

**Předsedovi Úřadu  
pro ochranu hospodářské soutěže**

**prostřednictvím**

**Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže –  
sekce veřejných zakázek  
Třída kpt. Jaroše 7  
604 55 Brno**

**ke sp.zn.: ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe**

č.j.:KP/2345/2012

**Zadavatel:** **Statutární město České Budějovice**  
Nám. Přemysla Otakara II. č. 1, 2  
370 92 České Budějovice  
IČ: 00244732  
primátor: Mgr. Juraj Thoma

(dále jen „Zadavatel“)

## **Rozklad**

**proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**

**č.j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe ze dne 25.9.2012**

## I.

Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.9.2012, č.j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe bylo rozhodnuto, že Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), když dle citovaného rozhodnutí se měl Zadavatel tohoto správního deliktu dopustit tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když veřejnou zakázku „Outsourcing serverové farmy“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž dle předmětného rozhodnutí byly splněny podmínky stanovené v § 23 ZVZ, přičemž uvedený postup Zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem – BIT SERVIS spol. s r.o., se sídlem Praha 4, Libušská 144/252, PSČ 142 00, IČ: 45793972 (dále jen „BIT SERVIS“), uzavřel Zadavatel dne 13.11.2007 smlouvu č. 2007000422 na plnění této veřejné zakázky.

Dále se Zadavatel měl dle citovaného rozhodnutí dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že uzavřel dne 15.6.2010 dodatek č. 2 ke smlouvě č. 2007000422 na plnění veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“, aniž by dle předmětného rozhodnutí dodržel postup stanovený v § 21 ZVZ ve spojení s § 6 ZVZ a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup dle citovaného rozhodnutí mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Za spáchání výše uvedených správních deliktů byla Zadavateli uložena pokuta ve výši 1.300.000,-Kč.

Uvedené rozhodnutí bylo Zadavateli doručeno dne 26.9.2012.

Zadavatel proti výše citovanému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 25.9.2012, č.j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe podává v zákonné 15-denní lhůtě tento

## r o z k l a d,

kterým napadá citované rozhodnutí v celém jeho rozsahu (tj. do všech jeho výroků), a to pro nesprávnost rozhodnutí a řízení, které mu předcházelo, jakož i pro rozpor s právními předpisy.

## II.

Zadavatel jím podaný rozklad odůvodňuje následujícím způsobem.

Zadavatel v první řadě uvádí, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) se při svém rozhodování zcela nedostatečně vypořádal s tvrzeními Zadavatele týkajícími se důvodnosti zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a dále že, provedené důkazy, resp. skutečnosti, které tyto důkazy prokazují, nekorespondují v mnohých ohledech se závěry rozhodnutí. Dále má Zadavatel za to, že Úřad v rozporu s ust. § 50 odst. 3 zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SR“), nezjišťoval všechny rozhodné okolnosti svědčící rovněž ve prospěch Zadavatele.

Zadavatel předně konstatuje, že ve svých vyjádřeních adresovaných Úřadu konstantně uvádí, že podmínky pro zadání předmětné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byly v daném případě (tedy v případě zadání veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“) zcela naplněny. Nelze se tak ztotožnit se závěry Úřadu, který uvádí, že tyto podmínky splněny

nebyly. Zadavatel v této souvislosti v plném rozsahu odkazuje na svá předchozí vyjádření (tedy zejména na vyjádření ze dne 28.12.2011 a ze dne 31.1.2012, jež byla doručena Úřadu), a doplňuje navíc s ohledem na obsah odůvodnění výše citovaného rozhodnutí Úřadu následující skutečnosti.

Z ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ zcela jednoznačně vyplývá, že Zadavatel je oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, pokud může být veřejná zakázka splněna z technických důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým zadavatelem.

Nejzásadnější otázkou, která byla při rozhodování Zadavatele o použití zadávacího řízení veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“ řešena, bylo poskytování servisních služeb. Tato otázka byla jádrem řešení otázky informačních systémů Zadavatele. **Právě poskytování servisních služeb tvoří elementární základ fungování IT systému Zadavatele a poskytování těchto služeb bylo rozhodujícím, nejzásadnějším a nejpodstatnějším hlediskem pro zadávání předmětné veřejné zakázky.** Je nezbytné podotknout, že servisními službami jsou přitom v daném případě míněny komplexní služby v rámci outsourcingu, tedy veškerá nastavení, správa virtuálního prostředí serverů a úložišť, správa poštovního serveru, správa zálohování, správa core aktivních prvků sítě, kontrolní funkce, návrhy a optimalizace, konfigurace, průběžné aktualizace, vyhodnocování potenciálních hrozeb a bezpečnostních incidentů a tak podobně, nevyjímaje ani servisní služby dle standardního chápání – vše v rozsahu specifikovaném v kapitole 4 přílohy č. 1 smlouvy č. 2007000422.

Jak již uváděl Zadavatel ve svých předchozích vyjádřeních, společnost **BIT SERVIS** vykonávala pro Zadavatele servisní služby v oblasti IT technologií a IT systémů již od roku 1999. Za uvedené období se velmi detailně a důkladně seznámila s počítačovým prostředím Zadavatele a **nabyla tak zcela jedinečné know-how IT prostředí Zadavatele, kterým nedisponoval ani nemohl disponovat žádný jiný subjekt.** S ohledem na tuto znalost byla jako jediná schopna neprodleně a adekvátně reagovat na jakýkoli případný problém, který u Zadavatele eventuálně nastal. Tím společnost BIT SERVIS získala takové know-how, které měla výlučně ona sama a které **nebylo přenositelné na žádný jiný subjekt.** Znalost IT prostředí Zadavatele byla zcela jedinečná. Právě s ohledem na tuto skutečnost mohla být předmětná veřejná zakázka zadána pouze jedinému dodavateli, a to konkrétně společnosti BIT SERVIS, jelikož pouze jmenovaná společnost tímto know-how disponovala. **Know-how je beze vší pochybnosti právě oním technickým důvodem a současně i důvodem spadajícím pod ochranu výhradních práv, pro které je možno zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ jedinému dodavateli.**

**Právě toto know-how IT prostředí Zadavatele, které zcela nepochybně naplňuje onen technický důvod a současně důvod plynoucí z ochrany výhradních práv, oba uvedené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, jímž však disponovala výlučně společnost BIT SERVIS a které bylo tím nejzásadnějším a nejpodstatnějším aspektem, na němž měl být vybudován celý IT systém Zadavatele, (když, jak je uvedeno dále, poskytnutí hardware a software zařízení bylo z důvodů níže uvedených až otázkou navazující), vedlo Zadavatele ke zcela nezpochybnitelnému a výlučnému závěru, že právě z těchto důvodů lze zadat předmětnou veřejnou zakázku pouze společnosti BIT SERVIS, neboť je jediným subjektem, který může tuto zakázku právě s ohledem na své know-how vykonávat.**

Zadavatel v této souvislosti znovu v plném rozsahu odkazuje na svá vyjádření zaslaná Úřadu, kde detailně vypočítává důvody, pro které bylo možné zadat tuto veřejné zakázku formou jednacního řízení bez uveřejnění pouze společnosti BIT SERVIS (viz zejména strana 5. a 6. vyjádření Zadavatele ze dne 28.12.2011, jakož i skutečnosti uvedené ve vyjádření Zadavatele ze dne 31.1.2012), když tyto důvody korespondují právě s obsahem know-how, jímž disponuje výlučně společnost BIT SERVIS, a které je zcela nepřenositelné na jiný subjekt. Zadavatel má za to, že s okolnostmi, které v předmětném vyjádření uvádí, se Úřad v rozporu s ust. § 50 odst. 3 SŘ při svém rozhodování dostatečně nezabýval, nebral k nim zřetel a pouze zcela obecně – bez dostatečného odůvodnění – uvedl, že těmito tvrzeními nebyly požadavky uvedené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ objektivně a fakticky naplněny. Rovněž bezdůvodně odmítl skutečnosti prokazované závěry posudku zpracovaného společností BDO IT a.s., kde dle názoru Úřadu nejsou uvedeny žádné konkrétní závěry, které by se vztahovaly právě k Zadavateli. Zadavatel se s tímto závěrem Úřadu neztotožňuje. Naopak má za to, že závěry předmětného posudku prokazují jeho tvrzení o tom, že jediným subjektem, kterému mohla být předmětná veřejná zakázka zadána, byla právě společnost BIT SERVIS.

Úřad tak při svém rozhodování v rozporu s ust. § 50 odst. 3 SŘ zcela bezdůvodně opominul, resp. nezjišťoval skutečnosti, které svědčí ve prospěch Zadavatele, aniž dostatečně odůvodnil, proč tak učinil.

V souvislosti s výše uvedenými skutečnostmi pak Zadavatel považuje za nutné odkázat na velmi příkladný příměr. V nedávné době byl zaveden do provozu nový IT systém centrálního registru vozidel. Jednalo se o zcela nový systém, kdy byl nahrazen fungující systém dosavadního registru vozidel. Tato záměna vedla k zásadním výpadkům celého systému, který nebyl schopen vůbec fungovat, data v systémech se buď neobjevovala vůbec či se zdvojovala, systém opakovaně vykazoval chyby, jednotlivé části systému spolu nekomunikovaly. Systém, byť od jeho zavedení uplynulo již více jak 4 měsíce, stále vykazuje zásadní problémy, chyby, jakož i tisíce chybných údajů, které bude nezbytné odstraňovat či napravovat mnoho měsíců, ba dokonce let. Tento systém je velmi nepružný, pomalý a disfunkční. Důvodem, proč tomu tak je, je změna dodavatele předmětného systému, kdy nově uvedený systém dodává a služby v této souvislosti poskytuje nový subjekt, který předtím neznal IT prostředí centrálního registru vozidel a který nedisponoval právě oním know-how, kterým však disponoval jeho předchůdce.

Obdobným příkladem může být nahrazení původního systému výplaty sociálních dávek, novým systémem od 1.1.2012, který zpočátku téměř ochromil výplatu podpory sociálně slabým skupinám obyvatel a byl tak pomalý, že pracovnice úřadu práce musely zůstat v zaměstnání přesčas, aby stihly do systému zadat odpovídající údaje. Systém dodnes nedosahuje rychlosti systému původního dodavatele. Nový systém na počátku vykazoval kritické chyby, kdy údaje zadané jeden den v systému následující den nebyly nalezeny, nebo byly pozměněny, nefungovaly tisky apod. Zcela aktuální informace je, že opět neproběhly v měsíci září výplaty dávek ve správném termínu všem žadatelům.

Pro srovnání Zadavatel uvádí, že jeho IT prostředí obsahuje přibližně **8 systémů, srovnatelných svým rozsahem a obsahem se systémem centrálního registru vozidel** a dalších cca 20 menších agendových systémů. Smyslem postupu Zadavatele při zadávání výše specifikované veřejné zakázky přitom od samého počátku byla snaha vyloučit možnost podobného průběhu, jaký měla změna dodavatele u systémů zmíněných v předchozích odstavcích.

V podstatě se tak prokazuje tvrzení Zadavatele, že pokud by jeho IT prostředí začal spravovat zcela nový subjekt bez odpovídajícího know-how, které ale nemá a nemůže mít ani nikdo jiný než společnost BIT SERVIS, je zcela nepochybné – s ohledem na složitost celého jeho IT systému, že by Zadavateli nastaly podstatně větší komplikace, než nastaly v případě centrálního registru vozidel, a to by i došlo k velmi přesné specifikaci IT prostředí v rámci zadávacího řízení (tato specifikace však s ohledem na charakter a specifika počítačové oblasti a rozsáhlosti, komplikovanosti a vzájemné provázanosti IT systému Zadavatele nemůže být nikdy dostatečná – jedná se o komplexní a velmi složitou kombinaci různých SW a HW komponent od různých výrobců, jež ani není možné předem do všech detailů definovat a vyhnout se tak předem rizikům komplikací) a byt' by se případný uchazeč mohl rovněž s IT prostředím Zadavatele předem seznámit (v této souvislosti je však nutné konstatovat, že se nikdy uchazeč nemůže seznámit s IT prostředím Zadavatele tak detailně, aby byl schopen adekvátně postihnout všechny případné komplikace, které by mohly nastat – tato znalost se totiž nabývá roky a je podložena stovkami hodin podrobné analytické práce. Je tudíž naprosto nereálné, že by tuto znalost mohl uchazeč nabýt při jednorázovém či i opakovaném seznámení se s tímto prostředím před podáním své nabídky v rámci zadávacího řízení). Jakékoliv vážnější provozní komplikace by fakticky znemožnily výkon veřejné správy Zadavatele a plnění jeho úkolů daných zákonem jak v rámci státní správy, tak v rámci samosprávy. Následky tím způsobené by tak byly nezměrné.

Jak uvádí Zadavatel výše, jediným a zásadním důvodem, proč bylo možné v roce 2007 zadat předmětnou veřejnou zakázku výlučně jednomu Zadavateli, a to společnosti BIT SERVIS, bylo poskytování servisních služeb, jelikož pouze jmenovaná společnost měla a dosud má jako jediná know-how ve věci počítačového prostředí Zadavatele.

Je však nutno konstatovat, že nelze od sebe oddělit poskytování servisních služeb a poskytnutí hardware a software zařízení, bez ohledu na to, zda hardware a software zařízení je předmětem nájmu či předmětem prodeje. Důvod, proč tomu tak je, je následující. Společnost, která poskytuje servisní služby, využívá pochopitelně své znalosti a zkušenosti v oblasti hardware a software a na základě dlouhodobých zkušeností je jí známo, jak která konkrétní zařízení navzájem optimálně spolupracují z pohledu funkčního celku. Tato společnost nese na základě smlouvy odpovědnost za to, že celý systém řádně funguje, je proto nezbytné, aby měla plnou kontrolu nad dodávkami HW a SW, jejichž prostřednictvím je chod celého systému zajištěn. Pokud by tomu tak nebylo, a společnost poskytující služby by pouze měla definovat, jaký hardware a software požaduje, a tento by pak poskytl jiný subjekt, když současně je nutno respektovat zásadu, že nelze při zadávání veřejných zakázek označit konkrétní značku či výrobek hardware a software zařízení, je vzhledem ke složitosti počítačového prostředí Zadavatele zcela jisté, že pokud by došlo pouze k definování vlastností – byt' velmi detailně – požadovaného hardware a software zařízení, aniž by byl označen konkrétně určitý požadovaný produkt, vysoutěžené zařízení by pak nemuselo být plně kompatibilní s ostatními součástmi IT infrastruktury Zadavatele a celý systém by mohl vykazovat nepredikovatelné chyby a výpadky.

Na tomto místě je třeba zdůraznit, že často i drobné a na první pohled nepodstatné změny v zařízení jednoho výrobce mohou zapříčinit fatální nekompatibilitu s ostatními částmi infrastruktury. Jako příklad lze uvést závislost komunikace diskového pole a jeho řadiče na konkrétní verzi firmware (interní neveřejný ovládací program řadiče nastavený v řadiči přímo výrobcem), kdy dva řadiče stejného typu lišící se pouze tímto firmware mohou vykazovat naprosto odlišné chování vůči diskovému poli, které mají řídit. Toto nelze popsat při definici

potřebného HW jinak, nežli uvedením konkrétního výrobce, přesného typu a konkrétní verze firmware (což ZVZ nepřipouští). Naprosto nepřipadá v úvahu použití byť parametrově obdobného zařízení jiné modelové řady, či dokonce jiného výrobce (na takovouto sestavu by nebylo možné požadovat od seriózního dodavatele servisních služeb žádnou garanci funkčnosti). Podobných příkladů lze nalézt celou řadu.

Je tedy nezbytné (a současně jediným možným řešením), aby subjekt poskytující služby byl současně i subjektem, který dodává hardware a software, neboť tyto složky jsou navzájem natolik prolnuté, že jejich oddělením by docházelo ke zbytečným a opakovaným chybám a výpadkům systému.

**Jelikož, jak je uvedeno výše, základem a podstatou zadání veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“ bylo poskytování servisních služeb, které však mohly být poskytnuty z důvodů výše uvedených výlučně společností BIT SERVIS, a poskytování hardware a software zařízení je s ohledem na výše uvedené neoddělitelně s poskytováním servisních služeb spojeno, bylo jediným v úvahu přicházejícím řešením zadat celou předmětnou zakázku výlučně společnosti BIT SERVIS.**

Zadavatel k tomu dodává, že v daném případě musí Úřad zohledňovat velkou komplikovanost a provázanost IT systémů Zadavatele. Právě v tomto ohledu Úřad při svém rozhodování pochybil, pokud neprovedl výslech výpovědí odpovědných pracovníků Zadavatele a dodavatele, kteří byli Zadavatelem navrhováni, neboť právě jejich výslechem by byly zcela jednoznačně prokázány výše tvrzené skutečnosti. I v tomto případě tak Úřad zkrátil práva Zadavatele, když nezjišťoval skutečnosti a neprovedl důkazy svědčící ve prospěch Zadavatele. Zadavatel i nadále trvá na výsledku těchto svědků, neboť jejich svědectvím je prokazováno tvrzení Zadavatele o existenci technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv, pro které bylo možné zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.

Pokud tedy Zadavatel rozhodl v roce 2007 o zadání výše specifikované veřejné zakázky v rámci jednacím řízení bez uveřejnění, naplnil tak podmínky požadované ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ zcela objektivně a fakticky a dostal tak liteře zákona.

Současně Zadavatel konstatuje, že v bodě 32 a následujících (zejména pak bod 39. rozhodnutí Úřadu) Úřad své rozhodnutí opírá o důkazy, které však se zadáváním veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“ v roce 2007 vůbec nesouvisejí. Odůvodnění Úřadu v tomto ohledu tak vůbec nekoresponduje s provedenými důkazy. Úřad zde uvádí, že Zadavatel si nechal vyhotovit dvě oponentní nabídky. Tyto nabídky však nebyly vyhotoveny v roce 2007, nýbrž až v roce 2010. Ostatně k jejich vypracování, resp. důvodům jejich vypracování se Zadavatel vyjadřuje níže. Úřad tak své rozhodnutí mimo jiné opírá o skutečnosti, které vůbec s rozhodnutím o zadání veřejné zakázky formou zadávacím řízení bez uveřejnění v roce 2007 nesouvisí. Odůvodnění Úřadu je proto v tomto ohledu naprosto zmatečné.

Nad rámec toho Zadavatel uvádí, že Úřad při svém rozhodování v této souvislosti zcela pomínil následující zásadní skutečnost. Jak je uvedeno výše, **podstatou celé veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“ byly servisní služby** a na ně teprve navazující poskytnutí hardware a software zařízení a nikoli naopak. Pokud tedy Úřad dospěl k závěru, že skutečnost, že si Zadavatel pořídil tyto dvě nabídky, prokazuje, že předmětná veřejná zakázka mohla být zadána i jinému subjektu, jedná se o zcela mylný závěr, neboť žádný jiný subjekt by nemohl disponovat právě oním důvodem (technickým i spočívajícím v ochraně

výhradních práv), kterým disponovala společnost BIT SERVIS (tedy svým know-how počítačového prostředí Zadavatele), pro který bylo možné v souladu s ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ zadat veřejnou zakázku formou jednacího řízení bez uveřejnění právě a výlučně společnosti BIT SERVIS.

Zadavatel dále uvádí, že se neztotožňuje se závěry Úřadu uvedenými v bodě 40 jeho rozhodnutí. Úřad totiž při své argumentaci nevzal vůbec v potaz komplikovanost IT systému Zadavatele, na kterou Zadavatel opakovaně ve svých vyjádřeních poukazoval. Úřad v této souvislosti zcela formalisticky – s ohledem na neznalost specifičnosti a komplikovanosti IT systému a jeho provázanost s jinými institucemi (která však mimo jiné měla být prokazována svědeckými výpověďmi, které by prokázaly právě onen technický ráz (a důvod ochrany výhradních práv), pro který bylo možné zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění) - zcela povšechným způsobem odkazuje na postup stanovený ZVZ, kdy dle názoru Úřadu lze instituty uvedenými v tomto zákoně vyloučit případně minimalizovat jakákoli rizika, která dle názoru Úřadu nejsou však technického rázu. Zadavatel v této souvislosti konstatuje, že s ohledem na výše uvedené skutečnosti jsou Zadavatelem tvrzené skutečnosti, kterými odůvodňuje zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, beze vsí pochybnosti technického rázu (a spočívají i v ochraně výhradních práv), když know-how IT prostředí Zadavatele je nepochybně znakem technického rázu i znakem náležitým do rámce ochrany výhradních práv.

Za zásadní Zadavatel považuje uvést, že společnost BIT SERVIS byla až do roku 2007 hlavním architektem IT infrastruktury Zadavatele a navrhovala i veškeré její úpravy s cílem dosažení maximálního výkonu a bezpečnosti, jakož byla i nezbytným pomocníkem při řešení mnohých problémů s provozem a bezpečností informačního systému. Vzhledem k této skutečnosti **společnost BIT SERVIS, jako jediná disponovala potřebným know-how a tento fakt odůvodňoval bez jakýchkoli pochybností zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění.** Jak je navíc uvedeno výše, nelze v daném případě oddělit poskytování servisních služeb a poskytnutí HW a SW vybavení, proto postup Zadavatele v případě zadávání této veřejné zakázky byl zcela v intencích ZVZ.

Pro úplnost Zadavatel uvádí, že pokud Úřad ve výrokové části svého výše citovaného rozhodnutí konstatuje, že „uvedený postup Zadavatele (tedy zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění) mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“, je to právě Úřad, který musí tuto skutečnost prokázat, a to bez důvodných pochybností. Není přípustné, aby ze strany Úřadu bylo pouze konstatováno, že taková možnost zde je, aniž byl tento závěr dostatečně odůvodněn. Zadavateli není známo, na základě jakých skutečností Úřad k tomuto závěru dospěl, aniž k němu měl dostatečné podklady. Necht' je tedy zpracován znalecký posudek, který by tuto okolnost osvědčil.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti tak má Zadavatel za to, že Úřad rozhodl nesprávně, resp. v rozporu s právními předpisy. Zadavatel má za to, že s ohledem na výše uvedené skutečnosti neporušil zákon, pokud zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění společnosti BIT SERVIS, neboť z důvodu ochrany výhradních práv a z technických důvodů (spočívajících v know-how společnosti BIT SERVIS, nepřenositelném na jiný subjekt a s tím neoddělitelně provázené poskytnutí hardware a software) mohla být tato veřejná zakázka zadána právě výlučně jmenované společnosti. Jiný subjekt, který by takovým know-how, jaké měla a má společnost BIT SERVIS v předmětné věci ve vztahu k Zadavateli, neexistuje. Z toho je zřejmé, že jakýkoli jiný subjekt zcela objektivně nebyl

schopen poskytnout Zadavateli jím požadované plnění, neboť nedisponoval know-how v oblasti IT prostředí Zadavatele.

### III.

Úřad dále považuje za porušení ZVZ uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě č. 2007000422 ze dne 13.11.2007, který byl uzavřen dne 15.6.2010.

Ani v tomto ohledu se Zadavatel se závěry Úřadu neztotožňuje a v plném rozsahu odkazuje na svá tvrzení uvedená ve svých předchozích vyjádřeních.

Nadále Zadavatel setrvává na svém tvrzení, že předmětný dodatek byl podepsán v intencích dosavadní smlouvy a v rámci původního jednacího řízení bez uveřejnění.

I v tomto případě má Zadavatel za to, že se Úřad nevypořádal dostatečně se všemi skutečnostmi, které Zadavatel uváděl a nezjišťovala a nepřihlédl ke skutečnostem, které svědčí ve prospěch Zadavatele.

Zadavatel se navíc v této souvislosti zásadním způsobem ohrazuje proti skutečnostem uváděným v bodech 57 – 59 rozhodnutí Úřadu, když v této souvislosti uvádí, že Úřadu naprosto nepřísluší zabývat se otázkou, zda primátor Zadavatele byl oprávněn podepsat předmětný dodatek či nikoli, zda v této souvislosti došlo k porušení zákona, zda dodatek je platný a zda je takový postup zákonný či nikoli, a to ani s odkazem na princip legality a materiální pravdy. V tomto ohledu Úřad zcela vybočil z mezí své rozhodovací pravomoci, neboť nemá pravomoc tyto skutečnosti posuzovat. Z tohoto pohledu tak nelze ke skutečnostem uváděným v předmětných bodech vůbec brát zřetel. Na těchto skutečnostech však Úřad prakticky postavil své rozhodnutí o tom, že Zadavatel porušil ZVZ.

Úřad pak dále již v podstatě neodůvodnil, na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že uzavřením dodatku č. 2 došlo k porušení zákona o ZVZ.

V této souvislosti Zadavatel považuje za nezbytné uvést, že právě v souvislosti s předmětným dodatkem (tedy až v roce 2010) si nechal zpracovat ony dvě oponentní nabídky. Tyto obě oponentní nabídky – jak je z jejich obsahu patrné – však obsahují pouze cenovou nabídku hardware a software zařízení, nikoli však cenovou nabídku servisních služeb. Důvodem, proč byly tyto nabídky ze strany Zadavatele pořízeny, tak bylo pouze cenové porovnání srovnatelného HW a SW vybavení, zda toto bude odpovídat cenám HW a SW vybavení nabídnutým Zadavateli společností BIT SERVIS. Jelikož ale – jak je uvedeno výše – byla elementárním základem celého IT systému Zadavatele servisní služba, kterou však mohla Zadavateli poskytnout s ohledem na své know-how výlučně společnost BIT SERVIS, a s ní bylo HW a SW vybavení neoddělitelně spojeno, jednalo se tak spíše o informativní materiál pro Zadavatele, zda ceny hardware a software zařízení poskytovaného společností BIT SERVIS odpovídají cenám běžným v té době na trhu. Z těchto nabídek se pak zcela jednoznačně vyplývá, že ceny poskytnuté společností BIT SERVIS jsou zcela srovnatelné s cenami na trhu obvyklými a že tedy postup Zadavatele není v rozporu s jeho povinností chovat se s péčí řádného hospodáře.

Jak je však uvedeno výše, podstatou celé předmětné veřejné zakázky byly servisní služby a na ně teprve navazující poskytnutí hardware a software zařízení a nikoli naopak. Pokud tedy Úřad dospěl k závěru, že skutečnost, že si Zadavatel pořídil tyto dvě nabídky, prokazuje, že



předmětná veřejná zakázka mohla být zadána i jinému subjektu, jedná se o zcela mylný závěr, neboť žádný jiný subjekt by nemohl disponovat právě oním technickým důvodem (a současně důvodem ochrany výhradních práv), kterým disponovala společnost BIT SERVIS (tedy svým know-how počítačového prostředí Zadavatele), pro který bylo možné v souladu s ust. § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ zadat veřejnou zakázku formou jednacímho řízení bez uveřejnění právě a výlučně společnosti BIT SERVIS.

Úřad konstatuje, že uzavřením dodatku došlo v podstatě k nové veřejné zakázce. S tímto závěrem Úřadu se však nelze ztotožnit, neboť jde pouze o změnu v rámci původní smlouvy. Důvod, proč se jedná o změnu v intencích původní smlouvy a nikoli o novou veřejnou zakázku, která by byla zadána bez zadávacího řízení, je skutečnost, že k obnově IT systému Zadavatele došlo **v rámci smlouvy** uzavřené dne 13.11.2007 (formálně byla obnova nazvána jako dodatek č. 2, byť fakticky a i po právní stránce se jednalo stále o původní smlouvu) a v rámci původního jednacímho řízení bez uveřejnění. Z obsahu smlouvy z 13.11.2007 je přitom patrné, že případná obnova IT systému Zadavatele v rámci původní smlouvy je za podmínek přísně stanovených ve smlouvě možná. K obnově IT systému Zadavatele došlo na základě smlouvy ze dne 13.11.2007 a na základě **původního jednacímho řízení bez uveřejnění z roku 2007**. Tato obnova tedy byla provedena v rámci smlouvy z 13.11.2007 a v jejím souladu. Jak je uvedeno výše, Zadavatel má za to, že původní veřejná zakázka z roku 2007 byla provedena v souladu se zákonem formou jednacímho řízení bez uveřejnění. Jelikož obnova IT systému byla provedena v rámci původního jednacímho řízení bez uveřejnění v souladu a v mezích stanovených původní smlouvou, když původní jednacím řízení bez uveřejnění (rozuměno tedy jednacím řízení bez uveřejnění týkající se předmětné veřejné zakázky v roce 2007) s tímto postupem počítalo, takto provedená obnova IT systému tak byla zahrnuta v tomto původním jednacím řízení bez uveřejnění a nemohlo se tak jednat o novou veřejnou zakázku, jak uvádí Úřad ve svém rozhodnutí.

Zadavatel však rozhodně popírá, že došlo k „podstatné změně v předmětu plnění veřejné zakázky“, jak uvádí ve svém rozhodnutí (bod 55.) Úřad. V tomto ohledu se objevuje paralela s operativním leasingem, kdy za tři roky je technika (ať již např. osobní auto, či nějaké strojní zařízení) nahrazena automaticky jiným plněním, a to bez nutnosti uzavírat vždy novou smlouvu. Z logiky neustálého technického vývoje ve světě vyplývá, že toto plnění je vždy o úroveň výš, než bylo původní.

Ve srovnání s příklady operativního leasingu je však oblast IT specifická tím, že k podstatné modernizaci dojde vždy **objektivně** musí. Objektivní příčiny tkví **v samotném jádru činnosti** Zadavatele, kdy dochází k připojení nových organizací na síť Zadavatele, zvyšuje se rozsah zpracovávaných dokumentů s dopadem na razantní růst diskové kapacity (nárůst 600 procent oproti minulému období), Microsoft vydává stále nové aplikace, s většími nároky na systémové prostředky (výkon procesorů, paměť, diskový prostor, aj.), staré SW produkty nemají podporu.

V této souvislosti je zásadní konstatovat a zopakovat již výše uvedené, a to že provoz informačních technologií Zadavatele je zajišťován a založen **primárně službou**, servisem, správou sítě. To je hlavní a nejzásadnější část výše specifikované smlouvy č. 2007000422. **A tato část smlouvy se nemění v principu ani v charakteru vykonávané práce.**

Nový hardware je pouze předpokladem vykonávání této správy, ničím více. Jeho nákup je vyvolán objektivními příčinami (viz výše), vývojem trhu. Obměna hardware je důsledkem sil, které jsou zcela mimo dosah Zadavatele či dodavatelů. Informační systémy mají neměnnou

konstantu – stálý vývoj, bez ohledu na vůli kohokoliv. jedná se tak o zcela objektivní skutečnost, kterou nelze žádným způsobem ovlivnit.

S ohledem na tyto skutečnosti tak má Zadavatel za to, že Úřad nesprávně posoudil postup Zadavatele, když vzhledem ke skutečnostem uváděným Zadavatelem lze uzavřít, že k porušení ZVZ ani v tomto případě nedošlo.

#### IV.

Byť má Zadavatel za to, že s ohledem na skutečnosti uváděné v jeho předchozích vyjádřeních adresovaných Úřadu a s ohledem na skutečnosti, které uvádí v tomto rozkladu, je nepochybné, že se porušení ZVZ při zadávání veřejné zakázky „Outsourcing serverové farmy“ nedopustil, považuje za nezbytné poukázat i na nepřiměřenost jemu uložené pokuty. S ohledem na příjmy a zejména pak nezbytné výdaje, které musí jako subjekt veřejné správy vydávat, je pokuta uložená v takové výši nepřiměřeně vysoká a mohla by citelným a zásadním způsobem ohrozit řádný chod Zadavatele jako subjektu veřejné správy.

V této souvislosti Zadavatel považuje za nezbytné zdůraznit následující okolnosti, k nimž Úřad při svém rozhodování o výši uložené pokuty nepřihlédl. Rozpočtované příjmy Zadavatele jsou sice ve schváleném rozpočtu ve výši 1.620.253 tis. Kč, podstatnou část této částky však tvoří daňové příjmy ze sdílených daní, které se odvíjejí od výkonnosti ekonomiky státu. Je evidentní, že v současné ekonomické situaci (recesi) nebudou predikované daňové příjmy naplněny a Zadavatel bude nucen hledat úspory na straně výdajů. Zadavatel dále uvádí, že v rámci přeneseného výkonu státní správy (rozšířená působnost) na výkon činnosti v rámci této rozšířené působnosti každoročně nezanedbatelně doplácí ze svého rozpočtu. Podle údajů z roku 2011 činil příspěvek státu pouze 32,2% nákladů na zajištění výkonu státní správy a Zadavatel doplatil ze svých prostředků částku 72.438 tis. Kč. V neposlední řadě je nutno konstatovat, že Zadavatel hospodář v letošním roce se schodkovým rozpočtem, kdy je nucen zajišťovat pořízování důležitých investic z cizích zdrojů. Celkový zůstatek nesplacených půjček a úvěrů Zadavatele k 31.12.2012 bude v celkové výši 840.075 tis. Kč.

S ohledem na tyto skutečnosti lze považovat uloženou sankci za nepřiměřeně vysokou, tedy takovou, která by v případě, že by rozhodnutí nabylo právní moci, citelným způsobem zasáhla do ekonomického postavení Zadavatele a ohrozila by řádný chod Zadavatele jako subjektu veřejné správy.

#### V.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhuje Zadavatel, aby Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zrušil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.9.2012, č.j. ÚOHS-S593/2011/VZ-18002/2012/513/JWe a ve smyslu ust. § 117a písm. d) ZVZ rozhodl, že se řízení zastavuje.

V Českých Budějovicích, dne 10.10.2012

Statutární město České Budějovice  
Mgr. Juraj Thoma  
primátor