



Advokátní kancelář Kříž a Bělina

Dlouhá 13, Praha 1, 110 00

E-mail: [recepce@akkb.cz](mailto:recepce@akkb.cz)

[www.akkb.cz](http://www.akkb.cz)

Tel: ++420 224 819 336 - 37

+++420 224 819 325

Fax: +++420 224 819 343

---

**Ministerstvo informatiky České republiky**

k rukám Ing. Jindřicha Koláře

vrchního ředitele

Havelkova 2, 130 00 Praha 3

V Praze dne 31. 5. 2007

**Věc: Právní stanovisko k posouzení Smlouvy o zajištění provozu Portálu veřejné správy uzavřené dne 2. 8. 2006 mezi Českou Republikou Ministerstvem Informatiky a společností Telefónica O2 Czech Republic, a.s.**

Vážený pane řediteli,

Dne 14. 5. 2007 jsme byli Ministerstvem Informatiky České republiky (dále jen „MI ČR“) požádáni o vypracování právního posouzení Smlouvy o zajištění provozu Portálu veřejné správy, a to ve vazbě na ostatní účinné smluvní vztahy MI ČR týkající se Portálu veřejné správy, především „Rámcovou smlouvu o poskytování služeb komunikační infrastruktury informačních systémů veřejné správy“ a „Základní prováděcí smlouvu“ ve znění všech jejích dodatků. Na ústním jednání konaném dne 18. 6. 2007 bylo zadání rozšířeno, a to na posouzení souladu uzavření Smlouvy o zajištění provozu Portálu veřejné správy s právními předpisy upravujícími pravidla zadávání veřejných zakázek. Dovolujeme si Vám předložit následující právní stanovisko k posouzení Smlouvy o zajištění provozu Portálu veřejné správy uzavřené dne 2. 8. 2006 mezi Českou Republikou Ministerstvem Informatiky a společností Telefónica O2 Czech Republic, a.s.

Upozorňujeme, že náš právní rozbor vychází pouze z podkladů a informací, které jsme měli k dispozici a které jsou v tomto stanovisku uvedeny. Pokud by se v uvedené záležitosti objevily nové skutečnosti, podklady či rozhodnutí, které nám nebyly známy v době zpracování stanoviska, mohlo by to mít přirozeně vliv na uvedené právní úvahy. Právní stanovisko vychází čistě z posouzení otázek právních. Danou problematiku nám nepřísluší posuzovat z jiných hledisek, např. z hlediska ekonomického. S ohledem na značný rozsah problematiky, jakož i rozsah poskytnutých dokumentů se jedná o stanovisko úvodní, detailnější posouzení dalších možných otázek a zodpovězení souvisejících problémů by vyžadovalo poskytnutí doplňujících informací zejména i technického charakteru.

## I. Skutkový stav – přehled smluvních dokumentů

### a) Rámcová smlouva

Dne 23. 10. 2001 byla mezi Českou Republikou – Úřadem pro veřejné informační systémy, jako Koordinátorem a společností ČESKÝ TELECOM, a.s., jako Poskytovatelem uzavřena Rámcová smlouva o poskytování služeb komunikační infrastruktury informačních systémů veřejné správy (**dále jen „Rámcová smlouva“**). Smlouva byla uzavřena na základě výzvy jednomu zájemci o veřejnou zakázku k podání nabídky dle § 50 odst. 1 písm. b) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek. (tj. jako specializovaná veřejná zakázka v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce o veřejnou zakázku). Cílem Rámcové smlouvy bylo **zajistit vybrané služby poskytované prostřednictvím komplexního řešení komunikační infrastruktury informačních systémů veřejné správy.**

Rámcová smlouva byla **uzavřena na dobu určitou – do 23. října 2006**, s tím že mohla být prodloužena dohodou případně i jednostranně ze strany Koordinátora. Jednostranně mohla být smlouva prodloužena maximálně o dalších 8 měsíců. **Dodatkem č. 12 byla Rámcová smlouva prodloužena do 23. 6. 2007**, a to dle výslovného ustanovení dodatku za účelem zajištění bezproblémové migrace služeb na subjekt určený Koordinátorem dle výsledků relevantních řízení o veřejných zakázkách na Služby.

Předmětem našeho posouzení nebylo posouzení souladu zadání této veřejné zakázky s v té době platnými právními předpisy.

### b) Základní prováděcí smlouva

Základní prováděcí smlouva, jejíž uzavření předpokládala Rámcová smlouva, byla uzavřena dne 8. 2. 2003 mezi MÍ ČR (přesly na něj kompetence Úřadu pro veřejné informační systémy), jako Koordinátorem a společností ČESKÝ TELECOM, a.s., jako Poskytovatelem (**dále jen „Základní prováděcí smlouva“**). Předmětem této smlouvy je závazek Poskytovatele poskytovat služby Komunikační infrastruktury informačních systémů veřejné správy. Základní prováděcí smlouva byla uzavřena **na dobu určitou s tím, že končí dnem ukončení Rámcové smlouvy**. Plnění dle Základní prováděcí smlouvy je rozděleno do etap, jejichž definice je uvedena v příloze č. 3.

V rámci Základní prováděcí smlouvy jsou poskytovány **služby Portálu veřejné správy**. Tyto služby byly postupně přidávány a doplňovány dodatky a přílohami k Základní prováděcí smlouvě. Příloha č. 3 v původním znění Základní prováděcí smlouvy uvádí bez bližší specifikace Portál veřejné správy jako jedno z plnění v další etapě realizace.

Bližší vymezení Portálu veřejné správy bylo doplněno až **Dodatkem č. 1** k Základní prováděcí smlouvě ze dne 15. 7. 2003. Tímto dodatkem byl **Portál veřejné správy – Informační část** vyčleněn do II. etapy realizace Základní prováděcí smlouvy, přičemž byla doplněna **příloha č. 6 – Další poskytované služby**, obsahující bližší specifikaci Informační části včetně stanovení ceny a platebních podmínek. V bodě 1.5 přílohy č. 6

je obsažena specifikace softwaru použitého pro poskytování služby PVS. Z uvedené specifikace vyplývá užití zejména softwarových produktů IBM.

**Dodatkem č. 2** k Základní prováděcí smlouvě datovaným tímž dnem jako Dodatek č. 1 byla do druhé etapy realizace Portálu veřejné správy doplněna **Transakční část Portálu veřejné správy**. Specifikace Transakční části včetně stanovení ceny a platebních podmínek tvoří **kapitulu 2 přílohy č. 6**. Dle bodu 2.1 přílohy č. 6 bude v etapě 1 zprovozněna minimální funkční varianta. Tato varianta pak umožňuje následný rozvoj řešení v dalších etapách projektu (tj. posilování hardware a zajištění příslušných licencí a implementačních služeb). V bodě 2.3 Přílohy č. 6 je obsažena specifikace softwaru použitého pro poskytování služby Portálu veřejné správy. Poskytované činnosti mimo jiné zahrnují i zajištění potřebných licencí dle specifikace.

Řízení obou projektů, tj. projektu Informační a Transakční části bude probíhat paralelně. Z ustanovení o Ceně a Platebních podmínkách vyplývá, že **poskytování služeb Informační a Transakční části je bez ohledu na dobu trvání Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy předpokládáno až do 31. 12. 2007**. Cena za poskytování služeb Informační a Transakční části Portálu veřejné správy je totiž stanovena až k tomuto datu.

**Dalšími dodatky** k Základní prováděcí smlouvě byly postupně **rozšiřovány funkcionality Portálu veřejné správy v dalších oblastech**. Konkrétně dodatkem č. 3 v oblasti Zobrazení a archivace Obchodního věstníku, Zobrazení a Archivace Centrální adresy. Jednorázová úprava grafiky a z toho vyplývajících funkcionalit PVS, zajištění rutinního provozu těchto funkcionalit. Dodatkem č. 5 byla doplněna příloha č. 6 o druhé rozšíření funkcionality Informační části (např. evidence a zveřejňování elektronických adres e-podatelů, webové služby pro Životní situaci, mapové služby Portálu veřejné správy a další). Dodatkem č. 7 a 8 a 2 přidána nové funkcionality druhé etapy realizace Transakční části Portálu veřejné správy.

Nezabývali jsme se posouzením, zda plnění Portálu veřejné správy, které je poskytováno na základě Základní prováděcí smlouvy ve znění všech dodatků, v rámci Rámcové smlouvy bylo zadáváno v souladu s platnými předpisy o zadávání veřejných zakázek. Posouzení, zda všechna poskytovaná plnění bylo možno zahrnout pod Rámcovou smlouvu by vyžadovalo detailnější posouzení všech zadávaných plnění. Samozřejmě upozorňujeme na skutečnost, že případný rozpor v minulosti zadávaných zakázek se zákonem o veřejných zakázkách by mohl způsobit neplatnost smluv na tomto základě uzavíraných a mohl by být směrodatný i pro posouzení nově zadávané veřejné zakázky realizované Smlouvou o zajištění provozu portálu veřejné správy.

### **c) Smlouva o zajištění provozu Portálu veřejné správy**

Námi posuzovaná Smlouva o zajištění provozu Portálu veřejné správy (dále jen „**Smlouva o zajištění provozu PVS**“) byla uzavřena dne 2. 8. 2006 mezi MI ČR, jako Objednatel a společností Telefónica O2 Czech Republic, a.s. (dříve ČESKÝ TELECOM, a.s.), jako Dodavatelem (dále jen „společnost TO2“). Smlouva uzavřena ve smyslu ustanovení § 269 odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, tj. jako smlouva nepojmenovaná, a to na základě výzvy jednomu zájemci k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění. Smlouva je uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2007 s tím, že

může být ukončena písemnou dohodou smluvních stran nebo na základě třicetidenní výpovědi v případě, že se druhá smluvní strana dopustí podstatného porušení smlouvy.

Touto smlouvou došlo k ukončení Základní prováděcí smlouvy v části vztahující se k Portálu veřejné správy ke dni 30. 9. 2006. Smlouva o zajištění provozu PVS upravuje zejména poskytování služeb Portálu veřejné správy v členění Transakční část, Informační část (bude nahrazována Prezentační částí), Řízení projektu, CPU, Infrastruktura, Internet a Rozvoj. Dále je ve Smlouvě o zajištění provozu PVS upraveno předání Portálu veřejné správy MI ČR včetně udělení oprávnění k výkonu uživatelských práv. V neposlední řadě pak smlouva upravuje převod tzv. Informační části Portálu veřejné správy na část Prezentační a její následný převod do majetku MI ČR.

## II. Posouzení obsahu Smlouvy o zajištění provozu PVS

Viděno úzce pouze textem Smlouvy o zajištění provozu PVS jako celku, není zde dle našeho názoru zásadní důvod k jejímu jednostrannému ukončení. Upozorňujeme však na skutečnost, že některá ustanovení smlouvy by mohla být považována za neurčitá a nelze tedy vyloučit možné spory při jejich výkladu.

Zejména upozorňujeme na dle našeho názoru ne zcela jasné vymezení vztahu Smlouvy o zajištění provozu PVS k Rámcové smlouvě a k Základní prováděcí smlouvě. V článku 3 odstavce 3.1. Smlouvy o zajištění provozu PVS je obsaženo ujednání stran o ukončení Základní prováděcí smlouvy vztahující se k Portálu veřejné správy ke dni 30. 9. 2006. Smlouva o zajištění provozu PVS tedy ve své podstatě vyčleňuje ke dni 30. 9. 2006, tj. ještě před skončením účinnosti Základní prováděcí smlouvy a Rámcové smlouvy, poskytování služeb Portálu veřejné správy do smlouvy samostatně. Vzápětí v čl. 3 odst. 3.1 ohledně obsahu, rozsahu a funkcionality poskytovaných služeb, jakož i dalších souvisejících práv a povinností Smlouva o zajištění provozu PVS, odkazuje na příslušná ustanovení Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy. V článku 4 odst. 4.1 je dále závazek stran dodržovat veškerá smluvní ujednání Rámcové smlouvy a/nebo Základní prováděcí smlouvy vztahující se k poskytování služeb PVS, a to i po skončení Rámcové smlouvy a/nebo Základní prováděcí smlouvy, s výjimkou ujednání která jsou odlišná od ujednání této smlouvy. V první řadě by dle našeho názoru mohly vznikat spory o tom, která ustanovení Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy mají být dodržována. Jako velmi pochybný by mohl být chápán závazek stran dodržovat ustanovení obou smluv i po jejich zániku.

Dalším sporným bodem by dle našeho názoru mohla být příloha č. 8/2, resp. 8/3 Základní prováděcí smlouvy, na niž je ve Smlouvě o zajištění provozu PVS odkazováno v souvislosti s „předáním Portálu veřejné správy“, k němuž se ČESKÝ TELECOM zavázal dodatkem č. 3 k Základní prováděcí smlouvě. (Viz čl. 2 odst. 2.1, čl. 4 odst. 4.5 a 4.7.) Tuto přílohu se MI ČR nepodařilo dohledat a dle sdělení MI ČR je pravděpodobně, že dokument pod tímto označením neexistuje a není zcela zřejmé, jaký dokument je možno za tuto přílohu považovat. Z hlediska vymezení předmětu plnění Smlouvy o zajištění provozu PVS je uvedený dokument zásadní, neboť má obsahovat definici předávaných částí Portálu veřejné správy (ve Smlouvě o Zajištění provozu PVS označované též jako „Dílo“). Nelze pak vyloučit možné spory ohledně rozsahu převáděného Portálu veřejné správy, resp. jeho částí a ohledně specifikace nehmotných statků (autorských děl) k nimž je poskytováno právo je



**užít.** Tyto spory mohou vést až k případnému zpochybnování platnosti předmětné smlouvy pro neurčitost.

S přílohou shora uvedeného obsahu počítá i Dodatek č. 3 k Základní prováděcí smlouvě, v němž byl závazek k předání Portálu veřejné správy sjednán. Dle čl. 1 dodatku č. 3 k Základní prováděcí smlouvě měl být pro jednotlivé části Portálu veřejné správy do 30 dnů po podpisu dodatku sepsán **dílčí protokol**, který bude obsahovat výčet SW a HW komponent, aplikací a služeb Portálu veřejné správy se specifikací práv užívání k nim. Tento, jakož i **každý dílčí protokol, který bude vždy sepsán po zprovoznění další části Portálu veřejné správy se stane nedílnou částí Základní prováděcí smlouvy jako její příloha** a podkladem pro **předávací protokol** sepsaný v souvislosti s předáním Portálu veřejné správy podle čl. VI Základní prováděcí smlouvy. Tyto dílčí protokoly by dle našeho názoru mohly odpovídat zmiňované příloze č. 8/2, 8/3. V článku 4 odst. 4, 5 a 4.7. Smlouvy o zajištění provozu PVS pak smlouva hovoří o **Předávacím protokolu a aktuálním Předávacím protokolu uvedeným v příloze č. 8/3.** Dle našeho názoru má Smlouva o zajištění provozu PVS na mysli Předávací protokol, jehož podkladem měly být právě shora zmíněné dílčí protokoly.

Z předávacích protokolů nám byl předložen pouze **Protokol Portálu veřejné správy** ze dne 2. 10. 2006, tj. **aktuální protokol**, k jehož vypracování se společnost TO2 zavázala v článku 3 odst. 3.4 Smlouvy o zajištění provozu PVS, a to ke dni 30. 9. 2006. Další protokoly mají být vypracovány ke dni 23. 6. 2007, tj. ke dni ukončení Základní prováděcí smlouvy a Rámcové smlouvy a ke dni 31. 12. 2007 tj. ke dni ukončení Smlouvy o zajištění provozu PVS. Tyto protokoly pravděpodobně obsahují resp. budou obsahovat specifikaci „převáděných částí Portálu veřejné správy“. **Textace Smlouvy o zajištění provozu PVS však z tohoto hlediska není zcela jednoznačná.** Nejasnosti ohledně předmětného dokumentu by mohly způsobovat neurčitost Smlouvy o zajištění provozu PVS. K posouzení souladu Smlouvy o zajištění provozu PVS se závazkem zakotveným v Základní prováděcí smlouvě by bylo nutné i posouzení předmětných dílčích protokolů.

Vedle shora zmíněných nejasností ohledně přílohy č. 8/3 upozorňujeme v souvislosti s ustanovením čl. 4 odst. 4.5 (ohledně poskytnutí oprávnění k výkonu práva „Dílo“ užít) na definici Díla dle čl. 1 odst. 1.1, kde „Dílo“ znamená soubor Strojů (dále také „HW“), Programů (dále také „SW“), Aplikací, Materiálů typu II a Služeb. Z uvedené definice vyplývá, že „Dílem“ se ve Smlouvě o zajištění provozu PVS rozumí i hmotný majetek, tj. nikoli pouze nehmotné statky, k nimž by mohlo být poskytováno právo je užít.

Článek 4 bod 4.5 a Článek 4 bod 4.7 obsahuje závazek společnosti TO2 **převést do majetku Objednatele Prezentační část Portálu veřejné správy a části definované Předávacím protokolem uvedeným v příloze č. 8/3 ve znění dodatku č. 3** Základní prováděcí smlouvy. Článek 4 bod 4.9 obsahuje závazek společnosti TO2 vyvinout maximální úsilí, které lze na něm spravedlivě požadovat k tomu, aby ke dni 1. 1. 2008 byly do majetku MČ ČR převedeny všechny části Transakční části Portálu veřejné správy. Smlouva neupravuje způsob převedení. I s ohledem na ustanovení čl. 4 odst. 4.5, odst. 4.6 a odst. 4.8 dle našeho názoru není zřejmé, zda Článek 4 bod 4.7 a článek 4 bod 4.9 upravuje převod vlastnictví k hmotným částem PVS nebo zda má rovněž na mysli nehmotné statky, tj. např. postoupení práv k užití. Rovněž upozorňujeme že

mohou vznikat spory při výkladu použité formulace „vyvinout maximální úsilí“, co se týče posouzení, zda byl tento závazek ze strany TO2 splněn.

### III. Posouzení souladu uzavření Smlouvy o zajištění provozu PVS se zákonem o veřejných zakázkách.

Smlouva o zajištění provozu PVS byla uzavřena na základě Výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 10 odst. 2 písm. d) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách ze dne 1. 6. 2006 zaslané společnosti ČESKÝ TELECOM a.s., jako jediné osobě způsobilé k poskytování služeb Portálu veřejné správy (dále jen „Výzva“). Posouzení souladu postupu MI ČR, jakožto zadavatele veřejné zakázky se zákonem o veřejných zakázkách, může být rozhodné i pro posouzení platnosti či neplatnosti předmětné Smlouvy o zajištění provozu PVS. Porušení zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejné zakázky může způsobovat následnou neplatnost smlouvy na veřejnou zakázku. Jedná se o neplatnost absolutní, tj. neplatnost nastává ze zákona (ex lege).

#### a) Podmínky zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění - obecně

Případy, kdy může být použito jednací řízení bez uveřejnění, byly v době zadání veřejné zakázky na Zajištění provozu Portálu veřejné správy vymezeny v ustanovení § 27 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. Jak vyplývá z Výzvy, zadání veřejné zakázky společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s., jako jednomu zájemci, bylo konkrétně odůvodněno ustanovením § 27 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a to s odkazem na autorská práva k autorským dílům, zejména počítačovým programům a databázím, jež jsou součástí Portálu veřejné správy a k nimž má údajně společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. výhradní práva užití. Dle ustanovení § 27 odst. 1 písm. b) může být jednací řízení bez uveřejnění zadavatelem použito, jestliže veřejná zakázka může být plněna z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze určitým dodavatelem. Pod práva duševního vlastnictví lze zahrnout i práva autorská.

Způsob zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je výjimečným způsobem zadání. Důvody pro takovéto zadání musí být zadavatelem řádně doloženy. Při zadávání veřejné zakázky jednomu dodavateli z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví je tedy nezbytné posoudit, zda jsou skutečně naplněny předpoklady k tomu, aby bylo možno zakázku kvalifikovat jako zakázku, k jejímuž provedení je oprávněn pouze jeden subjekt event. omezený počet subjektů. Tento případ může nastat např. tehdy, pokud by plněním veřejné zakázky kterýmkoli jiným subjektem odlišným od Dodavatele došlo k porušení výhradních práv Dodavatele, a to např. práv autorských nebo práv průmyslového vlastnictví. Příkladem může být zadání veřejné zakázky na rozšíření nebo změnu v minulosti získaného software, pokud toto rozšíření nebo změnu nemůže z důvodů výhradních práv provést nikdo jiný, než právě konkrétní dodavatel. Rozhodující pro posouzení, zda jsou splněny zákonné předpoklady pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, je stav v okamžiku zadávání veřejné zakázky.

Pro naplnění předpokladů ustanovení § 27 odst. 1 písm. b) ZVZ tedy nepostačuje samotná existence autorských práv nebo jiných práv duševního vlastnictví, nýbrž

musí být splněn i předpoklad, že tato práva zabraňují tomu, aby veřejná zakázka mohla být zadána jinému subjektu, než právě nositeli příslušných oprávnění. Rozhodnou pro posouzení této otázky je skutečnost, zda plněním veřejné zakázky jiným subjektem budou porušována autorská nebo jiná práva třetích osob, resp. že veřejnou zakázku by mohl z důvodů existence autorských práv plnit jen jeden konkrétní subjekt.

#### b) Výzva jednomu zájemci společnosti ČESKÝ TELECOM a.s.

Dle zdůvodnění Výzvy řešení Transakční části Portálu veřejné správy zahrnuje poskytování počítačových programů (software) a databází, které jsou díly ve smyslu autorského zákona a Dodavatel je oprávněn převést na MI ČR právo tato díla užívat. Rovněž informační a komunikační infrastruktura GOVNET zahrnuje dle zdůvodnění Výzvy počítačové programy a databáze, které jsou díly ve smyslu autorského zákona, přičemž dodavatel je oprávněn převést na MI právo tato díla užívat.

Ve Výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (a následně i ve Smlouvě o zajištění provozu PVS) je společnost ČESKÝ TELECOM a.s., resp. Společnost TO2, jako Dodavatel označena za jedinou osobu způsobilou k poskytování služeb Portálu veřejné správy. MI ČR přitom vychází jednak ze svých „znalostí“, jednak z **čestných prohlášení společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. a společnosti Microsoft s.r.o.** Tato čestná prohlášení tvoří přílohu uzavřené Smlouvy o zajištění provozu PVS.

Konkrétně se jedná o prohlášení společnosti Microsoft s.r.o. ze dne 31. 5. 2006 a společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. ze dne 30. 5. 2006, že **společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. je na základě smlouvy č. GS149/2003 ze dne 19. 8. 2003 uzavřené mezi společnostmi ČESKÝ TELECOM, a.s. a společností Microsoft s.r.o., jako subdodavatelem oprávněna výhradně šířit službu spočívající v provozování Transakční části Portálu veřejné správy MI ČR a že společnost Microsoft není až do 31. 12. 2007 oprávněna tyto služby samostatně Ministerstvu Informatiky poskytovat.** Dále prohlášení společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s., že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. je **výlučným vlastníkem informační a komunikační infrastruktury zahrnující propojovací síť GOVNET**, jehož nedílnou součástí je Portál veřejné správy a výlučným vykonavatelem autorských práv k dílům, které jsou součástí informační a komunikační infrastruktury a že je oprávněna převést na MI ČR oprávnění tato díla užívat pro účely provozování PVS.

Z hlediska posouzení shora uvedených čestných prohlášení a jejich relevance by bylo nezbytné posoudit i předmětnou smlouvu č. GS149/2003, jejíž poskytnutí nebylo možno dle sdělení MI ČR zajistit. V této souvislosti pouze upozorňujeme, že předmětná čestná prohlášení nezbavují zadavatele odpovědnosti z případného porušení zákona o veřejných zakázkách, v případě, že tato prohlášení neodpovídají skutečnosti a v případě, že by to mohlo mít vliv na zadání veřejné zakázky. Rovněž pak nutno zdůraznit, že i tehdy, jsou – li předmětná prohlášení pravdivá, nemusí dle našeho názoru pouhá existence autorských práv společnosti ČESKÝ TELECOM, resp. společnost TO2 odůvodňovat odůvodněnost zadání veřejné zakázky užitým způsobem.

Posouzení Portálu veřejné správy z hlediska jeho ochrany autorským právem, případně jiným právem duševního vlastnictví, by vyžadovalo poměrně detailní rozbor všech částí Portálu veřejné správy a předpokládalo by tak i poskytnutí doplňujících informací zejména technického charakteru ze strany MI ČR případně ze strany jiné pověřené



osoby. Rovněž by bylo nutno posoudit, kdo je nositelem příslušných oprávnění k výkonu práva užít případná autorská díla, která jsou součástí Portálu veřejné správy. Takto široké posouzení ani nebylo předmětem zadání. Vycházíme – li z poskytnutých podkladů, zejména z Protokolu Portálu veřejné správy ze dne 2. 10. 2006, který by měl obsahovat specifikaci Portálu veřejné správy ke dni 30. 9. 2006. Lze pouze obecně konstatovat existenci software a databází, které s největší pravděpodobností budou splňovat znaky autorského díla, případně chráněné databáze. Z podkladů rovněž vyplývá, že nositelem práv k software mohou být i třetí subjekty (subdodavatelé). K tomu viz i definice v bodě 1 předmišněného Protokolu. Nezanedbatelnou součástí Portálu veřejné správy je i Hardware, tj. hmotné statky u nichž je podstatné určení vlastnického práva, tj. nikoli práva k jejich užití ve smyslu autorského zákona.

#### **c) Posouzení dílčích plnění sjednaných ve Smlouvě o zajištění provozu PVS z hlediska možnost jejich zadání v jednacím řízení bez uveřejnění**

S ohledem na obsah Smlouvy o zajištění provozu PVS, resp. s ohledem na obsah plnění, které má být na základě této smlouvy poskytováno, není dle našeho názoru tato plnění možno posuzovat jako celek. V dále uvedeném výkladu jsme se zaměřili na některá dílčí plnění poskytovaná dle Smlouvy o zajištění provozu PVS, a to s ohledem na odůvodněnost jejich zadání společností TO2 v jednacím řízení bez uveřejnění. V následujícím výkladu vycházíme i z podmínek pro uzavření Smlouvy o poskytování služeb PVS vymezených ve Výzvě.

#### **Provoz Transakční a Informační části**

Předmětem Smlouvy o zajištění provozu PVS je v první řadě poskytování služeb Portálu veřejné správy v členění Transakční části a Informační části (otázka poskytování služeb Prezentační části je ponechána samostatnému výkladu). Ze Základní prováděcí smlouvy, resp. z jejího dodatku č. 1 (u Informační části) a dodatku č. 2 (u Transakční části) vyplývá, že tyto **služby měly být provozovány až do 31. 12. 2007**. K tomu viz bod 1.10 přílohy č. 6 ve znění dodatku č. 1 k Základní prováděcí smlouvě (Cena a platební podmínky) a bod 2.7 přílohy č. 6 ve znění dodatku č. 2 (Cena a platební podmínky). Cena za Informační a za Transakční část Portálu veřejné správy měla být hrazena po dobu 4 roků počínaje 1. 1. 2004. Pro případ, že Rámcová smlouva nebude prodloužena do 31. 12. 2007 a služby Informační a Transakční části nebudou ke dni platnosti Rámcové smlouvy zahrnuty do jiného kontraktu, měla být cena uhrazena jednorázově k 31. 1. 2007 za službu Informační a Transakční části od data ukončení platnosti Rámcové smlouvy až do 31. 12. 2007. Z uvedeného vyplývá, že Základní prováděcí smlouva uzavření smlouvy nově zahrnující služby Portálu veřejné správy nevyklučovala. S ohledem na ustanovení čl. 3 odst. 3.1 Smlouvy o zajištění provozu PVS, podle kterého se smluvní strany dohodly na ukončení Základní prováděcí smlouvy ke dni 30. 9. 2006, vycházíme ze závěru, že shora uvedený režim úhrady ceny za provoz Transakční a Informační části Portálu veřejné správy byl nahrazen příslušnými ustanoveními Smlouvy o zajištění provozu PVS. Upozorňujeme však na odlišně stanovenou cenu za měsíční provoz obou částí (nutno doložit). Obsah, rozsah a funkcionality poskytovaných služeb byla v čl. 3 odst. 3.3 určena odkazem na ujednání Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy.

Vzhledem ke skutečnosti, že Základní prováděcí smlouva ve znění jejích dodatků předpokládala **zajištění provozu Portálu veřejné správy společností ČESKÝ**



**TELECOM a.s. až do 31. 12. 2007**, není zde dle našeho názoru čistě z hlediska smluvního (s výhradou dále rozebrané otázky převodu Informační části na část Prezentační) zásadní rozpor. Předpokladem je poskytování takových služeb Portálu veřejné správy (Informační a Transakční části), které byly poskytovány již na základě Základní prováděcí smlouvy a jejichž poskytování bylo předpokládáno až do 31. 12. 2007. V této souvislosti upozorňujeme na skutečnost, že jsme se nezahývali posouzením původního zadání plnění služeb Portálu veřejné správy z hlediska souladu tohoto zadání se zákonem o veřejných zakázkách ani jsme neposuzovali skutečnost, že již v Základní prováděcí smlouvě bylo plnění služeb Portálu veřejné správy dohodnuto na dobu delší než bylo předpokládáno trvání Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy. Nelze vyloučit, že i v tomto případě by pak mohlo být v souvislosti se zadáním veřejné zakázky na provoz Portálu veřejné správy konstatováno porušení zákona o veřejných zakázkách.

Vlastní posouzení zadání veřejné zakázky na pokračování v poskytování služeb Portálu veřejné správy (Informační a Transakční části) by vyžadovalo detailní posouzení povahy poskytovaných služeb, zejména posouzení, zda by při poskytování těchto služeb jiným dodavatelem než společností ČESKÝ TELECOM a.s. mohlo docházet k zásahům do jejích výhradních práv. V této souvislosti rovněž upozorňujeme, že ustanovení Základní prováděcí smlouvy ve znění jejích dodatků by mohla být považována za rozporuplná, neboť na jednu stranu počítá s poskytováním služeb Portálu veřejné správy společností ČESKÝ TELECOM a.s. až do 31. 12. 2007 na druhou stranu mají být dle výslovného ustanovení Základní prováděcí smlouvy práva k užívání Portálu veřejné správy „předána“ MI ČR již po ukončení Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy.

Nutno zdůraznit, že v takovém případě, tj. poté, co by MI ČR získalo oprávnění k výkonu práva užít nehmotných statků (např. autorských děl), která jsou součástí Portálu veřejné správy, nemuselo by již být odůvodněno poskytování služeb zadávat dále společnosti ČESKÝ TELECOM a.s. bez vypsání nového zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Tomu nasvědčuje i čl. 4 odst. 5 Smlouvy o zajištění provozu PVS, dle něhož právo k výkonu práva Dílo užít přechází na MI ČR již k 1. 7. 2007 a již od 1. 7. 2007 může dle článku 4 odst. 4.11 probíhat proces předávání Portálu veřejné správy a souvisejících služeb. Dle čl. 4 odst. 4.4 je MI ČR pak je oprávněno počínaje dnem 1. 9. 2007 zadat poskytování služeb Portálu veřejné správy dalším dodavatelům, přičemž však toto ujednání nemá vliv na závazek TO2 poskytovat MI ČR služby Portálu veřejné správy po dobu účinnosti této smlouvy, ani na závazek MI ČR hradit cenu za poskytnuté služby. Na základě tohoto ustanovení by pak mohlo dojít k duplicitnímu hrazení Služeb PVS.

Co se týče poskytování dalších služeb, tj. CPU (Centrální podpory uživatelů), **Infrastruktury Portálu veřejné správy a Konektivity Portálu veřejné správy do Internetu**, i zde by mohla být vnesena otázka odůvodněnosti poskytování těchto služeb společností TO2, jako jediným možným dodavatelem i po skončení Rámcové a Základní prováděcí smlouvy, na jejichž základě měly být tyto služby poskytovány (a po jejich vynětí z režimu těchto smluv). Za předpokladu, že zadání veřejné zakázky na provoz Transakční a Informační resp. Prezentační části proběhlo v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, bylo by nezbytné posoudit do jaké míry jsou tyto další služby vázány na Provoz Transakční a Informační resp. Prezentační části, tj. zda musí být např. poskytovány stejným dodavatelem nebo zda by mohly být zadány jako samostatná

veřejná zakázka. Viz i výslovné ustanovení Smlouvy o zajištění provozu PVS, dle kterého tyto „části“ Portálu veřejné správy nepřechází na MI ČR.

### **Předání Portálu veřejné správy**

Jak vyplývá z obsahu Smlouvy o zajištění provozu PVS, smlouva má mimo jiné realizovat i naplnění čl. VI Základní prováděcí smlouvy ve znění dodatku č. 3 ze dne 26.11.2004. Uvedeným dodatkem se Poskytovatel, společnost ČESKÝ TELECOM a.s. zavázala, že v případě ukončení platnosti Rámcové smlouvy a Základní prováděcí smlouvy předá MI ČR časově neomezené, nevýhradní a nepřenositelné právo užívání Portálu veřejné správy. Ustanovení Smlouvy o zajištění provozu PVS týkající se předmětného závazku byla rozebrána shora.

Závazek k převodu oprávnění k užití Portálu veřejné správy byl obsažen již v Základní prováděcí smlouvě. Za předpokladu, že toto plnění je poskytováno bezúplatně (tj. v případných licenčních smlouvách nebude sjednána cena za poskytnutí uživatelských práv) a za předpokladu, že tímto způsobem získá MI ČR taková práva k užití Portálu veřejné správy, která mu budou umožňovat následnou veřejnou zakázku na poskytování služeb Portálu veřejné správy a jakož i na případný rozvoj aplikací zadat nejlépe v otevřeném zadávacím řízení, nemusel by zde dle našeho názoru být rozpor se zákonem o veřejných zakázkách. Tento závěr vychází pouze z obecného posouzení dané problematiky. Konečné stanovisko by mohlo být dáno až po detailnější specifikaci způsobu, jakým bude k převodu docházet, jakož i specifikaci „převáděného majetku“ (Viz chybějící příloha 8/2, 8/3. Naopak, pokud by se jednalo o úplatné poskytnutí licence k dílu (např. software) bylo by nutno zhodnotit, zda právě pouze společnost TO2 je oprávněna tuto licenci poskytnout.

Opět upozorňujeme, že v souvislosti s naplněním čl. 4 odst. 4.5, který upravuje poskytnutí výkonu práva Dílo specifikované v příloze č. 8/3 Základní prováděcí smlouvy užit ke dni 1. 7. 2007, by zde mohly vzniknout pochybnosti, zda je odůvodněno zadání veřejné zakázky na provoz Portálu veřejné správy společnosti TO2 i po tomto datu (tj. až do 31. 12. 2007).

### **Nahrazení Informační části částí Prezentační**

Jak vyplývá ze Smlouvy o zajištění provozu PVS, předmětem plnění dle této smlouvy má být vedle shora specifikovaných plnění **nahrazení Informační části Portálu veřejné správy částí Prezentační, následný provoz Prezentační části a následný „převod Prezentační části do majetku MI ČR“ ke dni 1. 1. 2008.** Dle našeho názoru by právě u plnění spočívajícího v nahrazování Informační části částí Prezentační, jejího následného provozu a převodu, mohly vzniknout **největší pochybnosti z hlediska souladu jeho zadání se zákonem o veřejných zakázkách.**

Důvod nahrazení Informační části částí Prezentační nám z poskytnutých podkladů není zřejmý. Z odst. 4 čl. 4.6 Smlouvy o zajištění provozu PVS vyplývá, že Prezentační část má plně nahradit funkcionální částí Informační a přitom mají být nahrazeny všechny části, které nejsou v majetku společnosti TO2, jako Dodavatele, zejména Nevlastní programy, majetkem společnosti TO2. **S vývojem a následným provozem Prezentační části Portálu veřejné správy jsou spojeny značné náklady** (za vývoj a následný provoz Prezentační části PVS v délce 15 měsíců je ve smlouvě sjednána cena

ve výši 46.635.124,- Kč včetně DPH). I z tohoto hlediska by dle našeho názoru měla být odůvodněnost přeměny Informační části části Prezentační řádně zdůvodněna.

Nutno upozornit, že dle závazku vyplývajícího původně ze Základní prováděcí smlouvy měla být na MI ČR převedena Informační část Portálu veřejné správy (resp. mělo být předáno časově neomezené, nevýhradní a nepřenositelné právo užívání Portálu veřejné správy). Čistě teoreticky nelze opodstatněnost nahrazení Informační části části Prezentační a zejména pak s tím spojené zvýšené náklady „odůvodňovat“ např. tím, že společnost TO2 nemůže nebo nechce původní plnění Informační části poskytnout.

Dle našeho názoru **plnění spočívající v nahrazení Informační části části Prezentační není jako takové řádně specifikováno ve Výzvě**. Výzva tedy neobsahuje odůvodnění zadání takového plnění v jednacím řízení bez uveřejnění. Výzva pouze jako jednu z podmínek uzavření Smlouvy o poskytování služeb Portálu veřejné správy uvádí „přepsání Portálu veřejné správy do otevřených formátů, a to do 23. 6. 2007, tak aby v druhé polovině roku 2007 mohla být zadána veřejná zakázka na nového dodavatele již bez technologické závislosti.“ Právě s ohledem na užitý pojem „technologická závislost“ se dle našeho názoru podle odůvodnění Výzvy mělo jednat spíše o úpravu stávajících software, např. odstranění zakódování, čemuž však neodpovídá plnění následně sjednané ve Smlouvě o zajištění provozu PVS. Posouzení dané otázky by vyžadovalo bližší specifikaci případně posouzení další zadávací dokumentace.

Odhlédneme - li od samotné opodstatněnosti nahrazování Informační části části Prezentační, k otázce zadání této veřejné zakázky lze uvést následující. Viděno textem Smlouvy o zajištění Portálu veřejné správy a i dle informací MI ČR, v případě nahrazení Informační části části Prezentační bude vytvářen **nový systém, při zachování stávajících funkcionalit**. Takovéto plnění by však dle našeho názoru nasvědčovalo spíše **nutnosti veřejnou zakázku zadat v otevřeném zadávacím řízení, resp. v řízení které by umožňovalo účast více zájemcům**. Zadání veřejné zakázky společnosti TO2 v jednacím řízení bez uveřejnění, tak může být považováno za **porušení zákona o veřejných zakázkách a může způsobovat neplatnost příp. částečnou neplatnost Smlouvy o zajištění provozu PVS**. (Předpokladem by samozřejmě bylo posouzení případné závislosti nově poskytovaného plnění na již existujícím Portálu veřejné správy z hlediska případných zásahů do výhradních práv.)

Veřejnou zakázku na vytvoření Prezentační části, která by nahrazovala část Informační by bylo možno zadat společnosti TO2 tehdy, pokud by se jednalo např. o takové změny a zásahy do stávající Informační části (tj. nikoli o vytváření systému nového), k nimž by za předpokladu existence jejich výhradních práv byla oprávněna pouze společnost TO2, jako jediný možný dodavatel. K těmto zásahům by tedy nebyla oprávněna žádná jiná osoba (např. z důvodů jejich práv, případně z důvodu, že se jedná o takové zásahy, které nevyžadují souhlas nositele příslušných oprávnění, případně k nimž je MI ČR samo nebo prostřednictvím třetí osoby oprávněno). **I při splnění této podmínky by však v tomto konkrétním případě mohly vznikat pochybnosti o souladu takového postupu se zákonem o veřejných zakázkách**, a to z toho důvodu, že dle postupu předpokládaného Základní prováděcí smlouvou mělo být po jejím ukončení, resp. po ukončení Rámcové smlouvy předáno MI ČR časově neomezené, nevýhradní a nepřenositelné právo užívání Portálu veřejné správy (tj. i jeho Informační části). **Pokud by toto „předání“ Informační části Portálu veřejné správy umožňovalo následně zadat veřejnou zakázku více možným zájemcům, mohl by být zvolený postup MI**



## **ČR (tj. zadání veřejné zakázky společnosti TO2 před realizací převodu) posuzován jako obcházení zákona o veřejných zakázkách.**

V této souvislosti nelze bez dalšího přejít dopis ze dne 23. 1. 2007 zaslany MI ČR společností IBM Česká republika, spol. s r.o. (dále jen společnost „IBM“), v němž společnost IBM upozorňuje na hrozící poškození práv MI ČR a České republiky tím, že do majetku MI ČR nebude převedena Informační část Portálu veřejné správy. Dále společnost IBM upozorňuje na rizika a problémy, které by se mohly vyskytnout v souvislosti s realizací Prezentační části Portálu veřejné správy, a to zejména co se týče posouzení efektivního vynakládání prostředků státu na realizaci Prezentační části Portálu veřejné správy (do značné míry bude kopírovat Informační část) a co se týče možného zneužití autorských práv k autorským dílům zahrnutým v části Informační. (obdobně viz i dopis ze dne 5. 3. 2007 zaslany společností TO2 jménem společností ) S ohledem na nám dostupné informace, se tyto argumenty společností IBM jeví prozatím minimálně jako hodné zřetele.

### **Související otázky**

Dle článku 4 bod 4.6 Smlouvy o zajištění provozu PVS se společnost TO2 zavazuje nahradit Informační část Portálu veřejné správy Prezentační částí. Toto plnění má být poskytováno mimo jiné i nahrazováním „Nevlastních programů“, které nejsou v majetku Dodavatele majetkem Dodavatele. Dle odst. 4.8 se pak společnost TO2 zavazuje k „přepsání nevlastních programů“, které tvoří součást Informační části PVS. Upozorňujeme že, posuzováno čistě z hlediska formálního, by takovéto plnění mohlo navozovat možnost porušení autorských práv k původním počítačovým programům.

Definitivní zhodnocení dané problematiky by však vyžadovalo detailnější posouzení plnění spočívající v nahrazení Informační části Portálu veřejné správy, částí Prezentační, a to i z hlediska věcného a technického.

Rovněž upozorňujeme na ustanovení čl. 3 odst. 3.5 Smlouvy o zajištění provozu PVS, podle něhož je MI ČR oprávněno v průběhu platnosti této smlouvy požadovat po dodavateli **rozšíření Dila**, a to zejména o Aplikace potřebné pro rozvoj Portálu veřejné správy. O toto ustanovení Smlouvy o zajištění provozu PVS nelze opřít jakékoli plnění rozšiřující zakázku. V konkrétním případě by bylo opět nezbytné možnost zadání plnění pouze jednomu zájemci posoudit z hlediska souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

### **Smlouva o převodu práv**

V článku 4 odst. 4.8 Smlouvy o zajištění provozu PVS se MI ČR zavázalo k poskytnutí nezbytné datové základny, bez níž není možný přepis Nevlastních programů. Seznam nezbytné datové základny je uveden v příloze č. 3 ke Smlouvě o zajištění provozu PVS. Mimo jiné se jedná o Adresář veřejné správy, který je součástí Informační části Portálu veřejné správy (viz i Příloha č. 2 ke Smlouvě o zajištění provozu PVS obsahující popis poskytovaných služeb tj. i specifikaci Adresáře veřejné správy). V této souvislosti nám byla předložena Smlouva o převodu práv ze dne 18. 12. 2003 uzavřená mezi MI ČR a společností European Business Enterprise, a.s. (dále jen „společnost EBE“) týkající se právě poskytnutí práv k databázi Veřejné správy. Na základě této smlouvy získalo MI ČR veškerá práva pořizovatele databáze, tj. právo na vytěžování (trvalý nebo dočasný přepis celého obsahu databáze nebo jeho podstatné části na jiný podklad, a to

jakýmikoli prostředky nebo jakýmkoli způsobem) nebo na zužitkování (jakýkoli způsob zpřístupnění veřejnosti celého obsahu databáze nebo jeho podstatné části rozšiřováním rozmnožením, pronájemem, spojením on-line nebo jinými způsoby přenosu) celého obsahu databáze nebo její kvalitativně nebo kvantitativně podstatné části a právo jinému udělit oprávnění k výkonu tohoto práva.

Touto smlouvou získalo MI ČR práva výhradně k databázi adres subjektů veřejné správy ČR dodávané společností EBE pro účely řešení „Adresáře veřejné správy ČR“, jakožto infrastrukturní části projektu Portálu veřejné správy. Společnost EBE nepřevádí další databáze provozované na jejích informačních serverech (konkrétně je ve smlouvě o převodu práv zmíněna databáze „Adresář veřejné správy ČR“, který obsahuje adresářové informace o veřejné správě ČR tříděné demograficky a oborově dle platné struktury veřejné správy ČR). Předmětem převodu je databáze, pouze k databázi jako takové získává MI ČR příslušná práva, nikoli i k případným software. Ve smlouvě je výslovně uvedeno, že plnění proběhne prostřednictvím aplikací na platformě Lotus Notes Domino, přičemž tato aplikace slouží výlučně jako médium pro přenos předmětných dat a nabyvatel se zavazuje nepoužívat tyto aplikace bez písemného souhlasu společností EBE k jiným účelům. Databáze je aktuální ke dni 30. 11. 2003.

Z uvedených ustanovení vyplývá, že MI ČR získalo předmětná práva pořizovatele databáze pouze k úzce vymezené databázi adres subjektů veřejné správy ČR aktuální ke dni 30. 11. 2003, případně aktualizované MI ČR nebo prostřednictvím třetí osoby. Zásahy (např. aktualizace) databáze jsou možné, pokud jimi nebude docházet k zásahům do případných autorských nebo jiných práv k případným chráněným prvkům z nichž se databáze skládá. Nelze vyloučit, že databáze, k níž byla získána práva pořizovatele databáze sama o sobě splňuje i znaky autorského díla. Každý nový kvalitativně nebo kvantitativně podstatný vklad do databáze spočívající v doplnění, zkrácení či jiných úpravách pak má za následek vznik nového práva pořizovatele takto zhodnocené databáze, coby samostatného předmětu ochrany.

Shora uvedené závěry jsou pouze obecné, konkrétní zodpovězení otázek týkajících se plnění MI ČR dle čl. 4 odst. 4.8 Smlouvy o zajištění provozu PVS ve vztahu ke smlouvě o převodu práv by vyžadovalo poskytnutí doplňujících informací.

#### IV. Závěr

##### 1.

Viděno čistě textem Smlouvy o zajištění provozu PVS, není zde dle našeho názoru relevantní právní důvod a možnost k jejímu jednostrannému ukončení ze strany MI ČR. Upozorňujeme však na skutečnost, že smlouva obsahuje některá ustanovení, která by mohla být považována za neurčitá, resp. jejichž výklad by mohl být dle našeho názoru sporný, to platí např. pro nejasnosti ohledně ve smlouvě uvedené přílohy č. 8/2, resp. 8/3. Dle našeho názoru nelze vyloučit sporný výklad obsahu a rozsahu převáděného „Díla“.

## 2.

Z hlediska posouzení souladu postupu MI ČR při zadávání veřejné zakázky na zajištění provozu Portálu veřejné správy se zákonem o veřejných zakázkách se podle našeho názoru jako **problematické** jeví ve smlouvě sjednané **nahrazení Informační části Portálu veřejné správy částí Prezentační**. Toto plnění podle všeho soudu odporuje i obsahu plnění původně sjednaného v Základní prováděcí smlouvě, na jejímž základě mělo MI ČR získat časově neomezené, nevýhradní a nepřenositelné právo užívání Portálu veřejné správy, tj. i jeho Informační části. Viděno textem Smlouvy o zajištění provozu PVS a i dle informací MI ČR, v případě Prezentační části se jedná spíše než o úpravu stávajícího systému, tj. např. zásahů do stávajícího software, **o vytváření systému nového, při zachování stávajících funkcionalit**. Toto plnění bude realizováno i nahrazením tzv. Nevlastních programů, majetkem společnosti TO2. K zadání takového plnění by však dle našeho názoru bylo **nutno veřejnou zakázku zadat ve výběrovém řízení umožňujícím účast více zájemcům, nejlépe v otevřeném zadávacím řízení**. I v případě, že by se jednalo „pouze“ o modifikace stávající informační části (např. úpravy stávajícího software), bylo by nutno posoudit, zda k těmto úpravám je společnost TO2 výhradně oprávněna a je tedy jediným možným dodavatelem. Rovněž se nabízí otázka odůvodnění zadání plnění na vytvoření Prezentační části ještě před původně předpokládaným převedením částí Informační.

Vedle otázky způsobu zadání veřejné zakázky výzvou v jednacím řízení bez uveřejnění může nastat i otázka **odůvodnění nahrazení Informační části částí Prezentační**, a to zejména s **ohledem na účelnost nákladů tímto způsobem státem vynaložených**. Z poskytnutých podkladů zejména nevyplývá odůvodnění „přepisu Nevlastních programů“ a jejich nahrazení „majetkem“ společnosti TO2, když do majetku MI ČR měla být původně převedena Informační část. Čistě teoreticky, pokud by společnost TO2 nebyla schopna/nechtěla plnit závazek k předání Informační části a z toho důvodu bylo dohodnuto vytvoření Prezentační části Portálu veřejné správy (zejména přepisem Nevlastních programů), mohl by být tento postup napaden z hlediska jeho souladu se zákonem o veřejných zakázkách. V této souvislosti upozorňujeme zejména na dopis společnosti IBM, jehož argumenty se s tohoto pohledu jeví jako hodné zřetele.

## 3.

Pomineme – li setrvání na stávajícím rizikovém stavu, případnou úplnou nebo částečnou neplatnost Smlouvy o zajištění provozu PVS anebo ukončení smlouvy jako celku dohodou dle čl. 6 odst. 6.3 PVS, kde by bylo nutné vypořádání vzájemných závazků na základě písemné dohody do jednoho měsíce po ukončení smlouvy (toto řešení by ovšem dle našeho názoru rovněž vyžadovalo zajištění následného převodu Informační a Transakční části PVS na MI ČR a zajištění dalšího provozu PVS), je možno uvažovat např. o postupu, podle něhož by v případě sporného plnění Prezentační části Portálu veřejné správy mohla být dohodnuta změna Smlouvy o zajištění provozu PVS v tom smyslu, že bude vypuštěno plnění týkající se převedení Informační části Portálu veřejné správy na část Prezentační. Na MI ČR by pak byla převedena Informační část a uděleno oprávnění k výkonu práva užít Informační část, resp. její autorskoprávně chráněné prvky, tak jak bylo předpokládáno v Základní prováděcí smlouvě. K takovéto změně by mohlo být přistoupeno uzavřením písemného dodatku



podepsaného oběma smluvními stranami ve smyslu čl. 8 odst. 8.3 Smlouvy o zajištění provozu PVS. Předpokladem by samozřejmě byla vůle obou smluvních stran.

Nutno však upozornit, že ani uvedený postup by neznamenal úplné vyloučení odpovědnosti za porušení zákona o veřejných zakázkách, byl-li tento zákon porušen již při uzavření Smlouvy o zajištění provozu PVS, jak naznačeno výše. Zdůraznit je třeba v této souvislosti zásadní skutečnost, že podle poskytnutých informací již došlo k částečnému plnění Prezentační části Portálu včetně poskytnutí finančních plnění ze strany MI ČR.

Jednostranné odstoupení od Smlouvy o zajištění provozu PVS by bylo možné pouze v případech které stanoví zákon, případně, které vyplývají ze smlouvy (viz ve smlouvě sjednaná možnost výpovědi v případě podstatného porušení smlouvy). Z nám dostupných informací možnost jednostranného odstoupení ze strany MI ČR nevyplývá.

V případě, že bychom konstatovali absolutní neplatnost nebo částečnou absolutní neplatnost smlouvy o zajištění provozu PVS a strany by se na této skutečnosti shodly, mělo by následovat vypořádání smluvních stran, přičemž strany by si měly vrátit vše, co do té doby plnily.

Dovolávání se neplatnosti u soudu bychom považovali za krajní variantu. Především upozorňujeme, že rozhodnutí příslušných orgánů v této věci nelze předjímat. V případě konstatování porušení zákona o veřejných zakázkách a z toho případně vyplývající neplatnosti předmětné smlouvy lze předpokládat i další důsledky z této skutečnosti plynoucí (např. udělení pokuty).

V případě konstatování porušení zákona o veřejných zakázkách a z toho plynoucí neplatnosti Smlouvy o zajištění provozu PVS nelze vyloučit odpovědnost toho, kdo tuto neplatnost způsobil.

Nutno znovu upozornit, že předmětem tohoto stanoviska nebyla analýza právních aktů předcházejících Smlouvy o zajištění provozu PVS, zejm. pak posouzení Rámcové smlouvy a Základní smlouvy z hlediska zákona o veřejných zakázkách, kde by bylo nutné rovněž rozsáhlé věcné a technické posouzení. Právní závěry ohledně Rámcové smlouvy a Základní smlouvy by přitom samozřejmě mohly ovlivnit také právní závěry ohledně Smlouvy o zajištění provozu PVS, včetně zajištění samotného provozu Portálu.

Jsme samozřejmě připraveni odpovědět na případné dotazy.

S pozdravem

  
Prof. JUDr. Jan Kříž, CSc., advokát