokladu) nebo z povahy věci. Je zřejmé, že za účelem řádného hrazení Služeb je třeba, aby fakturace obsahovala jejich podrobný rozpis a rozpis částek, ze které se konečná požadovaná částka skládá. Zákaz zaokrouhlovat cenu za Služby vyplývá z požadavku na transparentnost a hospodárnost činnosti orgánů veřejné správy, a tedy nezbytnost hradit pouze skutečnou cenu, přesně odpovídající vysoutěžené částce u každé dílčí veřejné zakázky a poskytnutému množství Služeb. Povinnost k první vystavené faktuře za poskytované Služby připojit kopii Předávacího protokolu pak souvisí s požadavkem na přesné určení doby počátku poskytování Služeb. **Všechny tyto povinnosti byly ve Smlouvě explicitně zakotveny již před přijetím Rozhodnutí. Jejich utvrzení smluvními pokutami vyplývá z požadavků Koncových uživatelů v návaznosti na časté porušování těchto povinností ze strany poskytovatelů a na nadbytečné náklady, které v souvislosti s tímto porušováním Koncovým uživatelům vznikají**
41. **Co se týče charakteru Smluvní pokuty č. 2 a č. 3** (viz rozhodnutí předsedy ÚOHS 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 porušování těchto povinností ze strany poskytovatelů, avšak již by mohla prostřednictvím své preventivní funkce působit na poskytovatele v tom smyslu, aby do budoucna své smluvní povinnosti plnili.** Obecně ve vztahu ke Službám platí, že jejich měsíční ceny jsou řádově vyšší než Smluvní pokuta č. 2 a č. 3. K tomu Centrální zadavatel odkazuje na bod 28 tohoto Rozhodnutí.

42. **Centrální zadavatel je přesvědčen, že výše Smluvní pokuty č. 2 a č. 3 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 nepřípustná, 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.
43. **Stěžovatel v souvislosti s údajně nepřiměřenou výší Smluvních Pokut odkázal na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „ÚOHS“) ze č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/ESt, z nějž 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. Není-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.“** a dále, již bez citace, odkázal na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-24075/2017/Mži, ve kterém je toto stanoveno obdobně.
44. Centrální zadavatel k tomu uvádí, že se ztotožňuje se Stěžovatelem citovaným rozhodnutím. Centrální zadavatel však považuje za důležité zdůraznit 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 odstavce 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, ubrazovací, ale i sankční. Utvrzovací funkcí smluvní pokuty se pak rozumí zvyšování právní jistoty věřitele, že smlouvená povinnost bude splněna [neboť dlužník je brožbou další povinnosti (povinnosti ke sankčnímu plnění) více motivován ke splnění prvotní 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.
45. **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 toliko² 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 z jeho argumentace lze usuzovat, že tuto vůbec nevzal v potaz. Stěžovatel nadto nemá a ani nemůže mít dostatek informací o tom, zda a případně v jakém rozsahu dochází ze strany poskytovatelů k porušování smluvních povinností. Stěžovatel bez dalšího uzavřel, že Smluvní pokuta č. 1 je několikanásobně vyšší než měsíční cena za poskytované Služby (avšak 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 že „*rázem (...) může výše smluvní pokuty (č. 2 a č. 3) přesáhnout úhradu zadavatele za poskytnutí služby*“, a proto jsou Smluvní pokuty excesivní a diskriminační. Takový závěr je však v příkrém rozporu s konstantní judikaturou ÚOHS i soudů (kromě citovaných rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/Est a č. j. ÚOHS-S0591/2016/VZ-24075/2017/Mži také např. rozhodnutí předsedy ÚOHS č. j. ÚOHS-V0106/2017/VZ-17007/2017/323/KKř) a zajisté též v příkrém rozporu s funkcemi Smluvních pokut v předmětném případě, tedy zejména s funkcí preventivní a utvrzovací.

46. 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 pokuty č. 2 a č. 3), existence sankce nižší (Smluvní pokuta č. 1) či nedostatečně explicitní úpravy okamžiku Doby zavedení Služby a smluvní pokuty s tím související (Smluvní pokuta č. 4), 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, a tou je smluvní pokuta adresovaná poskytovateli při neplnění jeho povinností spočívající v poskytování těchto Služeb.
47. 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*

² 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.

*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.“*³ Jak je již uvedeno výše, Centrální zadavatel v souladu s rozhodnutím předsedy ÚOHS 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.“**

48. Jak uvedl ÚOHS např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0372/2018/VZ-31074/2018/533/HKu: **„Z pohledu dodržení zásady přiměřenosti tak obстоjí 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.“** 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.**

49. V této souvislosti Stěžovatel opět zmiňuje svůj názor, že se výše uvedeným postupem Centrální zadavatel dostává do rozporu s ustanovením § 433 o. z. a dále odkazuje na přechozí kapitolu. Centrální zadavatel tedy k této věci shodně jako Stěžovatel odkazuje na své závěry provedené v části b) nadepsané K tvrzenému porušení ust. § 433 odst. 1 o.z.

- e) **K „nové“ povinnosti současného zavedení a předání všech Služeb uvedených v jednom poptávkovém listu a ke smluvní pokutě dle čl. 12.1 (resp. čl. 11.1) Smlouvy („Smluvní pokuta č. 4“)**

³ HULMÁK a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721-2054). Praha: C.H. Beck, 2014. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-535-0, s. 1290 – 1295.

50. **Centrální zadavatel předně uvádí, že povinnost zavést a předat společně všechny Služby zahrnuté v jednom poptávkovém listu není v žádném případě nová.** Není pravdou, že „*původní znění Smluv KIVS vycházelo z toho, že lze předávat jednotlivé služby dle příslušného poptávkového listu samostatně*“. Nic takového ve Smlouvě před přijetím Rozhodnutí nikdy uvedeno nebylo a z ničeho ani nevyplývalo. Povinnost předávat všechny Služby obsažené v jednom poptávkovém listu je sice až Rozhodnutím vymezena explicitně, nicméně tato vyplývá ze samotné logiky věci.
51. Každá veřejná zakázka je vypsána na určitý soubor Služeb, který je vymezen v konkrétním poptávkovém listu, jež je součástí zadávací dokumentace. Účastníci zadávacího řízení soutěží o poskytování vždy celého souboru všech Služeb takto obsažených v poptávkovém listu, nikoli samostatně o poskytování jedné nebo několika Služeb z tohoto souboru. Účastníci zadávacího řízení pro celý tento soubor Služeb též stanovují nabídkovou cenu. Vítěz zadávacího řízení má pak povinnost k jednomu smluvenému datu předat celý tento soubor Služeb a celý tento soubor Služeb poskytovat po celou dobu trvání Smlouvy. Veškerá smluvně upravená práva a povinnosti smluvních stran (vyhrazené změny ad.) se pak váží vždy k celé veřejné zakázce, tedy k celým poptávkovým listům a všem Službám v nich obsažených, nikoliv k jednotlivým takovým Službám. Má-li Koncový uživatel zájem samostatně smluvně upravit podmínky pouze pro jednu Službu, nikoliv pro celý soubor Služeb, pak má možnost v poptávkovém listu vymezit pouze tuto jednu Službu a následně uzavřít Smlouvu pro tento poptávkový list, tj. pouze pro tuto jednu Službu v něm vymezenou. Je-li však v poptávkovém listu vymezeno Služeb více, pak „objednávka“ Koncového uživatele tvoří jeden celek a datum předání této „objednávky“ je počítáno ke dni předání této objednávky v plném rozsahu.
52. Pokud Stěžovatel poukazuje na nadbytečné náklady, které by v této souvislosti mohly vzniknout i na straně Koncových uživatelů, a na situace, které by mohly v této souvislosti nastat a které dle Stěžovatele „*nejsou v pořádku*“, pak Centrální zadavatel předně připomíná, že tyto tvrzené nadbytečné náklady a problémové situace nastávají jako důsledek porušení smluvní povinnosti ze strany poskytovatelů, nikoliv z důvodu jakéhokoli pochybení Centrálního zadavatele nebo Koncových uživatelů. S ohledem na to, že (jak je uvedeno výše), předmětná povinnost společného předání všech Služeb zahrnutých v poptávkovém listu platí již v současnosti, ke Stěžovatelem popsáním situacím může docházet (a jistě v řadě případů) dochází již nyní. **Centrální zadavatel proto v této souvislosti poukazuje na čl. 5.5 Smlouvy, který výslovně umožňuje poskytovateli a Koncovému uživateli sjednat si tzv. individuální harmonogram,** jenž má přednost před tzv. „Dobou zavedení Služby“ dle zadávacích podmínek či dle Smlouvy. Individuální harmonogram stejně jako doposud řeší Stěžovatelem nastíněné situace a pro jeho sjednání neexistuje žádné časové omezení. Dále je třeba poukázat na čl. 5.1 Smlouvy, kde jsou uvedeny případy, kdy nebudou pro poskytovatele nepříznivé hodnoty nedodržení Doby zavedení Služby 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. Konečně Centrální zadavatel připomíná, že Doba zavedení služby také neběží v případě, že k zahájení poskytování Služby Koncový uživatel neposkytl součinnost.

53. **Jak již bylo řečeno, výše uvedené „nové“ smluvní podmínky ve skutečnosti toliko explicitně vyjadřují pravidla, která již byla platná před přijetím Rozhodnutí. Z tohoto pohledu tedy nelze v této souvislosti hovořit o porušení zásady transparentnosti.**
54. *Nepřiměřenost Smluvní pokuty č. 4 spatřuje Stěžovatel v tom, že „v případě prodloužení s jednou službou dle poptávkového listu budou (...) dodavatelé hradit smluvní pokuty za všechny služby dle stejného poptávkového listu, protože nově je (Centrálním) (z)adavatelem stanoveno, že služby dle příslušného poptávkového listu se mají předávat společně, nikoliv jednotlivě, jak bylo stanoveno původně v zadávacích podmínkách, tedy kdy bylo možné předat 9 služeb z 10 z poptávkového listu, a s jednou být v prodloužení a ubravit smluvní pokutu pouze za tuto jednu službu v prodloužení.“*
55. Ke skutečnosti, že povinnost předat všechny Služby zahrnuté v jednom poptávkovém listu společně není novou povinností, se již Centrální vyjádřil výše. Obdobně, napadané **smluvní pokuty za nedodržení ukazatele „Doba zavedení Služby“ existovaly již před přijetím Rozhodnutí a samotný článek 12.1 (resp. 11.1.) Smlouvy zůstal Rozhodnutím nedotčen.** Centrální zadavatel se však přesto vyjádří k tvrzení Stěžovatele, že je neproporcionální „nová“ povinnost poskytovatelů hradit sankce za opožděné zprovoznění všech Služeb obsažených v jednom poptávkovém listu, když poskytovatel není schopen včas zprovoznit nikoli všechny, ale pouze některé z nich.
56. **Je-li stanovena smluvní pokuta za opožděné zprovoznění všech Služeb, byť poskytovatel by některé třeba byl schopen zprovoznit v řádném termínu, pak toto má své opodstatnění.** Kdyby totiž byla připuštěna praxe, kdy je každá jednotlivá Služba z poptávkového listu zavedena k jinému datu, pak by také doba trvání Smlouvy končila v případě každé jednotlivé Služby k jinému datu. Jednotlivé Služby by pak bylo třeba také „přesoutěžit“ k těmto rozdílným datům, a tedy k těmto rozdílným datům vystavit nové samostatné poptávkové listy na nové samostatné veřejné zakázky. **Pro každou takto nově vymezenou samostatnou Službu by bylo třeba vypsát samostatné zadávací řízení, provést elektronickou aukci a veškeré další související úkoly Centrálního zadavatele. Všechny tyto uvedené kroky vyžadují zapojení několika pracovníků Centrálního zadavatele a Koncového uživatele a nemalé časové a administrativní náklady.**
57. K praxi popsané v předchozím odstavci již nyní následkem benevolence Koncových uživatelů nezdědka dochází. Koncoví uživatelé, ve snaze zachovat dobré obchodní vztahy, vycházeli poskytovatelům často vstříc a umožňovali jim zprovoznovat jednotlivé Služby obsažené v poptávkových listech samostatně, a to leckdy aniž by byl sjednán individuální harmonogram. Jak vyplývá z výše uvedeného, na takový postup Koncových uživatelů neexistuje ze strany poskytovatelů žádný nárok. Zkušenosti ukazují, že tento vstřícný postoj Koncových uživatelů vede ke znatelnému nárůstu administrativních nákladů na straně Koncových uživatelů v souvislosti se sledováním počátku a konce doby poskytování Služeb nejen jako celku v rámci poptávkových listů, ale pro každou Službu jednotlivě. Dále je s ním spojeno masívní navýšení počtu poptávkových listů a počtu vypisovaných veřejných zakázek na „přesoutěžované Služby“, což opět vede k nárůstu nákladů na straně Koncových uživatelů a Centrálního zadavatele.

58. Jak již bylo uvedeno, Poskytovatel neuzavírá Smlouvu na poskytování jednotlivých Služeb samostatně, ale všech Služeb dle příslušného poptávkového listu. Smlouva je řádně plněna až od okamžiku, kdy jsou v provozu všechny tyto Služby. **Pokud je s prodloužením s plněním Smlouvy spojena pokuta, tak tato zajiště může být odstupňována dle počtu Služeb obsažených v tom kterém poptávkovém listu.** Je zřejmé, že opožděné zprovoznění byť jedné Služby z poptávkového listu způsobuje Koncovým uživatelům i Centrálnímu zadavateli shora popsané obtíže a vícenáklady. Tyto obtíže a vícenáklady se jistě budou lišit v případě, že poptávkový list obsahuje pouze dvě Služby, z nichž jedna je dodána opožděně, a v případě, že poptávkový list obsahuje takových Služeb desítky, které na sebe vzájemně navazují, a každá z nich je dodána k jinému datu. **Je zřejmé, že obtíže a vícenáklady ve druhém případě budou vyšší než v případě prvním.** Proto v povinnosti hradit Smluvní pokutu č. 4 za pozdní zprovoznění všech Služeb dle poptávkového listu i v případě, že některé tyto Služby by poskytovatel mohl zprovoznit včas, **i s ohledem na další výše uvedené okolnosti (zkušenosti Koncových uživatelů, výjimky z postihu nedodržení Doby zavedení Služby, stavení doby zavedení Služby, možnost individuálního harmonogramu), je nezbytné uzavřít, že ani v tomto případě nedošlo k porušení principu proporcionality.**
59. **Na závěr Centrální zadavatel konstatuje, že v této souvislosti nebyla porušena ani zásada hospodárnosti.** Pokud Stěžovatel uvádí, že na straně Koncových uživatelů může následkem této „nové“ povinnosti dojít k navýšení nákladů, pak předně se nejedná o novou povinnost, a tedy shodný závěr o navýšení nákladů Koncových uživatelů v případě dodržování této povinnosti poskytovateli by měl platit již na dnešní situaci. Zadruhé, Stěžovatel vůbec nevzal do úvahy související administrativní náklady Koncových uživatelů a Centrálního zadavatele, které se projeví zejména v souvislosti s evidencí a „přesoutěžováním“ jednotlivých, postupně zaváděných Služeb, které by vůbec nevznikly, kdyby byly všechny Služby dle poptávkového listu předány společně tak, jak je to vymezeno ve Smlouvě. **Centrální zadavatel je přesvědčen, že případné náklady na straně Koncových uživatelů, které (již nyní) mohou vzniknout v důsledku dodržování smluvních podmínek, jsou nižší než náklady, které (také již nyní) vznikají v důsledku jejich porušování.** K porušení zásady hospodárnosti tak nedochází.

II. K navrhovaným nápravným opatřením

60. Centrální zadavatel v reakci na nápravná opatření navrhovaná Stěžovatelem sděluje, že s ohledem na výše uvedené **neshledal žádný důvod pro jejich 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 zrušení Rozhodnutí ani pro vypuštění smluvních pokut stanovených v čl. 12.2. odst. 8 a odst. 12.3 (i) a (ii) přílohy č. 4 „Základní obchodní podmínky pro 1. část DNS“, resp. v čl. 11.2 odst. 8 a odst. 11.3 (i) a (ii) přílohy č. 5 „Základní obchodní podmínky pro 2. část DNS“, jakož i povinnosti předávat všechny služby dle jednoho poptávkového listu společně v jeden termín, neboť tyto smluvní pokuty a povinnosti považuje za přiměřené, nediskriminační,

nevytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a jako takové za zákonné.

Z á v ě r :

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.

P o u č e n í :

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**