



Advokátní kancelář Kříž a Bělina

Dlouhá 13, Praha 1, 110 00

E-mail: recepce@akkb.cz

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 Objednatelům 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 Prezentací 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 uhradena 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 nezabývali 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