UOHSX001PQL9

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZa/VKu V Brně dne 4. dubna 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10.3.2010 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, zast. doc. MUDr. Bohuslavem Svobodou, CSc., primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 19.3.2010 JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, ev. č. ČAK 8185, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., se sídlem Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1,

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jedná Vladimír Lich, předseda představenstva, a Bc. Magdalena Češková, místopředsedkyně představenstva,

- vybraný uchazeč – HAGUESS, a.s. IČ 25085166, se sídlem Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice, za niž jedná Miroslava Turková, předsedkyně představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zadavatelem hlavním městem Prahou**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, při uzavírání

a) smlouvy č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26.2.2007,

b) smlouvy č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007,

c) smlouvy č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007,

d) smlouvy č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008,

e) licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31.7.2008,

f) smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DES Fire ze dne 31.7.2008,

g) licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31.7.2008,

h) smlouvy č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009,

i) smlouvy č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009,

j) smlouvy č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009,

v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

a ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zadavatelem Dopravním podnikem hl. m. Prahy, akciovou společností**, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, při uzavírání

1. smlouvy o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15.10.2007,
2. smlouvy o dílo na dodávku software systému DOS, software SAM a ASW-HSM-DOS ze dne 15.7.2008, ke které byl dne 15.12.2008 uzavřen dodatek č. 1, dne 22.12.2008 dodatek č. 2, a dne 12.2.2010 dodatek č. 3,
3. smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008,
4. smlouvy o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15.9.2008,

v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, se dopustil správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

a) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26.2.2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

b) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

c) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

d) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

e) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

f) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

g) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009 v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

přičemž tyto postupy zadavatele hlavního města Prahy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, se dopustil správních deliktů podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

a) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15.10.2007 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

b) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15.7.2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

c) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když dne 22.12.2008 uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

d) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když dne 12.2.2010 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

e) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

f) nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když uzavřel smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15.9.2008 aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona,

přičemž tyto postupy zadavatele Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciové společnosti, mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli hlavnímu městu Praze, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 600 000,– Kč (šest set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

IV.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. tohoto rozhodnutí se zadavateli Dopravnímu podniku hl. m. Prahy, akciové společnosti, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 500 000,– Kč (pět set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

V.

Zadavatel hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, se při uzavření

1. licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31.7.2008,
2. smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DES Fire ze dne 31.7.2008, a
3. licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31.7.2008,

nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

VI.

Zadavatel Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, se při uzavření smlouvy o dílo ze dne 15.7.2008 v části týkající se dodávky software SAM a ASW-HSM-DOS nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podněty k přezkoumání postupu zadavatelů hlavního města Prahy, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 19.3.2010 JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, ev. č. ČAK 8185, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., se sídlem Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1 (dále jen „hlavní město Praha“), a Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciové společnosti, IČ 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jedná Vladimír Lich, předseda představenstva, a Bc. Magdalena Češková, místopředsedkyně představenstva (dále jen „Dopravní podnik“), při uzavírání smluv v souvislosti s realizací projektu Opencard. Na základě obdržených podnětů si Úřad vyžádal příslušnou dokumentaci.

2. Úvodem Úřad poznamenává, že v textu odůvodnění jsou použity následující zkratky:
   PCKS Pražské centrum kartových služeb
   SKC Servisní kartové centrum
   DOS Dopravně odbavovací systém
   KAP Kartová aplikace parkování
   SAM Security Application Module
   HSM Hardware Security Module
   UKP Univerzální karta Pražana

Zadávací řízení

3. Z dokumentace, kterou Úřad na základě svých žádostí od zadavatelů obdržel, vyplývají následující skutečnosti. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 1411 ze dne 4.10.2005 vyplývá, že rada hlavního města Prahy schválila informační strategii hl. města Prahy do roku 2010 - „Cesta k e-Praze“, která obsahuje projekt na vytvoření multifunkční čipové karty Pražana s předpokládaným termínem realizace v letech 2006 až 2010.

4. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006 vyplývá, že rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování Pražského centra kartových služeb (dále též „PCKS“), s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb v turistickém ruchu atp. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb. V souvislosti s tímto záměrem rozhodlo hlavní město Praha vybudovat PCKS jako univerzální otevřené technologické prostředí pro poskytování městských služeb s využitím multifunkční čipové karty. Univerzální karta Pražana (dále též „UKP“) měla být využita konkrétně při parkování, v městské knihovně, k autorizovanému přístupu na extranet eTown a v oblasti přístupových a podpisových certifikátů.

5. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 517 ze dne 17.4.2007 vyplývá, že rada hlavního města Prahy souhlasí s dalším pokračováním rozvoje projektu PCKS s cílem realizovat velkou emisi Opencard, včetně kartové aplikace předplatné v Pražské integrované dopravě v období 2007 až 2008, a žádá Dopravní podnik o součinnost při zajištění technických a organizačních podmínek pro rozvoj tohoto projektu.

6. Z předložené dokumentace Úřad dále zjistil, že smlouvy, které jsou předmětem šetření v rámci tohoto správního řízení, navazují na veřejnou zakázku „Realizace servisního kartového centra“, kterou hlavní město Praha zadalo za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28.6.2006 pod ev. č. 50023676. Dne 27.10.2006 uzavřelo hlavní město Praha se společností HAGUESS, a.s. IČ 25085166, se sídlem Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice (dále jen „vybraný uchazeč“), smlouvu o dílo č. DIL/40/05/001120/2006, s cenou za předmět plnění ve výši 82 440 410,- Kč bez DPH. Následně uzavřelo hlavní město Praha v jednacím řízení bez uveřejnění s vybraným uchazečem následující smlouvy:

   1. smlouvu č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26.2.2007, s cenou za předmět plnění ve výši 8 880 095 Kč bez DPH,
   2. smlouvu č. INO/40/05/001296/2007 na zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007, s cenou za předmět plnění ve výši 14 601 081 Kč bez DPH,
   3. smlouvu č. INO/40/01/001386/2007 na zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007, s cenou za předmět plnění ve výši 16 794 868 Kč bez DPH,
   4. smlouvu č. INO/40/01/001638/2008 na zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008, s cenou za předmět plnění ve výši 19 991 070 Kč bez DPH,
   5. licenční smlouvu č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31.7.2008, s cenou za předmět plnění ve výši 622 525 Kč bez DPH,
   6. smlouvu č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire ze dne 31.7.2008, s cenou za předmět plnění ve výši 15 957 340 Kč bez DPH,
   7. licenční smlouvu č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31.7.2008 č. LIC/40/01/001651/2008, s cenou za předmět plnění ve výši 1 060 290 Kč bez DPH,
   8. smlouvu č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009, s cenou za předmět plnění ve výši 13 254 616 Kč bez DPH,
   9. smlouvu č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009, s cenou za předmět plnění ve výši 13 254 616 Kč bez DPH,
   10. smlouvu č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009, s cenou za předmět plnění ve výši 19 881 924 Kč bez DPH.

7. Dopravní podnik uzavřel s vybraným uchazečem dne 15.10.2007 smlouvu o dílo na dodávku software dopravního obslužného systému k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému (dále jen „DOS“) ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE s cenou za předmět plnění ve výši 11 052 500 Kč bez DPH.

8. Dne 15.7.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona smlouvu o dílo na dodávku software – systém DOS, SAM a ASW-HSM-DOS s cenou za předmět plnění ve výši 45 520 000 Kč bez DPH, z toho cena za dodávku software systému DOS byla 24 010 000,- Kč bez DPH. K této smlouvě byly postupně uzavřeny tři dodatky. Předmětem dodatku č. 1 uzavřeného dne 15.12.2008 bylo rozšíření udělené licence z 250 000 na 350 000 evidovaných uživatelů

s nahranou kartovou aplikací DOS. Předmětem dodatku č. 2 ze dne 22.12.2008 bylo rozšíření funkcionality systému s cenou za předmět plnění ve výši 4 800 000 Kč bez DPH.

9. Dodatek č. 3 byl uzavřen na základě veřejné zakázky „Rozšíření licence Software DOS“ zadané zadavatelem Dopravní podnik v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona na základě výzvy ze dne 8.2.2010. Předmětem veřejné zakázky bylo rozšíření licence software DOS pro maximálně 650 000 uživatelů evidovaných karet, dále změna finančního závazku Dopravního podniku vůči vybranému uchazeči a udělení nového typu licence Dopravnímu podniku. Dodatek č. 3 byl uzavřen dne 12.2.2010, cena předmětu plnění byla sjednána ve výši 29 140 880 Kč bez DPH.

10. Dne 31.7.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS. Za zřízení kontaktního místa uhradil zadavatel 74 770,- Kč, jeho provoz se vybraný uchazeč zavázal realizovat v rámci provozních činností PCKS.

11. Dne 15.9.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy s cenou za předmět plnění ve výši 2 385 896 Kč bez DPH.

Průběh správního řízení

12. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatelé hlavní město Praha a Dopravní podnik postupovali v souladu se zákonem, když uzavřeli s vybraným uchazečem shora uvedené smlouvy a jejich dodatky v jednacích řízeních bez uveřejnění, a proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumávání úkonů zadavatelů.

13. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel – hlavní město Praha,
- zadavatel – Dopravní podnik,
- vybraný uchazeč.

14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-1563/2010/540/LZa ze dne 8.3.2010. Všichni účastníci správního řízení obdrželi oznámení o zahájení správního řízení dne 10.3.2010 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Úřad dále účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-3264/2010/540/LZa z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

15. Dne 19.3.2010 obdržel Úřad poštou žádost hlavního města Prahy o prodloužení lhůty pro vyjádření stanoviska k podkladům rozhodnutí do 12.4.2010 a lhůty, ve které jsou uchazeči oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, a to do 16.4.2010.

16. Usnesením č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-4102/2010/540/LZa ze dne 22.3.2010 Úřad prodloužil účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření stanoviska k podkladům rozhodnutí a lhůtu, ve které jsou uchazeči oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy.

17. Dne 23.3.2010 umožnil Úřad zástupci hlavního města Prahy nahlédnout do spisu.

Vyjádření zadavatele hlavního města Prahy ze dne 12.4.2010

18. Hlavní město Praha se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřilo dne 12.4.2010. Zadavatel hlavní město Praha ve svém vyjádření namítá, že oznámení o zahájení správního řízení ze dne 8.3.2010 není dostatečně určité z hlediska vymezení předmětu správního řízení, neboť v něm nejsou dostatečně vymezeny skutky, které jsou zadavateli kladeny za vinu. Vzhledem k tomu, že není zřejmé, k čemu se má zadavatel vyjádřit, nelze zaslat odpovídající vyjádření a navrhnout důkazy. Předmět správního řízení je dle názoru hlavního města Prahy vymezen v rozporu s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“). V této souvislosti odkazuje zadavatel hlavní město Praha na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 A 73/2002 ze dne 20.11.2003.

19. Hlavní město Praha dále uvádí, že projekt Opencard existoval v roce 2006 jako koncepce, jejíž konkrétní technické a obchodní provedení mělo být předmětem soutěže v otevřeném zadávacím řízení. Usnesením rady hlavního města Prahy č. 1411 ze dne 4.10.2005 byla schválena informační strategie hlavního města Prahy do roku 2010 - „Cesta k e-Praze“, ve vztahu k projektu Opencard se však jedná o nekonkrétní dokument, na jehož základě není možné identifikovat jeho požadované funkčnosti. Usnesení rady hlavního města Prahy č. 708 z 16.5.2006 předpokládalo realizaci projektu v několika fázích, *z* uvedeného dokumentu jsou sice již patrné koncepční rysy projektu Opencard, není z něj však zřejmé konkrétní technické a obchodní řešení, které bylo předmětem veřejné zakázky „Realizace servisního kartového centra“, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28.6.2006 pod ev. č. 50023676 (dále jen „původní veřejná zakázka“). Vzhledem k tomu, že v daném zadávacím řízení byla doručena pouze nabídka vybraného uchazeče, neměl zadavatel možnost porovnat jím navrhované řešení s nabídkami jiných uchazečů, neměl jistotu, že by v případě zrušení veřejné zakázky a jejího nového zadání obdržel výhodnější nabídku, a proto dne 27.10.2006 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo (dále jako „původní smlouva o dílo“), přestože některé, zejména obchodní podmínky (licenční podmínky software servisního kartového centra) se později ukázaly jako omezující. V té době však zadavatel uvažoval, že projekt Opencard bude spravován a rozvíjen jeho zaměstnanci bez účasti externích dodavatelů, proto na podmínky vybraného uchazeče přistoupil. Nutnost čerpání externích služeb zjistil zadavatel až v rámci zkušebního provozu, nemohl je předem objektivně předvídat. Jednotlivé smlouvy týkající se provozu PCKS byly s vybraným uchazečem uzavírány vždy na období několika měsíců, protože paralelně probíhala jednání o uvolnění licenčních podmínek.

20. Hlavní město Praha konstatuje, že se bez vlastního zavinění dostalo do situace, kdy bylo zcela závislé na provozování servisního kartového centra (dále jen „SKC“) ze strany vybraného uchazeče, neboť již vynaložilo prostředky v řádech desítek milionů Kč podle původní smlouvy o dílo, současně nebylo schopno provozovat SKC ve vlastní režii a provozování SKC třetím subjektem bylo znemožněno restriktivními licenčními podmínkami software SKC. Postupné uzavírání jednotlivých smluv ohledně provozování SKC byla dle názoru vybraného uchazeče jediná možná varianta v souladu se zákonem.

21. Hlavní město Praha uvádí, že v průběhu realizace projektu Opencard vznikaly další, v době zadání původní veřejné zakázky objektivně nepředvídatelné potřeby týkající se především nutnosti rozšířit stávající kapacity SKC, zejména bylo nezbytné zajistit implementaci kartové

aplikace parkování (dále jen „KAP"), rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, implementaci technologie SAM - Security Application Module (dále jen „SAM“) do SKC, získání odpovídající licence SW SAM, implementaci technologie HSM - Hardware Security Module (dále jen „HSM“) do SKC a získání odpovídající licence SW HSM. Při zprovoznění KAP, integraci technologie MIFARE DESFire, technologie SAM a technologie HSM byly nutné úpravy hardwarových a softwarových prostředků SKC, z čehož vyplývá, že tuto činnost mohl provést pouze vybraný uchazeč, který jako jediný disponuje zdrojovými kódy SKC a zná topologii systému SKC. Zásah do software SKC ze strany jiné osoby by byl porušením licenčních podmínek software SKC. Licence k ovládacímu software SAM a HSM byly nezbytné k užití tohoto software a technologie SAM a HSM v rámci SKC, přičemž tuto licenci mohl poskytnout pouze dodavatel technologie SAM a HSM, tj. vybraný uchazeč.

22. V souvislosti s výše uvedeným odkazuje zadavatel hlavní město Praha na ustanovení licenční smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem dne 6.11.2006, jejíž vzor včetně přílohy č. 1 a 2 byl přílohou č. 7 původní smlouvy o dílo, na znalecký posudek Ing. Reného Pitáka č. 251/2009 ze dne 10.3.2009 (dále jen „znalecký posudek Ing. Pitáka č. 1“) a znalecký posudek Ing. Zdeňka Kroupy č. 203-2008-8 ze dne 28.4.2008 (dále jen „znalecký posudek Ing. Kroupy“). Z obou posudků vyplývá, že *řešení SKC dodané vybraným uchazečem je unikátní, protože jako jediné dostupné řešení v současné době v České republice* (a lze uvažovat tedy i v rámci Evropského hospodářského prostoru, jak uvádí znalec) umožňuje realizaci koncepce nezávislého vydavatele čipových karet a provozovatelů kartových aplikací. *Zajištění a rozvoj provozu PCKS vyžaduje aktivní užití práv,* a to jak k vlastnímu software, které je součástí SKC, tak dalších nehmotných statků, *k jejichž užití má výhradní oprávnění vybraný uchazeč*. Řešení jakéhokoliv jiného dodavatele by vyžadovalo *v* podstatě využití stejných prvků, které jsou využity *v* řešení vybraného uchazeče, což by bylo z technického hlediska obtížné, a současně by velmi pravděpodobně zasahovalo do autorských práv vybraného uchazeče, a to jak v podobě užití software, k nimž je výhradním držitelem práv, tak do aplikovaných pracovních postupů, kde je k jejich užití oprávněn výhradně vybraný uchazeč. Zajištění provozních činností PCKS jiným subjektem by bylo z technického hlediska značně obtížné, ne-li nemožné, neboť by muselo dojít k vytvoření celého řešení SKC bez využití software a know-how, k němuž má výhradní práva vybraný uchazeč, což by bylo zřejmě nemožné bez zásahu do jeho autorských práv, neboť jakýkoli jiný poskytovatel řešení a souvisejících služeb by musel vybudovat identicky řešený systém včetně odpovídající specifikace procesů a pracovních postupů.

23. Ve vztahu k dodávce licence KAP hlavní město Praha uvádí, že jedním z předmětů plnění původní smlouvy o dílo bylo vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací dle specifikací uvedených v příloze č. 2 původní smlouvy o dílo, přičemž jednou z nich byla i KAP. Samotné vytvoření KAP ve smyslu jejího naprogramování a integrace do systému SKC/PCKS však v rámci původní veřejné zakázky nebylo zamýšleno a nebylo ani jejím předmětem.

24. K rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, dodávku SW SAM a ASW HMS - SKC hlavní město Praha uvádí, že se jednalo o vylepšení bezpečnosti systému SKC v reakci na nově objevená bezpečnostní rizika původně použité technologie MIFARE, která se stala známými až po realizaci původní veřejné zakázky a která v době jejího zadání nebylo možno předvídat. V době zadání původní zakázky se jednalo o standardně používanou technologii. V této souvislosti odkazuje na článek týkající se bezpečnostních rizik technologie MIFARE

zveřejněný v březnu 2008 v časopise PC World a stanovisko společnosti RELSIE spol. s r.o., IČ 62417339, se sídlem Na Stárce 1201/12, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jan Houžvička (dále jen „RELSIE“) ze dne 15.5.2008, které si zadavatel nechal zpracovat.

25. V rámci svého vyjádření ze dne 12.4.2010 odkazuje zadavatel hlavní město Praha opakovaně na znalecký posudek, který předloží v rámci správního řízení ve lhůtě dvou měsíců. S ohledem na shora uvedené skutečnosti navrhuje zadavatel zastavení správního řízení.

Vyjádření zadavatele Dopravního podniku ze dne 12.4.2010

26. Dne 13.4.2010 bylo Úřadu doručeno vyjádření Dopravního podniku, který odkazuje na svá vyjádření zaslaná Úřadu v rámci podnětu vedeného Úřadem pod sp. zn. P634/2008/540/LZa. V těchto vyjádřeních Dopravní podnik uvádí, že v souvislosti se zavedením karty Opencard zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona veřejnou zakázku „Dopravně odbavovací systém – dodávka software“, jejímž předmětem byla dodávka software DOS ve vazbě na čipovou kartu, dodávka software SAM a ASW-HSM-DOS. Výzva k jednání byla zaslána vybranému uchazeči, s nímž Dopravní podnik následně dne 15.7.2008 uzavřel smlouvu o dílo. Při zadání veřejné zakázky Dopravní podnik postupoval na základě znaleckého posudku Ing. Kroupy, podle kterého je technologické, projektové a dodavatelské řešení vybraného uchazeče z pohledu implementace do stávajících systémů provozovaných hlavním městem Prahou unikátní a v rámci Evropského hospodářského prostoru není k dispozici řešení, které by po technologické stránce vyhovovalo potřebám začlenění do systémů provozovaných hlavním městem Prahou. Dále vycházel ze Studie proveditelnosti aplikace UKP v DOS vyhotovená v roce 2007 společností TELMAX s.r.o. (dále jen „studie TELMAX“). Dopravní podnik sděluje, že požadavek na rozšíření počtu licencí na užívání DOS a požadavek na rozšíření funkcionality DOS vznikl až následně. Tyto veřejné zakázky byly zadány rovněž v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči.

27. Ve vztahu k DOS Dopravní podnik dále uvádí, že se jedná o systém, který úzce spolupracuje a je provázán s PCKS. Systém DOS navazuje na systém SKC vybudovaný a provozovaný hlavním městem Praha a je tedy součástí PCKS. Vzhledem k tomu musí mít odpovídající technické vlastnosti. Úzká návaznost systému DOS na PCKS a SKC je dána skutečností, že doprava v rámci Pražské integrované dopravy byla rozhodnutím hlavního města Prahy začleněna do projektu Opencard. Dopravní podnik nemá vliv na podobu SKC a řešení vlastní čipové karty (například způsob práce s jejím datovým prostorem). SKC je zodpovědné mimo jiné za vydání a řízení životního cyklu čipové karty Opencard pro jednotlivé uživatele, která je pak využívána systémem DOS, tedy Dopravním podnikem a ostatními dopravci Pražské integrované dopravy. Dopravní podnik je v postavení provozovatele kartové aplikace. Aby byl systém DOS schopen v systému PCKS řádně fungovat, musí odpovídat řešení SKC, tj. řešení dodanému vybraným uchazečem. Řešení DOS musí být shodné v následujících oblastech: datový model, bezpečnostní model včetně práce s šifrovacími klíči, způsob práce s čipovou kartou.

28. Dopravní podnik obdobně jako hlavní město Praha namítá, že předmět správního řízení není v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 8.3.2010 dostatečně určitě vymezen, neboť z oznámení není možné dovodit, jakého konkrétního jednání nebo opomenutí se měl Dopravní podnik dopustit. S odkazem na ust. § 49 správního řádu navrhuje, aby bylo nařízeno ústní jednání.

29. S ohledem na výše uvedené Dopravní podnik konstatuje, že při zadávání veřejných zakázek postupoval v souladu se zákonem, a navrhuje zastavení správního řízení.

Vyjádření zadavatele hlavního města Prahy ze dne 15.6.2010

30. Dne 16.6.2010 bylo Úřadu doručeno vyjádření hlavního města Prahy, jehož součástí je i znalecký posudek č. 278/2010 ze dne 4.6.2010 zpracovaný soudním znalcem Ing. René Pitákem (dále jen „znalecký posudek Ing. Pitáka č. 2“).

31. Hlavní město Praha uvádí, že znalecký posudek Ing. Pitáka č. 2 potvrzuje, že smlouvy na rozšíření funkcionalit SKC, tj. smlouvy na dodávku licence KAP, licenční smlouvy na SW SAM, licenční smlouvy na ASW HMS-SKC a licenční smlouvy na rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, nebylo možné z technických důvodů uzavřít již v roce 2006 v rámci zadání původní veřejné zakázky na realizaci PCKS. Postupné budování informačního systému považuje znalec za obvyklý postup, nejednalo se o účelové dělení zakázek.

32. Ve vztahu ke smlouvám o zajištění provozu PCKS z posudku Ing. Pitáka č. 2 vyplývá, že k činnostem prováděným na základě těchto smluv je zapotřebí přímého užití software SKC. V této souvislosti zadavatel hlavní město Praha uvádí, že s ohledem na restriktivní licenční podmínky k užití software SKC, nemohly být smlouvy o zajištění provozování PCKS uzavřeny s jiným subjektem než s vybraným uchazečem.

33. Znalecký posudek Ing. Pitáka č. 2 dále uvádí, že z technického hlediska (použití HW a SW) není objektivně možné, aby KAP integroval do SKC jiný subjekt než vybraný uchazeč, technologie MIFARE Standard byla v roce 2006 běžně užívanou technologií a její bezpečnostní rizika nebyla v dané době známa, přičemž z technického hlediska nebylo možné, aby SKC bylo rozšířeno o technologie MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS jiným subjektem než vybraným uchazečem.

34. K otázce technické obtížnosti a časové a nákladové efektivity změn SW SKC při použití metody reverzního inženýrství (tj. bez znalosti původních zdrojových kódů) znalec Ing. Piták sděluje, že takový postup by byl v daném případě velmi obtížný a časově a finančně velmi náročný, přičemž náklady takových činností by mohly dosáhnout i přesáhnout náklady vybudování obdobného systému znovu od základů. V této souvislosti hlavní město Praha uvádí, že použití metody reverzního inženýrství by bylo navíc v rozporu s licenčními ujednáními týkajícími se software SKC.

35. S ohledem na výše uvedené trvá hlavní město Praha na tom, že veškeré smlouvy byly uzavřeny v souladu s § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a navrhuje zastavení správního řízení.

36. Usnesením č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-12531/2010/540/VKu ze dne 20.8.2010 stanovil Úřad zadavateli Dopravnímu podniku lhůtu k zaslání přesného vyčíslení nákladů na zřízení kontaktního místa DOS podle čl. 3.1.1 smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008.

37. Dne 30.8.2010 obdržel Úřad žádost Dopravního podniku o prodloužení lhůty k zaslání vyčíslení nákladů na zřízení kontaktního místa DOS stanovené výše uvedeným usnesením. Úřad lhůtu zadavateli prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-13259/2010/540/VKu ze dne 2.9.2010.

38. Dne 16.9.2010 obdržel Úřad od Dopravního podniku sdělení, že náklady na zřízení kontaktního místa DOS podle čl. 3.1.1 smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008 činí celkem 74 770,- Kč. Zadavatel uvádí, že za tyto finanční prostředky byly pořízeny počítače, monitory, smart-UPS 1500VA USB a čtečky karet Opencard.

Závěry Úřadu

39. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů (zejména dokumentace předložené zadavateli hlavním městem Praha a Dopravním podnikem týkající se realizace projektu Opencard a uzavřených smluv, vyjádření obou zadavatelů, zadavateli předložených znaleckých posudků a stanovisek, usnesení rady hlavního města Prahy č. 1411 ze dne 4.10.2005, č. 0708 ze dne 16.5.2006, č. 517 ze dne 17.4.2007) a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatelé hlavní město Praha a Dopravní podnik nepostupovali v souladu s ust. § 21 odst. 2 zákona ve spojení s ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

40. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
    a) otevřené řízení,
    b) užší řízení,
    c) jednací řízení s uveřejněním,
    d) jednací řízení bez uveřejnění,
    e) soutěžní dialog,
    f) zjednodušené podlimitní řízení.

41. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení, a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

42. Podle ust. § 21 odst. 3 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek uvedených v § 24 soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zjednodušené podlimitní řízení.

43. Dle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

44. K použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ust. § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatelů zejména k použití § 23 odst. 4 písm. a)

zákona, tj. možnosti splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv.

45. Aplikace uvedeného ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozsudek C–385/02 ze dne 14.9.2004 (Evropská komise vs. Itálie), ve kterém ESD konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).

46. Úřad konstatuje, že prokázání existence důvodu pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat, podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.

K postupu zadavatele - hlavní město Praha

47. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel hlavní město Praha zadal původní veřejnou zakázku v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 28.6.2006 pod ev. č. 50023676. Předmětem původní smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 27.10.2006 bylo vytvoření specifikace řešení SKC, vytvoření návrhu řešení vybraných kartových aplikací (parkování, knihovna – čtenářský průkaz, přístup na portál hlavního města Prahy), implementace systému včetně dodávky technických komponent (HW a SW) pro provoz SKC, zajištění zkušebního provozu SKC, zajištění dodávky 50 tisíc hybridních čipových karet včetně produktové personalizace, podpora a údržba implementovaného systému po dobu 4 let od ukončení zkušebního provozu SKC.

48. Dle čl. I.4 původní smlouvy o dílo bude poskytnutí práv, ke kterým vybraný uchazeč vykonává majetková autorská práva, předmětem zvláštní licenční smlouvy uzavřené mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem, jejíž vzor tvoří přílohu č. 7 smlouvy. Příloha č. 2 vzoru licenční smlouvy obsahuje mimo jiné následující ustanovení:

Hlavní město Praha se zavazuje používat software SKC tak, aby nedošlo k porušení či ohrožení autorských práv vybraného uchazeče.

Nabyvatel souhlasí s tím, že nesmí poskytnout software třetí osobě bezplatně ani za úplatu.

Převést oprávnění získané na základě této smlouvy na třetí osobu smí zadavatel pouze s předchozím písemným souhlasem vybraného uchazeče.

Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software SKC.

Úprava software (aktualizace nebo též release) je dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“) a požívá plné ochrany podle tohoto zákona. Všechny úpravy a aktualizace software SKC se považují za jeho nedílnou součást.

Hlavní město Praha souhlasí s tím, že nesmí provádět žádné změny do software SKC ani do doprovodných souborů vyjma takových změn, které jsou prováděny obslužnými programy dodanými s instalací software SKC.

Hlavní město Praha není oprávněno zkoumat software SKC, studovat jej nebo zkoušet jeho fungování za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoliv prvek software SKC, jinak než v rámci obvyklého využívání programu. K jakýmkoliv úpravám, doplňkům a změnám software SKC nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když takové zásahy směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití hlavním městem Prahou, je hlavní město Praha oprávněno pouze na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče.

Veškeré myšlenky a jejich vyjádření obsažené v licenčních produktech jsou zároveň předmětem obchodního tajemství vybraného uchazeče.

Samotná licenční smlouva obsahující v příloze č. 2 všechna výše citovaná ustanovení byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 6.11.2006.

49. Hlavní město Praha následně uzavřelo v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem tyto smlouvy:
    a) smlouva č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování (KAP) ze dne 26.2.2007
    b) smlouva č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007
    c) smlouva č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007
    d) smlouva č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008
    e) licenční smlouva č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31.7.2008
    f) smlouva č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire ze dne 31.7.2008
    g) licenční smlouva č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31.7.2008
    h) smlouva č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009
    i) smlouva č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009
    j) smlouva č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009

50. Nutnost uzavření smluvního vztahu s vybraným uchazečem dovozuje hlavní město Praha ve vztahu ke všem výše uvedeným smlouvám z existence licenčních omezení k užití software SKC. Úřad uvádí, že hlavní město Praha bylo na základě uzavřené licenční smlouvy při provozování SKC skutečně omezeno jak co do možnosti zadat provozování SKC třetímu subjektu, tak co do možnosti SKC dále rozvíjet. Omezení, na která se zadavatel hlavní město Praha odvolává, si zadavatel s vybraným uchazečem sjednal sám v licenční smlouvě ze dne 6.11.2006, konkrétně v její příloze č. 2. Jak vyplývá z konkrétních výše citovaných ujednání obsažených v příloze č. 2, zadavatel s omezeními výslovně souhlasil a na nepříznivé podmínky sám přistoupil.

51. Ve vztahu k existenci důvodu ochrany autorských práv Úřad konstatuje, že existenci podmínek, na základě nichž lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním. Zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5.11.2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle daného ustanovení zákona. Podpůrně lze taktéž odkázat na rozsudek ESD C-385/02 ze dne 28.10.2002 Komise ES v. Italská republika, v němž ESD dospěl k závěru, že okolnosti, které opodstatňují použití jednacího řízení bez uveřejnění, nesmí být v žádném případě způsobené zadavatelem. Argumentace zadavatele, který zadal zakázky na dokončení stavby zadržovací nádrže na ochranu proti povodním v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu krajní naléhavosti, zde směřovala k tomu, že dodatečné veřejné zakázky zadal, aby zabránil nebezpečí vzniku povodní. Tuto argumentaci ESD odmítl s odůvodněním, že v daném případě nebyla naplněna podmínka krajně naléhavé události, kterou zadavatel nezpůsobil, neboť původní veřejné zakázky týkající se stavebních prací na ochranu před povodněmi byly zadány 10 až 15 let před zadáním dodatečných prací, přičemž zadavatel sám v původních podmínkách zadání stanovil, že provádění stavebních prací bude probíhat po položkách podle dostupných prostředků. Podle názoru ESD neprokazují tyto skutečnosti krajní naléhavost, neboť se jedná o stav, který způsobil sám zadavatel požadavkem na postupnou realizaci veřejné zakázky. Ačkoliv se v daném případě nejedná o věcně totožný charakter předmětu plnění veřejné zakázky, lze s ohledem na obdobnost důvodů, pro které byl postup v jednacím řízení bez uveřejnění v konkrétním případě řešeném ESD označen za neoprávněný, vycházet i ze závěrů předmětného rozsudku ESD.

52. V nyní šetřeném případě se tedy není možné odvolávat na smluvní vztah, který hlavní město Praha s vybraným uchazečem ohledně ochrany autorských práv a licenčních podmínek dne 6.11.2006 uzavřelo, případně ani na ujednání obsažená v jiných smlouvách uzavřených mezi těmito dvěma subjekty. Okolnosti, které by za jiné situace mohly odůvodňovat aplikaci ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu ochrany výhradních práv, nemohou vycházet ze situace, kdy si zadavatel nejprve sám vytvoří dané podmínky a teprve v okamžiku, kdy je právně obtížné je změnit, dovolává se oprávněnosti postupu podle výše citovaného ustanovení zákona. Důvody pro postup zadavatele podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona musí být dány objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele, přičemž v daném případě se jedná o alternativy a nikoliv podmínky, které musí být splněny kumulativně. To, že licenční podmínky mohou být objektivně sjednány jiným způsobem, potvrzuje nakonec i sám zadavatel hlavní město Praha, když ve svém vyjádření ze dne 12.4.2010 uvádí, že v roce 2010 uzavřelo s vybraným uchazečem dohodu o uvolnění licenčních podmínek k software SKC. Argumentace zadavatele, že by jednal v rozporu s licenčními ujednáními, je tedy z tohoto pohledu irelevantní.

53. K námitce hlavního města Prahy, že v rámci původní veřejné zakázky byla podána pouze nabídka vybraného uchazeče a zadavatel tak musel akceptovat jeho podmínky, pokud chtěl veřejnou zakázku realizovat, Úřad uvádí, že zadání veřejné zakázky závisí jen na rozhodnutí zadavatele, je pouze na jeho vůli, zda se veřejnou zakázku rozhodne zadat i za nevýhodných

podmínek. Zadavatel musí sám zvážit, zda lze podmínky uchazeče akceptovat, odpovědnost za toto rozhodnutí nese pouze on. Obecně lze uvést, že postup, kdy zadavatel nemá možnost výběru nejvhodnější nabídky na základě srovnání nabídek více uchazečů a pouze akceptuje nabízené řešení bez ohledu na jeho kvalitu a výhodnost, směřuje proti zájmu zadavatele a mělo by být podloženo ekonomickou úvahou o výhodnosti nabízeného řešení. Z pohledu zákona lze uvést, že pokud je v zadávacím řízení podána pouze nabídka jediného uchazeče, nelze v rámci následného hodnocení porovnáním nabídek více subjektů zajistit efektivní soutěž o zakázku. Skutečnost, že v původní veřejné zakázce neproběhla řádná soutěž mezi více dodavateli, ale zadavatel posuzoval pouze nabídku vybraného uchazeče, zadavatele nezbavuje odpovědnosti za zadání veřejné zakázky. Zadavatel si navíc již v rámci původních podmínek zadání mohl možnost dispozice s autorskými právy do budoucna vyhradit. K námitce, že zadavatel neměl jistotu, že v případném novém zadávacím řízení obdrží i nabídky jiných subjektů, Úřad uvádí, že zadavatel rovněž nemůže s jistotou tvrdit, že by takové nabídky neobdržel. Rovněž námitka, že hlavní město Praha chtělo následně realizaci celého projektu zajišťovat vlastními zaměstnanci, není relevantní. Zadavatel musí znát své možnosti, tedy i vlastní personální zdroje a jejich kvalitu a kapacitu. Nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že objektivně nemohl předem předvídat, že provoz PCKS nebude moci zajistit vlastními silami. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že zadavatel musí věnovat dostatečnou péči již samotné přípravě zadávacího řízení.

54. Ve vztahu k posudkům, na které hlavní město Praha ve svém vyjádření odkazuje, Úřad předně uvádí, že znalecký posudek Ing. Kroupy byl vypracován pro zadavatele Dopravní podnik ve věci posouzení kartové aplikace DOS a možnosti jejího začlenění do PCKS, tento posudek se nevyjadřuje k možnému postupu zadavatele hlavního města Prahy při uzavírání dotčených smluv. V této souvislosti Úřad pro úplnost konstatuje, že dle názoru Ing. Kroupy by jiný subjekt než vybraný uchazeč musel při realizaci kartové aplikace DOS spolupracovat s vybraným uchazečem, a to s ohledem na skutečnost, že vybraný uchazeč je dodavatelem a provozovatelem PCKS a kartové aplikace DOS i řešitelem a potenciálním dodavatelem kartové aplikace DOS. Jako jinou možnost vidí znalec využití zdrojových kódů stávající kartové aplikace DOS nebo systému PCKS za využití reverzního inženýringu, což odporuje autorským právům vybraného uchazeče. Z citovaného názoru znalce tedy vyplývá, že Ing. Kroupa připouští řešení kartové aplikace DOS jiným subjektem než vybraným uchazečem za podmínky využití zdrojových kódů stávající kartové aplikace DOS.

55. Ze znaleckého posudku Ing. Pitáka č. 1 vyplývá, že řešení SKC dodané vybraným uchazečem je jedinečné, řešení jiného dodavatele by bylo z technického hlediska obtížné a současně by velmi pravděpodobně zasahovalo do autorských práv vybraného uchazeče. Ve vztahu k zajištění provozních činností PCKS Ing. Piták uvádí, že jejich zajištění jiným dodavatelem než vybraným uchazečem by bylo značně obtížné, neboť by muselo dojít k vytvoření řešení SKC bez využití software a know-how vybraného uchazeče, což by bylo zřejmě nemožné bez zásahu do jeho autorských práv. K znaleckému posudku Ing. Pitáka č. 1 Úřad konstatuje, že znalec zde nevylučuje realizaci veřejných zakázek navazujících na řešení SKC jiným dodavatelem, pouze uvádí, že by bylo technicky obtížné, a to opět z důvodu nemožnosti využití software a know-how vybraného uchazeče.

56. Ze znaleckého posudku Ing. Pitáka č. 2 vyplývá, že zajištění provozu PCKS a činností a služeb v rámci provozu SKC má přímou návaznost na využití software SKC. Rovněž fungování KAP

bez využití software SKC není možné. Ing. Piták dále uvádí, že z technického hlediska (použití HW a SW) nebylo objektivně možné, aby KAP, MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS do SKC integroval jiný subjekt než vybraný uchazeč. Řešení KAP si vyžádalo napojení přímo na software SKC i změny hardware SKC, proto bylo třeba programově upravit software SKC, přičemž zdrojovými kódy disponoval pouze vybraný uchazeč. Rovněž rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS znamená zásah do hardwarové konfigurace SKC a tedy rovněž do zdrojových kódů vybraného uchazeče. Na základě uvedeného znalec konstatuje, že z technických důvodů mohl integraci technologií MIFARE DESFire, SAM a ASW-HMS do SKC provést pouze vybraný uchazeč. K uvedenému Úřad uvádí, že znalec zde evidentně zaměňuje technické důvody odůvodňující realizaci veřejných zakázek vybraným uchazečem s důvody vyplývajícími z ochrany jeho výhradních práv. Pokud by si zadavatel nesjednal omezující licenční podmínky, neexistovaly by ani „technické“ důvody uváděné znalcem.

57. Ing. Piták ve svém znaleckém posudku č. 2 dále konstatuje, že smlouvu na dodávku licence KAP rozšiřující funkcionalitu SKC nebylo možné z technických důvodů uzavřít již v roce 2006 v rámci zadání původní veřejné zakázky na realizaci PCKS. K citovanému závěru znaleckého posudku Úřad uvádí, že obecně je možné připustit existenci situace, kdy zadavatel nemůže objektivně předpokládat, že v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou bude muset v budoucnu realizovat další zadávací řízení. V nyní šetřeném případě však zadavatel hlavní město Praha schválil již dne 4.10.2005 informační strategii hlavního města Prahy do roku 2010 – „Cesta k e-Praze“, z níž vyplývá, že v letech 2006 až 2010 plánuje realizovat projekt na vytvoření multifunkční čipové karty Pražana. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006 vyplývá, že rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování PCKS, s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana využitelnou mimo jiné v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu, atd. a umožňující občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb. V souvislosti s tímto záměrem rozhodlo hlavní město Praha vybudovat PCKS jako univerzální otevřené technologické prostředí pro poskytování městských služeb s využitím multifunkční čipové karty. Univerzální karta Pražana měla být využita konkrétně při parkování, v městské knihovně, k autorizovanému přístupu na extranet eTown a v oblasti přístupových a podpisových certifikátů. Jak vyplývá z přílohy č. 2 usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006, SKC je popsáno jako univerzální otevřené technologické prostředí, které se stane technologickým základem pro implementaci a integraci postupně všech kartových aplikací z různých oblastí městských a komerčních služeb, SKC bude zajišťovat postupný rozvoj služeb poskytovaných prostřednictvím čipové karty.

58. Z výše uvedených skutečností jednoznačně vyplývá, že zadavatel hlavní město Praha plánoval již v době zadání původní veřejné zakázky (její oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 28.6.2006) využití čipové karty při bezhotovostní úhradě většiny městských služeb, konkrétně i parkování v parkovacích zónách placeného stání v městských částech hlavního města Prahy. Vytvoření návrhu řešení KAP ve vztahu k systému PCKS bylo již součástí předmětu plnění původní smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem dne 27.10.2006, nelze tedy souhlasit s tvrzením zadavatele hlavního města Prahy, že potřebu implementace KAP nemohl objektivně předvídat a plány na provedení Opencard byly zcela nekonkrétní. Zadavatel naopak prokazatelně do budoucna

plánoval konkrétní využití čipové karty, jak vyplývá z výše uvedené informační strategie a usnesení.

59. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel hlavní město Praha nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodávku licence KAP a provozování PCKS zadal v jednacích řízeních bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem

- smlouvu č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26.2.2007,
- smlouvu č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007,
- smlouvu č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007,
- smlouvu č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008,
- smlouvu č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009,
- smlouvu č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009,
- smlouvu č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, nevytvořil podmínky pro zadání veřejné zakázky na základě výzvy jedinému uchazeči a veřejné zakázky zadal v některém ze „standardních“ zadávacích řízení, čímž by zajistil soutěž mezi dodavateli, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejné zakázky mohly být zadány jinému uchazeči, který by nabídl pro zadavatele výhodnější podmínky. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku V. rozhodnutí

60. Ve vztahu k rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire, dodávku SW SAM a ASW HMS - SKC Úřad na základě zhodnocení všech podkladů připouští argumentaci zadavatele hlavního města Prahy, že zadavateli nebyla v době zadání původní veřejné zakázky známa bezpečnostní rizika původně použité technologie MIFARE Standard. Tato skutečnost vyplývá zejména z článku zveřejněného v časopise PC World dne 12.3.2008, na který zadavatel v této souvislosti odkazuje. Dále ji potvrzuje i znalecký posudek Ing. Pitáka č. 2 a stanovisko společnosti RELSIE. Úřad připouští, že zadavatel musel reagovat na nově zjištěné skutečnosti a vývoj v technologii zabezpečení karet týkající se zabezpečení čipových karet proti případnému zneužití, které nebylo možné při realizaci původní veřejné zakázky předvídat. V konkrétním případě se jednalo o událost výjimečné povahy, která ve svém důsledku vyvolala nutnost mimořádného řešení vzniklé situace, odchylující se od standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Úřad v této souvislosti přihlédl dále ke skutečnosti, že k uzavření všech smluv, které se týkají přechodu na novou technologii MIFARE DESFire, tj. licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM, smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DESFire a licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM – SKC, došlo v jeden den, a to cca čtyři měsíce ode dne zveřejnění výše uvedeného článku, konkrétně dne 31.7.2008. Tento fakt svědčí o tom, že zadavatel uzavřením výše uvedených smluvních vztahů bezprostředně reagoval na nově objevená bezpečnostní rizika původně použité technologie MIFARE Standard. Vzhledem k tomu, že s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu by bylo možné postupovat

v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, které se týká zadávání veřejných zakázek v krajně naléhavém případě, který zadavatel nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, přičemž z časových důvodů není možné zadání v jiném druhu zadávacího řízení, Úřad uvádí, že se již dále nezabýval skutečností, zda mohly být uvedené veřejné zakázky zadány postupem podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. I pokud by se totiž ukázalo, že zadavatel nebyl oprávněn uzavřít smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nemělo by to vliv na možnost zadavatele použít jednací řízení bez uveřejnění podle písm. b) daného ustanovení zákona.

61. S ohledem na výše uvedené skutečnosti dospěl Úřad k závěru, že zadavatel hlavní město Praha se při uzavření

1. licenční smlouvy č. LIC/40/01/001650/2008 na SW SAM ze dne 31.7.2008,
2. smlouvy č. DIL/40/01/001652/2008 na rozšíření SKC o technologii MIFARE DES Fire ze dne 31.7.2008, a
3. licenční smlouvy č. LIC/40/01/001651/2008 na ASW HSM - SKC ze dne 31.7.2008,

nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.

K postupu zadavatele - Dopravní podnik

62. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele Dopravního podniku, který je akciovou společností, vyplývá, že jediným jeho akcionářem je hlavní město Praha. Hlavní město Praha je tak stoprocentním vlastníkem zadavatele Dopravního podniku.

63. Rada hlavního města Prahy schválila usnesením č. 1411 ze dne 4.10.2005 informační strategii hl. města Prahy do roku 2010 - „Cesta k e-Praze“, která obsahuje projekt na vytvoření multifunkční čipové karty Pražana s předpokládaným termínem realizace v letech 2006 až 2010. V bodě IV. daného usnesení požádala ředitele akciových společností s majetkovou účastí hlavního města Prahy, aby postupovali při rozvoji informatiky v souladu s Informační strategií hlavního města do roku 2010 a zajišťovali nezbytnou součinnost.

64. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006 vyplývá, že rada hlavního města Prahy schválila projekt vybudování PCKS s cílem poskytnout občanům hlavního města Prahy univerzální čipovou kartu Pražana, která bude využitelná pro občany v oblastech dopravní infrastruktury, městských služeb, v turistickém ruchu, atd. a umožní občanům bezhotovostně čerpat většinu městských služeb. Záměrem bylo, aby UKP byla postupně využitelná ve všech hlavních oblastech služeb poskytovaných obyvatelstvu, mimo jiné i akciovými společnostmi s majetkovou účastí hlavního města Prahy. Jako jeden z hlavních cílů jejího zavedení bylo stanoveno, že karta umožní i těmto akciovým společnostem zvyšovat a zjednodušovat obslužnost obyvatelstva a zároveň jim umožní získávat komplexní přehledy o čerpání všech druhů služeb. Rada hlavního města Prahy v bodě IV. citovaného usnesení současně žádá ředitele akciových společností s majetkovou účastí hlavního města Prahy o zajištění nezbytné součinnosti při realizaci PCKS. V grafickém znázornění PCKS, které je součástí přílohy č. 1 usnesení č. 0708 ze dne 16.5.2006, je Dopravní podnik zařazen mezi městské aplikace, u nichž se využití UKP předpokládá.

65. Z usnesení rady hlavního města Prahy č. 517 ze dne 17.4.2007 vyplývá, že rada hlavního města Prahy souhlasí s dalším pokračováním rozvoje projektu PCKS s cílem realizovat velkou emisi Opencard včetně kartové aplikace předplatné v Pražské integrované dopravě v období 2007 až 2008. Řediteli Magistrátu hlavního města Prahy bylo uloženo, aby v termínu do 4.9.2007 zahájil přípravné práce související s dalším využitím Opencard ve službách poskytovaných akciovými společnostmi s majetkovou účastí hlavního města Prahy a Dopravní podnik byl současně požádán o součinnost při zajištění technických a organizačních podmínek pro rozvoj tohoto projektu, a to v termínu do 29.5.2007.

66. Dne 15.10.2007 uzavřel zadavatel Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o dílo, jejímž předmětem byla dodávka software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE. Vzhledem k tomu, že cena plnění nedosahovala finančního limitu stanoveného pro nadlimitní veřejné zakázky u sektorového zadavatele, uzavřel Dopravní podnik danou smlouvu bez předchozího zadávacího řízení.

67. V souladu s čl. 7.12. smlouvy o dílo ze dne 15.10.2007 je právo užití dodaného díla upraveno v licenční smlouvě, která je nedílnou součástí smlouvy o dílo jako její příloha č. 7. Dle čl. II bodů 1. a 2. licenční smlouvy je účelem této smlouvy úprava vzájemných práv a povinností v souvislosti s poskytnutím práv k užití software pro provoz DOS s využitím čipové karty, licence je poskytnuta pro využití v DOS v rozsahu vedení evidence pro maximálně 50 000 uživatelů čipových karet, při současném provozu 25 klientských stanic a 250 terminálových zařízení. V příloze č. 2 licenční smlouvy sjednal Dopravní podnik s vybraným uchazečem mimo jiné následující omezující podmínky pro užití software DOS:

Dopravní podnik souhlasí s tím, že nesmí poskytnout software třetí osobě bezplatně ani za úplatu.

Převést oprávnění získané na základě této smlouvy na třetí osobu smí zadavatel pouze s předchozím písemným souhlasem vybraného uchazeče.

Součástí vybraným uchazečem poskytnuté licence nejsou zdrojové kódy k software.

Úprava software (aktualizace nebo též release) je dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“) a požívá plné ochrany podle tohoto zákona. Všechny úpravy a aktualizace software se považují za jeho nedílnou součást.

Dopravní podnik souhlasí s tím, že nesmí provádět žádné změny do software ani do doprovodných souborů vyjma takových změn, které jsou prováděny obslužnými programy dodanými s instalací software.

Dopravní podnik není oprávněn zkoumat software, studovat jej nebo zkoušet jeho fungování za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoliv prvek software, jinak než v rámci obvyklého využívání programu. K jakýmkoliv úpravám, doplňkům a změnám software nebo jeho doprovodné dokumentace, a to i když takové zásahy směřují k opravě zřejmé vady nebo jsou v souladu se zamýšleným účelem při jeho operativním využití Dopravním podnikem, je Dopravní podnik oprávněn pouze na základě předchozího písemného souhlasu vybraného uchazeče.

Veškeré myšlenky a jejich vyjádření obsažené v licenčních produktech jsou zároveň předmětem obchodního tajemství vybraného uchazeče.

68. Dne 15.7.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona smlouvu o dílo na dodávku software systému DOS, software SAM a ASW-HSM-DOS. Právo užití dodaného díla je v souladu s čl. 8.3. smlouvy řešeno v licenčních smlouvách v přílohách č. 6, č. 7 a č. 8 této smlouvy, které jsou její nedílnou součástí. Z licenční smlouvy software DOS (příloze č. 6), konkrétně z čl. II bodů 1. a 2. licenční smlouvy vyplývá, že účelem této smlouvy je úprava vzájemných práv a povinností v souvislosti s poskytnutím práv k užití software pro provoz DOS s využitím čipové karty, licence je poskytnuta pro využití v DOS v rozsahu vedení evidence pro maximálně 250 000 uživatelů čipových karet, při současném provozu 100 klientských stanic a 500 terminálových zařízení. Příloha č. 6 (licenční smlouva software DOS), příloha č. 7 (licenční smlouva software SAM) i příloha č. 8 (licenční smlouva software ASW HSM-DOS) obsahují rovněž stejnou přílohu č. 2 jako výše uvedená smlouva o dílo ze dne 15.10.2007 uzavřená mezi Dopravním podnikem s vybraným uchazečem.

69. Ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008 byly postupně uzavřeny tři dodatky. Předmětem dodatku č. 1 ze dne 15.12.2008 uzavíraného v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. 23 odst. 5 písm. b) zákona bylo rozšíření rozsahu udělené licence na 350 000 evidovaných uživatelů s nahranou kartovou aplikací DOS. Dle čl. II bodů 2.2. a 2.3. se rozšíření licence ve smyslu tohoto dodatku poskytuje na dobu maximálně 6 měsíců bezúplatně, do uplynutí této doby se smluvní strany zavazují jednat o zpoplatnění rozšíření licence. Předmětem dodatku č. 2 ze dne 22.12.2008 uzavíraného v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. 23 odst. 7 písm. a) zákona je rozšíření funkcionality systému DOS (zjednodušení uživatelského interface, funkcionalita práce s datem narození, modul podmíněného ceníku pro vybrané skupiny karet, funkcionalita poskytnutí slevy na roční kupón pro držitele, kteří o kartu požádali do 20.9.2008, funkcionalita poskytnutí slevy z ceny v závislosti na zvolení druhu distribučního kanálu, modul umožňující nahrávání kupónů zakoupených v e-shopu na kartu Opencard).

70. Dodatek č. 3 ze dne 12.2.2010 byl uzavřen na základě veřejné zakázky „Rozšíření licence Software DOS“ zadané zadavatelem Dopravní podnik v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona na základě výzvy ze dne 8.2.2010. Předmětem veřejné zakázky bylo rozšíření licence software DOS pro maximálně 650 000 uživatelů evidovaných karet, dále změna finančního závazku Dopravního podniku vůči vybranému uchazeči (vypořádání dřívějších závazků za rozšíření licence) a udělení nového typu licence Dopravnímu podniku hl. města Prahy a.s.

71. Dne 31.7.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS. Kontaktní místo je ve smlouvě definováno jako kontaktní místo kartové aplikace DOS, které provádí vybrané činnosti umožňující držitelům využívání kartové aplikace DOS a kde dochází k osobnímu kontaktu s veřejností. Provoz kontaktního místa se vybraný uchazeč zavázal realizovat v rámci provozních činností PCKS.

72. Dne 15.9.2008 uzavřel Dopravní podnik s vybraným uchazečem smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému zadavatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy v souvislosti s upgradem univerzálních výdejních strojků.

73. K postupu zadavatele Dopravního podniku Úřad předně uvádí, že návrh řešení kartové aplikace DOS nebyl součástí původní smlouvy uzavřené mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem dne 27.10.2006. Z přílohy č. 2 této smlouvy vyplývá, že vybraný uchazeč se zavázal k vytvoření návrhu využití čipové karty pouze ve vztahu ke kartovým aplikacím parkování, knihovna - čtenářský průkaz a přístup na portál hlavního města Prahy. Software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE se vybraný uchazeč zavázal vytvořit až na základě smlouvy uzavřené se zadavatelem Dopravním podnikem dne 15.10.2007. V této souvislosti odkazuje Úřad pro úplnost rovněž na usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006, konkrétně jeho přílohu č. 2, která SKC definuje jako univerzální otevřené technologické prostředí, které se stane technologickým základem pro implementaci a integraci postupně všech kartových aplikací z různých oblastí městských a komerčních služeb. Ve vztahu ke kartové aplikaci DOS tedy nebyly mezi hlavním městem Prahou a vybraným uchazečem sjednány omezující podmínky, které by zadavatele Dopravní podnik nutily, aby veřejnou zakázku na software DOS zadal vybranému uchazeči jako autorovi jejího řešení.

74. Z výše uvedených skutečností, zejména z citovaných usnesení rady hlavního města Prahy, vyplývá, že zadavatel Dopravní podnik byl od samého počátku seznámen s informační strategií hlavního města Prahy. Zadavateli Dopravnímu podniku bylo prokazatelně známo, že multifunkční čipová karta má být využita mimo jiné i při čerpání služeb v městské hromadné dopravě. Například usnesení rady hlavního města Prahy č. 517 ze dne 17.4.2007 jednoznačně hovoří o „velké emisi Opencard včetně kartové aplikace předplatné v Pražské integrované dopravě v období 2007 – 2008“. Výše uvedenými informacemi tedy zadavatel Dopravní podnik disponoval již v době, kdy uzavřel s vybraným uchazečem první ze smluv, ve vztahu k níž je vedeno správního řízení, tj. dne 15.10.2007. Dopravní podnik musel již v této době předpokládat, že k pořizovanému software DOS bude nutné do budoucna zabezpečit počet licencí minimálně odpovídající počtu stávajících držitelů časových kupónů v městské hromadné dopravě. Tento závěr potvrzuje i studie TELMAX, na niž zadavatel Dopravní podnik odkazuje. Studie TELMAX konkrétně uvádí, že vzhledem k tomu, že v současnosti je cca 550 tisíc držitelů časových kupónů, lze předpokládat, že přinejmenším tito držitelé si UKP s dopravní aplikací pořídí. Studie TELMAX dále předjímá postupné využití dopravní aplikace na UKP pro virtuální časový kupón, úhradu jednotlivého jízdného pomocí elektronické peněženky a pro jednotlivé elektronické jízdné. V části týkající se analýzy nákladů na zavedení aplikace UKP do DOS společnost TELMAX s.r.o., mimo jiné konstatuje, že je nutné počítat s nutností upgrade stávajících zařízení na výdej jízdenek. Z citovaných závěrů studie TELMAX rovněž vyplývá, že systém bude potřeba postupně rozšířit o nové funkcionality. I s touto skutečností byl tedy zadavatel seznámen.

75. Zadavatel tedy již v době uzavření smlouvy o dílo ze dne 15.10.2007 na dodávku software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE prokazatelně věděl, že bude nutné zabezpečit více než tehdy sjednaných 50 000 licencí, přesto uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem pouze na tento počet a následně uzavíranými smluvními vztahy počet licencí postupně navyšoval až na konečných 650 000 kusů. Již vzhledem k této skutečnosti nelze považovat uzavření smlouvy o dílo ze dne 15.10.2007 bez předchozího zadávacího řízení a následný postup zadavatele při uzavírání navazujících smluvních vztahů, a to ať již v jednacích řízeních bez uveřejnění nebo zcela mimo režim zákona, za postup v souladu se zákonem.

76. Možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění odvozuje zadavatel Dopravní podnik nejen ze studie TELMAX, ale i ze znaleckého posudku Ing. Kroupy. K oběma dokumentům uvádí Úřad následující. Znalec při specifikaci předmětného informačního systému víceméně přejímá definici díla (software k zajištění funkcionality DOS ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE) obsaženou ve dříve uzavřené smlouvě o dílo mezi Dopravním podnikem a vybraným uchazečem ze dne 15.10.2007. Uvádí, že vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč je dodavatelem a provozovatelem PCKS a současně i řešitelem a potenciálním dodavatelem kartové aplikace DOS, musel by s ním jiný potenciální dodavatel úzce spolupracovat. Jinou možností by bylo pouze využití zdrojových kódů stávající kartové aplikace DOS nebo systému PCKS za využití reverzního inženýringu, což odporuje autorským právům vybraného uchazeče. Z citovaného názoru znalce tedy vyplývá, že Ing. Kroupa připouští řešení kartové aplikace DOS jiným subjektem než vybraným uchazečem za podmínky využití zdrojových kódů stávající kartové aplikace DOS.

77. Studie TELMAX se přímo nevyjadřuje k otázce, zda je jediným možným dodavatelem DOS vybraný uchazeč. V části 5.7. obsahující návrh komunikačních vazeb DOS a systému PCKS naopak nepřímo připouští i jiného dodavatele, když ve vztahu k technické dokumentaci popisující datové rozhraní systému PCKS (SKC), která je uložena i u vybraného uchazeče, konstatuje, že je třeba zajistit její dostupnost pro budoucího dodavatele DOS pro řešení případných dotazů z jeho strany. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že ani studie TELMAX jiného dodavatele nevylučuje.

78. Nad rámec výše uvedeného Úřad konstatuje, obdobně jako v části odůvodnění týkající se postupu zadavatele hlavního města Prahy s ohledem na licenční podmínky sjednané mezi Dopravním podnikem a vybraným uchazečem následující. V šetřeném případě mohou ve vztahu k software k zajištění funkcionality DOS existovat důvody vyplývající z ochrany autorských práv podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, které brání tomu, aby byly veřejné zakázky na zvýšení počtu licencí a rozšíření jeho funkcionality zadávány jinému dodavateli než vybranému uchazeči, avšak omezení, na která se zadavatel Dopravní podnik odvolává, si zadavatel s vybraným uchazečem rovněž sjednal sám, a to v licenční smlouvě ze dne 15.10.2007, smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008 a následujících smluvních vztazích. Ve vztahu k existenci důvodu ochrany autorských práv Úřad opakovaně konstatuje, že existenci podmínek, na základě nichž lze postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí zadavatel způsobit sám svým předchozím jednáním. Zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad uvádí, že zadavatel se nemůže odvolávat na povinnosti vyplývající pro něj ze smluvních vztahů, které sám uzavřel. Okolnosti, které by za jiné situace mohly odůvodňovat postup v jednacím řízení bez uveřejnění, případně postup zcela mimo režim zákona z důvodu ochrany výhradních práv nemohou vycházet ze situace, kdy si zadavatel nejprve sám vytvoří dané podmínky a teprve v okamžiku, kdy je právně obtížné je změnit, dovolává se oprávněnosti postupu podle výše citovaného ustanovení zákona. Důvody pro postup zadavatele musí být dány objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele. V souvislosti z výše uvedeným Úřad odkazuje na již výše citované rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5.11.2002 (viz bod 51 rozhodnutí) a na rozsudek č. j. ESD C-385/02 ze dne 28.10.2002 Komise ES v. Italská republika. To, že licenční podmínky mohly být objektivně sjednány jiným způsobem, potvrzuje ve vztahu k šetřenému případu i skutečnost, že dodatkem č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008, bylo zadavateli nově umožněno

poskytnout třetí osobě podlicenci k software, čímž došlo k výraznému uvolnění licenčních podmínek.

79. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel Dopravní podnik nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky týkající se dodávky a rozšíření software DOS, zřízení a provozu kontaktního místa DOS a poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy zadal v jednacích řízeních bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 zákona, a na tyto veřejné zakázky uzavřel s vybraným uchazečem

- smlouvu o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15.10.2007,
- smlouvu o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15.7.2008, ke které byl dne 15.12.2008 uzavřen dodatek č. 1, dne 22.12.2008 dodatek č. 2, a dne 12.2.2010 dodatek č. 3,
- smlouvu o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008,
- smlouvu o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15.9.2008,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, nevytvořil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a veřejné zakázky zadal v některém ze „standardních“ zadávacích řízení, čímž by zajistil soutěž mezi dodavateli, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči, který by nabídl pro zadavatele výhodnější podmínky. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku VI. rozhodnutí

80. Ve vztahu ke smlouvě ze dne 15.7.2008, v části týkající se dodání SW SAM a ASW HMS - SKC, dospěl Úřad na základě zhodnocení předložené dokumentace k závěru, že zadavateli nemusela být v době uzavření smlouvy o dílo ze dne 15.10.2007 známa bezpečnostní rizika původně použité technologie MIFARE Standard. Jak Úřad již výše uvedl, tato skutečnost je zřejmá zejména z článku zveřejněného v časopise PC World dne 12.3.2008, ze znaleckého posudku Ing. Pitáka č. 2 a stanoviska společnosti RELSIE. Úřad připouští, že zadavatel musel reagovat na nově zjištěné skutečnosti týkající se zabezpečení čipových karet proti případnému zneužití, které nebylo možné předvídat. V konkrétním případě se jednalo o událost výjimečné povahy, která ve svém důsledku vyvolala nutnost mimořádného řešení vzniklé situace, odchylující se od standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu by bylo možné postupovat ve vztahu k dodání SW SAM a ASW HMS - SKC postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, které se týká zadávání veřejných zakázek v krajně naléhavém případě, který zadavatel nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, přičemž z časových důvodů není možné zadání v jiném druhu zadávacího řízení, Úřad uvádí, že se již dále nezabýval skutečností, zda mohly být uvedené veřejné zakázky zadány postupem podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. I pokud by se totiž ukázalo, že

zadavatel nebyl oprávněn uzavřít smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, nemělo by to vliv na možnost zadavatele použít jednací řízení bez uveřejnění podle písm. b) daného ustanovení zákona.

81. S ohledem na výše uvedené skutečnosti dospěl Úřad k závěru, že zadavatel Dopravní podnik se při uzavření smlouvy o dílo ze dne 15.7.2008 v části týkající se dodávky software SAM a ASW-HSM-DOS nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku VI. tohoto rozhodnutí.

Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení

82. Podle ust. § 46 odst. 1 věty druhé správního řádu musí oznámení zahájení řízení z moci úřední obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.

83. Z citovaného ustanovení vyplývá, že jednou z náležitostí oznámení o zahájení správního řízení je i předmět řízení, tedy označení věci, která je předmětem řízení.

84. V daném případě bylo zahájení správního řízení účastníkům řízení oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-1563/2010/540/LZa ze dne 8.3.2010, který hlavní město Praha obdrželo dne 10.3.2010 a Dopravní podnik dne 11.3.2010. V oznámení o zahájení správního řízení Úřad mimo jiné uvedl, že je zahajováno ve věci možného spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavateli hlavní město Praha a Dopravní podnik při uzavírání konkrétně specifikovaných smluvních vztahů v jednacích řízeních bez uveřejnění podle ust. § 23 zákona.

85. S ohledem na výše uvedené skutečnosti se Úřad neztotožňuje s názorem zadavatelů, že předmět správního řízení nebyl v oznámení o zahájení správního řízení dostatečně určitě vymezen. Z oznámení o zahájení správního řízení jednoznačně vyplývá, že Úřad zahájil správní řízení z důvodu pochybností o postupu zadavatelů při uzavírání jednotlivých smluvních vztahů, které Úřad v oznámení jednoznačně vymezil, a to v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatelé byli z oznámení o zahájení správního řízení schopni objektivně zjistit, o čem bude v řízení rozhodováno, k jakým skutkům se mají vyjadřovat a navrhovat důkazy. Úřad oznámil účastníkům řízení skutečnosti, které budou podkladem pro vydání rozhodnutí. To dokládá i obsah vyjádření včetně znaleckých posudků, které v rámci vedeného správního řízení zadavatelé hlavní město Praha a Dopravní podnik předložili. Pouze pro úplnost Úřad uvádí, že zástupce zadavatele hlavního města Prahy se s podklady pro vydání rozhodnutí seznámil navíc i v rámci nahlédnutí do spisu dne 23.3.2010.

Návrh na nařízení ústního jednání

86. Podle ust. § 49 odst. 1 věty první správního řádu správní orgán nařídí ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné.

87. Z citovaného ustanovení vyplývá, že v případech, kdy povinnost konání ústního jednání nestanoví zákon, je na úvaze správního orgánu, aby posoudil, zda je v daném konkrétním případě vhodné a potřebné, aby bylo ústní jednání nařízeno. Ústní jednání se koná tehdy, pokud je to nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků řízení, tedy zpravidla zejména tehdy, pokud je ve vedeném řízení nutné provést výslech svědků či provést jiné důkazy.

88. V oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S37/2010/VZ-1563/2010/540/LZa ze dne 8.3.2010, kterým Úřad účastníkům řízení oznámil zahájení správního řízení, mimo jiné uvedl, že vzhledem k předloženému spisovému materiálu a s přihlédnutím k obligatornímu písemnému průběhu zadávání veřejných zakázek nenařizuje ústní jednání podle ust. § 49 správního řádu.

89. K návrhu zadavatele Dopravního podniku, aby byly důkazy prováděny v ústním jednání, Úřad uvádí, že v šetřeném případě nemají účastníci správního řízení protichůdné zájmy, nebyl prováděn výslech svědků a podkladem pro rozhodnutí v daném případě jsou zejména skutečnosti, s nimiž Úřad účastníky řízení seznámil již v rámci oznámení o zahájení správního řízení. Dalšími podklady jsou listinné důkazy (zejména uzavřené smluvní vztahy a usnesení rady hlavního města Prahy), znalecké posudky a vyjádření předložená samotnými zadavateli. Jiné důkazy nebyly ze strany Úřadu prováděny. Vzhledem k těmto skutečnostem nepovažuje Úřad nařízení ústního jednání ve věci vedeného správního řízení nadále za nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků.

Uložení pokuty – hlavní město Praha

90. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
   a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle ust. § 82 zákona,
   b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle ust. § 84 zákona,
   c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle ust. § 109 a 155 zákona, nebo
   d) nesplní povinnost stanovenou v ust. § 146 a v 147 zákona pro uveřejňování.

91. V šetřeném případě se zadavatel správních deliktů dopustil tím, že pro zadání veřejných zakázek zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v ust. § 23 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejné zakázky zadal podle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč. Jelikož zadavatel uzavřel výše uvedené smluvní vztahy, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

92. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (*poena maior absorbet minorem* – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18.6.2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být

zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16.4.2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31.5.2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

93. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel opakovaně naplnil skutkovou podstatu jednoho správního deliktu. Protože se správních deliktů dopustil v období před oznámením rozhodnutí, jímž byl za některý z nich potrestán, jedná se o jejich stejnorodý vícečinný souběh.

94. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.

95. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

96. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z dokumentace, kterou si vyžádal na základě obdržených podnětů a kterou od zadavatele hlavního města Prahy obdržel ve dnech 7.9.2009, 29.12.2009 a 15.2.2010. K uzavření původní smlouvy o dílo došlo v daném případě dne 26.2.2007. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele hlavního města Prahy za správní delikt nezanikla.

97. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

98. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který ze správních deliktů je možno uložit nejpřísnější sankci.

99. Cena veřejných zakázek, při jejichž zadání se zadavatel hlavní město Praha dopustil správních deliktů, a za které může být zadavateli uložena pokuta, činí
   - u smlouvy č. INO/40/05/001270/2007 na dodávku licence kartové aplikace parkování ze dne 26.2.2007 částku 10 567 313,- Kč včetně DPH,
   - u smlouvy č. INO/40/05/001296/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 12.4.2007 částku 17 375 287,- Kč včetně DPH,

- u smlouvy č. INO/40/01/001386/2007 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.10.2007 částku 19 985 893,- Kč včetně DPH,
- u smlouvy č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008 částku 23 789 373,- Kč včetně DPH,
- u smlouvy č. INO/40/01/001831/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 2.1.2009 částku 15 772 993,- Kč včetně DPH,
- u smlouvy č. INO/40/01/001860/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 26.2.2009 částku 15 772 993,- Kč včetně DPH a
- u smlouvy č. INO/40/01/001966/2009 o zajištění provozu PCKS ze dne 25.5.2009 částku 15 772 993,- Kč včetně DPH.

100. Z uvedeného vyplývá, že nejpřísnější sankci lze uložit za správní delikt, kterého se zadavatel dopustil ve vztahu k uzavření smlouvy č. INO/40/01/001638/2008 o zajištění provozu PCKS ze dne 31.7.2008. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 1 189 469,- Kč.

101. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

102. Úřad vzal v úvahu tu skutečnost, že zadavatel hlavní město Praha svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacích řízeních a narušil tak soutěžní prostředí. Na vzniku podmínek, které odůvodnily jeho postup v jednacích řízeních bez uveřejnění, se zadavatel přitom sám aktivně podílel, když akceptoval návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem. V této souvislosti Úřad uvádí, že s ohledem na předmět plnění přitom nelze předpokládat, že by na trhu neexistovali i jiní dodavatelé schopní zajistit zadavatelem požadované plnění. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídek. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků, jejich úspora a zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Zadání v jednacím řízení bez uveřejnění v rozporu se zákonem je jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona a proto je nutné pojímat tuto skutečnost jako přitěžující okolnost. Ve vztahu k šetřenému případu nelze vyloučit, že pokud by zadavatel hlavní město Praha postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.

103. Úřad konstatuje, že konkurenční prostředí se zadavatel objektivně pokusil zajistit pouze v rámci původní veřejné zakázky „Realizace servisního kartového centra“, kterou hlavní město Praha zadalo v otevřeném řízení za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, která však není v rámci tohoto správního řízení předmětem přezkumu ze strany Úřadu. Toto zadávací řízení bylo řádně oznámeno a možnost účastnit se měli i jiní dodavatelé než vybraný uchazeč. Ve vztahu k následně realizovaným zadávacím řízením se však neuskutečnila jakákoliv soutěž a nedošlo tak ke splnění účelu zadávacího řízení, tj. zajištění hospodárného vynakládání veřejných prostředků při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí.

104. Jako k polehčující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že zadavatel se snažil své pochybení napravit, když jednal s vybraným uchazečem o uvolnění sjednaných omezujících licenčních podmínek, přičemž dohody bylo dosaženo v roce 2010.

105. Jako k přitěžující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že celková cena všech výše uvedených smluv, při jejichž uzavření se zadavatel dopustil správních deliktů, přitom překračuje částku 119 mil. včetně DPH

106. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z návrhu rozpočtu hlavního města Prahy pro rok 2012 umístěného na jeho internetových stránkách (www.praha.eu) Úřad zjistil, že příjmy hlavního města Prahy se pohybují v řádech desítek miliard Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši 37 247 051 tis. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

107. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

108. Pokuta uložená zadavateli hlavnímu městu Praze za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

109. Úřad posoudil postup zadavatele hlavní město Praha ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol - IČ zadavatele hl. města Prahy.

Uložení pokuty – Dopravní podnik

110. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
   a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle ust. § 82 zákona,
   b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle ust. § 84 zákona,
   c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle ust. § 109 a 155 zákona, nebo
   d) nesplní povinnost stanovenou v ust. § 146 a v 147 zákona pro uveřejňování.

111. Ve vztahu k uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku II. tohoto rozhodnutí odkazuje Úřad nejprve na výše uvedené obecné skutečnosti týkající se postupu správního orgánu při stanovení výše sankce při postihu souběhu správních deliktů (viz body 92 a 93 tohoto rozhodnutí). Jak již Úřad konstatoval výše, uplatní se v těchto případech zásada absorpce.

112. V šetřeném případě se zadavatel Dopravní podnik dopustil správních deliktů tím, že pro zadání veřejných zakázek zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v ust. § 23 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejné zakázky zadal podle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč. Jelikož zadavatel uzavřel výše uvedené smluvní vztahy, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

113. S ohledem na výše uvedenou zásadu absorbce Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.

114. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

115. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z dokumentace, kterou si vyžádal na základě obdržených podnětů a která mu byla zadavatelem Dopravním podnikem doručena ve dnech 11.12.2008, 16.2.2009 a 24.2.2010. K uzavření první smlouvy o dílo, ve vztahu k níž je vedeno správní řízení, došlo v daném případě dne 15.10.2007. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele Dopravního podniku za správní delikt nezanikla.

116. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

117. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který ze správních deliktů je možno uložit nejpřísnější sankci (nejvyšší pokutu).

118. Cena veřejných zakázek, při jejichž zadání se zadavatel Dopravní podnik dopustil správních deliktů, a za které může být zadavateli uložena pokuta, činí
   - u smlouvy o dílo na dodávku software DOS k zajištění funkcionality dopravně odbavovacího systému ve vazbě na čipové karty standardu MIFARE ze dne 15.10.2007 částku 13 152 475,- Kč včetně DPH,
   - u smlouvy o dílo v části týkající se dodávky software systému DOS ze dne 15.7.2008 částku 28 571 900,- Kč včetně DPH,
   - u dodatku č. 2 ze dne 22.12.2008 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008 částku 5 712 000,- Kč včetně DPH,

- u dodatku č. 3 ze dne 12.2.2010 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008 částku 34 677 647,- Kč včetně DPH,
- u smlouvy o zřízení a provozu kontaktního místa DOS ze dne 31.7.2008 částku 74 770,- Kč včetně DPH a
- u smlouvy o poskytování služeb na zpracování technické dokumentace a konzultační služby při integračním projektu zavedení systému objednatele pro využívání čipových karet Opencard v systému Pražské integrované dopravy ze dne 15.9.2008 částku 2 839 216,- Kč včetně DPH.

119. Z uvedeného vyplývá, že nejpřísnější sankci lze uložit za správní delikt, kterého se zadavatel Dopravní podnik dopustil ve vztahu k uzavření dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo ze dne 15.7.2008, jehož předmětem je plnění v hodnotě 34 677 647,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 1 733 882,- Kč.

120. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

121. Úřad vzal v úvahu tu skutečnost, že zadavatel Dopravní podnik svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacích řízeních a narušil tak soutěžní prostředí. Zadavatel si byl přitom od počátku vědom potřebného konečného rozsahu požadovaných plnění a následně rovněž akceptoval omezující licenční podmínky vybraného uchazeče. Úřad uvádí, že s ohledem na předmět plnění přitom nelze předpokládat, že by na trhu neexistovali i jiní dodavatelé schopní zajistit zadavatelem požadované plnění. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídek. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění efektivního vynakládání veřejných prostředků, jejich úspora a zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Zadání v jednacím řízení bez uveřejnění v rozporu se zákonem je jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona a proto je nutné pojímat tuto skutečnost jako přitěžující okolnost. Ve vztahu k šetřenému případu nelze vyloučit, že pokud by zadavatel Dopravní podnik postupoval v souladu se zákonem a zajistil proběhnutí řádné soutěže o veřejnou zakázku, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.

122. Jako k polehčující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že zadavatel Dopravní podnik v rámci dodatku č. 3 ze dne 12.2.2010 sjednal s vybraným uchazečem možnost poskytnutí podlicence k SW třetí osobě, kterou pověří správou a/nebo provozem systému DOS, čímž došlo k částečnému uvolnění licenčních podmínek do budoucna.

123. Jako k přitěžující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že celková cena všech výše uvedených smluv, při jejichž uzavření se zadavatel dopustil správních deliktů, přitom překračuje částku 85 mil. včetně DPH.

124. I když obecně nemůže zadavatel odůvodňovat svůj nezákonný postup pokyny získanými od jiného subjektu, přihlédl Úřad přesto v šetřeném případě jako k polehčující okolnosti ke skutečnosti, že stoprocentním vlastníkem zadavatele Dopravního podniku je hlavní město

Praha, která jej opakovaně žádala o zajištění nezbytné součinnosti při realizaci PCKS, resp. o součinnost při zajištění technických a organizačních podmínek pro rozvoj projektu Opencard (viz zejména usnesení rady hlavního města Prahy č. 0708 ze dne 16.5.2006 a č. 517 ze dne 17.4.2007 uvedená v bodech 64 a 65 tohoto rozhodnutí).

125. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z výroční zprávy zadavatele Dopravního podniku za rok 2010 umístěné na jeho internetových stránkách (www.dpp.cz) Úřad mimo jiné zjistil, že tržby zadavatele z jízdného dosáhly v roce 2010 částky 4 461 mil. Kč, přičemž v roce 2010 dosáhl zadavatel Dopravní podnik výsledku hospodaření za účetní období ve výši 1 354 272 tis. Kč. Úřad konstatuje, že vzhledem k objemu prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, nelze stanovenou výši pokuty považovat za likvidační.

126. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

127. Pokuta uložená zadavateli Dopravnímu podniku za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.

128. Úřad posoudil postup zadavatele Dopravního podniku ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol - IČ zadavatele Dopravního podniku.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9
2. HAGUESS, a.s., Na Michovkách I. 686, 252 43 Průhonice
3. JUDr. Karel Muzikář, advokát, advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., Křižovnické nám. 2/193, 110 00 Praha 1
4. Hlavní město Praha, Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy