UOHSX00EDTTR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0388/2020/VZ Brno 28.01.2021
Číslo jednací: ÚOHS-03495/2021/500/AIv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 1. 10. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Písek, IČO 00249998, se sídlem Velké náměstí 114/3, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 10. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha,
- navrhovatel – ALTAIR SOFTWARE s.r.o., IČO 28350511, se sídlem Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-018267, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 6. 2020,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ALTAIR SOFTWARE s.r.o., IČO 28350511, se sídlem Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc – **ze dne 1. 10. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – město Písek**, IČO 00249998, se sídlem Velké náměstí 114/3, 397 01 Písek – **učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy**

pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-018267, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 6. 2020, **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.**

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Písek, IČO 00249998, se sídlem Velké náměstí 114/3, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 10. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) zahájil podle zákona dne 26. 5. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-018267, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 6. 2020 (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).

2. Dle čl. 3 „předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky uzavření smlouvy na dodávku následujících produktů:

   „***Řízení vztahu s občany***
   Jedná se o dodávku internetové platformy, která umožní efektivně komunikovat s občany v krizových situacích, chránit jejich majetek a zdraví, zvyšovat návštěvnost kulturních akcí a jejich ziskovost, nebo snadno realizovat a vyhodnocovat průzkumy veřejného mínění a názory občanů. […]

   Internetová platforma pro plošná témata města

   Jedná se o dodávku aplikace umožňující prezentovat obyvatelům prostorové informace ve srozumitelné a široce akceptovatelné formě, prostřednictvím webu a mobilních zařízení. […]

   Komunikační platforma pro občany

   Jedná se o dodávku komplexního informačního systému, jehož cílem je integrace s ostatními informačními systémy, datovými zdroji města i vybranými systémy třetích stran, automatický sběr požadovaných dat a jejich jasné a automatizované publikování uživatelům. […]“ .

3. Dne 27. 8. 2020 obdržel navrhovatel – ALTAIR SOFTWARE s.r.o., IČO 28350511, se sídlem Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc (dále jen „navrhovatel“) – oznámení o výběru dodavatele a o vyloučení dodavatele z téhož dne (dále jen „oznámení o vyloučení dodavatele“), na základě něhož byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení.

4. Dne 10. 9. 2020 obdržel zadavatel námitky navrhovatele proti vyloučení ze zadávacího řízení z téhož dne, které rozhodnutím o námitkách ze dne 21. 9. 2020 odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými v rozhodnutí zadavatele o námitkách nesouhlasil, podal dne 1. 10. 2020 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

6. Z návrhu navrhovatele je zřejmé, že směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž zadavatel porušil dle navrhovatele zákon tím, že jej bez řádných důvodů vyloučil dle ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

7. Navrhovatel předně uvádí, že úkony zadavatele musí být jednoznačně, srozumitelně a tím i přezkoumatelně vyjádřeny, aby se s nimi mohli seznámit účastníci zadávacího řízení, a aby případně mohly být přezkoumány Úřadem. Zadavatel však dle navrhovatele v oznámení o vyloučení neuvedl, proč vyhodnotil dané pochybení navrhovatele za závažné či dlouhodobé. Navrhovatel dále doplňuje, že zadavatel je povinen uvést, na základě čeho konkrétně považuje pochybení za pochybení dosahující takové intenzity, že jej lze považovat za závažné. Navrhovatel má dále za to, že zadavatel neuvedl, z jakých důvodů a za jakých skutkových okolností došlo k časovému prodlení a proč bylo nedodržení harmonogramu považováno za pochybení, a kdy k údajnému prodlení došlo, aby nebylo možné toto prodlení zaměnit s jiným prodlením.

8. Navrhovatel dále doplňuje, že dne 27. 6. 2019 byla zadavateli předána k akceptaci analýza, která byla následně dne 12. 7. 2019 akceptována, přičemž dne 29. 8. 2019 byl dle navrhovatele zadavatel informován o termínu předání „software“[1] k testování a k zahájení akceptačního řízení k datu 12. 9. 2019. Navrhovatel dále shrnuje e-mailovou komunikaci mezi navrhovatelem a zadavatelem týkající se testování „software“, jeho předání do pilotního provozu a provedení akceptačního řízení vč. zaslání akceptačních protokolů zadavateli. Navrhovatel namítá, že ze strany zadavatele nikdy nedošlo k podepsání akceptačních protokolů, přesto, že *„dle č. 2.3 Smlouvy je [z]adavatel povinen poskytnout [d]odavateli nezbytnou součinnost pro plnění povinností [d]odavatele a dle čl. 15.2 se personál [o]bjednatele bude účastnit [a]kceptačního řízení v rozsahu nezbytném k jeho provedení*.“. K této věci navrhovatel cituje čl. 9.6 a 9.8 smlouvy o dodávce software uzavřené dne 1. 4. 2019 mezi navrhovatelem a zadavatelem (dále jen „smlouva ze dne 1. 4. 2019“) týkající se povinností zadavatele v rámci akceptačního řízení a dále postupu v případě neschválení výstupu.

9. Navrhovatel namítá, že v čl. 1.1 písm. l) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí: *„Dokumentace znamená dokumenty, které jsou výstupem provádění Plnění, zejména pak dokumenty výslovně uvedené v [č]lánku Chyba! Nenalezen zdroj odkazů.“,* přičemž vzhledem k chybnému odkazu není možné najisto určit, kterého článku smlouvy ze dne 1. 4. 2019

[1] Dle odst. b) preambule smlouvy uzavřené dne 1. 4. 2019 mezi zadavatelem a navrhovatelem znamená „software“ programové vybavení pro řízení vztahu s občany, platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany – pozn. Úřadu.

se dané ustanovení týká. Dále cituje z čl. 9.1 uvedené smlouvy, v němž se uvádí, že *„[p]ředání a převzetí předmětu Plnění a Dílčích částí Plnění, včetně předání a převzetí dokumentů probíhá na základě [a]kceptačního řízení, tj. provedením Testů, analýzou naplnění [a]kceptačních kritérií a podepsáním [a]kceptačního protokolu. Výstupy provádění Plnění budou k akceptačnímu řízení předávány postupně v souladu s harmonogramem*." a doplňuje, že akceptační řízení pro dokumenty je samostatně specifikováno v čl. 9.11 smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Navrhovatel má za to, že zadavatel mu měl poskytnout součinnost za účelem podpisu akceptačních protokolů, protože však k tomu nedošlo, nemohl navrhovatel zadavateli pro jeho nesoučinnost vystavit faktury za předání díla do testování a dále do pilotního provozu a domáhat se jejich úhrady.

10. K tvrzenému neprovedení školení uživatelů software a jeho administrátorů navrhovatel uvádí, že dodané dílo bylo plně funkční a navrhovatel proto navrhoval zadavateli opakovaně realizaci školení a žádal zadavatele o sdělení termínů, v nichž by se předmětná školení mohla uskutečnit. Navrhovatel upozorňuje, že ze strany zadavatele nebyl sdělen žádný preferovaný termín k uskutečnění školení, a to ani po opakovaných písemných výzvách navrhovatele. Navrhovatel odkazuje na e-mail ze dne 27. 11. 2020, kterým zaslal zadavateli první návrh k uskutečnění školení, dále na přípis ze dne 21. 1. 2020 a e-mail ze dne 20. 2. 2020, kterými dále navrhoval zadavateli termíny na provedení školení.

11. Navrhovatel dále uvádí, že *‚[z] důvodu neposkytnutí součinnosti [z]adavatele v rámci akceptačního řízení a sdělení stanoviska [z]adavatele ohledně dalšího postupu směřujícího k finální realizaci díla, ve spojení s čl. 15.2 písm. a) Smlouvy, se [n]avrhovatel rozhodl (poté, co [z]adavatele i předem upozornil, že odstoupení zvažuje) od Smlouvy odstoupit. K odstoupení od smlouvy tak došlo ze strany [n]avrhovatele, a to dne 3. 3. 2020, kdy [n]avrhovatel předal [z]adavateli „Odstoupení od smlouvy" jak osobně na podatelně, tak dodáním do datové schránky [z]adavatele […]. Byl to tedy [n]avrhovatel, kdo od [s]mlouvy odstoupil, nikoliv [z]adavatel, jak je uvedeno ve Vyloučení. Zadavatelovo „Odstoupení od smlouvy o dodávce software" […] bylo [n]avrhovateli doručeno dne 5. 3. 2020 […]'.* Navrhovatel je rovněž toho názoru, že *„si není vědom, že by on, nebo jeho zástupce obdržel [z]adavatelovo odstoupení od Smlouvy dne 2. 3. 2020 prostřednictvím e-mailu, jak uvádí [z]adavatel v Rozhodnutí o námitkách".*

12. K tvrzenému nedodání mobilní aplikace pro operační systém Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější navrhovatel namítá, že *„dodává mobilní aplikace pro rezervační systém na úřady WebCall od roku 2014, přičemž v rámci dodávky byla v rámci mobilní aplikace zpřístupněna možnost, kdy občané města Písek mohou provádět rezervace na úřad z mobilní aplikace*.". Dále navrhovatel uvádí, že v rámci plnění předložil dvě mobilní aplikace mobilní rozhlas a dvě mobilní aplikace založené na technologii „progresive webapp", které měl zadavatel dle navrhovatele k dispozici po celou dobu implementace díla. K posledně jmenovaným mobilním aplikacím navrhovatel dodává, že verze pro platformu Android je dostupná od verze 4.1 a verze pro iOS od verze 13.2 a aplikace jsou pod názvem „portál občana – město Písek" dostupné od prosince 2019, jak je patrné z veřejně dostupných detailů na marketech Google Play a App Store. Ve vztahu k mobilním aplikacím pro iOS navrhovatel dále uvádí, že se zadavatelem několikrát diskutoval verzi těchto mobilních aplikací, přičemž zadavatel si byl po celou dobu realizace díla vědom skutečnosti, že dodávané aplikace budou podporovat vyšší než požadovanou verzi operačního systému. K tomu navrhovatel dodává,

že *„[u] platformy Apple, na rozdíl od platformy Android není zpětná kompatibilita vývojových verzí podporována. V praxi to znamená, že aplikace pro platformu Android lze vyvíjet na moderních operačních systémech s využitím příslušných SDK, vývoj pro platformu iOS je limitován verzí příslušného prostředí XCode, které je vázáno na daný operační systém. […] Navrhovatel a zástupci [z]adavatele se dohodli na dodání aplikací ve vyšší verzi, než byla původně požadovaná zejména s ohledem na bezpečnost dodávaného řešení, kdy vývoj na již výrobcem nepodporovaných verzích operačních systémů s nepodporovanými vývojovými nástroji může představovat vážné bezpečnostní riziko jak pro platformu [z]adavatele tak [n]avrhovatele.“.*

13. K tvrzenému nedodání dokumentace ve smyslu čl 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 navrhovatel namítá, že dokumentace byla ze strany navrhovatele poskytnuta, zadavatel se však dle navrhovatele k obsahu dokumentace nevyjádřil. Navrhovatel odkazuje na e-mail ze dne 27. 11. 2019, kterým zaslal zadavateli akceptační protokoly k dokumentaci, kterou zadavateli poskytl.

14. K dalším pochybením, která uvedl zadavatel v rozhodnutí o námitkách, navrhovatel namítá, že *„komunikační kanál byl dodán plně v souladu s požadavky [z]adavatele a akceptovanou funkční analýzou. Zadavatel měl po celou dobu testovacího i pilotního provozu řešení k dispozici, přičemž nikdy neuvedl v rámci [a]kceptačního řízení žádnou výhradu k dodávanému řešení. Dodávané řešení nikdy neobsahovalo závažnou chybu ohrožující bezpečnost osobních i citlivých dat uživatelů“* a rovněž, že *„navrhovatel dodal všechny aplikace dle požadovaných parametrů, přičemž všechny mapové aplikace splňují technické i funkční požadavky […]“*.

15. Závěrem navrhovatel požaduje zrušení oznámení o vyloučení, neboť je nepřezkoumatelné a nezákonné a pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nebyly dány důvody.

Námitky navrhovatele ze dne 10. 9. 2020

16. Navrhovatel předně uvádí, že trvá na tom, že z jeho strany nedošlo k pochybení. Navrhovatel dále namítá, že úkony zadavatele musí být jednoznačně, srozumitelně a tím i přezkoumatelně vyjádřeny, aby se s nimi mohli seznámit účastníci zadávacího řízení, a aby případně mohly být přezkoumány Úřadem. Zadavatel však dle navrhovatele v oznámení o vyloučení neuvedl, proč vyhodnotil dané pochybení navrhovatele za závažné či dlouhodobé. Navrhovatel dále doplňuje, že zadavatel je povinen uvést, na základě čeho konkrétně považuje pochybení za pochybení dosahující takové intenzity, že jej lze považovat za závažné. Navrhovatel má dále za to, že zadavatel neuvedl z jakých důvodů a za jakých skutkových okolností došlo k časovému prodlení a proč bylo nedodržení harmonogramu považováno za pochybení, a kdy k údajnému prodlení došlo, aby nebylo možné toto prodlení zaměnit s jiným prodlením.

17. Navrhovatel dále doplňuje, že mu není jasné, z čeho zadavatel vycházel při konstatování, že nedostál svým závazkům a byl v prodlení s řádným plněním delším než 2 měsíce a dodává, že *‚[s]těžovatel přesně dle stanoveného harmonogramu dodal část plnění „Analýza“, kterou [z]adavatel akceptoval podpisem Akceptačního protokolu. Následně [s]těžovatel předal veškeré dílčí části k akceptačnímu řízení dle čl. 9.1. Smlouvy za účelem testování a následně řádně a včas (v souladu s harmonogramem) předal veškeré dílčí části k akceptačnímu řízení dle čl. 9.1. Smlouvy za účelem pilotního provozu. Stěžovatel tedy v žádném případě nebyl*

v prodlení s [p]lněním či jakoukoliv [d]ílčí části [p]lnění. Stěžovatel [z]adavatele opakovaně žádal o podepsání akceptačních protokolů. Ze strany [z]adavatele však k jejich podepsání nikdy nedošlo'. K této věci navrhovatel cituje čl. 9.6 a 9.8 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 týkající se povinností zadavatele v rámci akceptačního řízení a postupu v případě neschválení výstupu a doplňuje, že zadavatel měl navrhovateli poskytnout součinnost za účelem podpisu akceptačních protokolů.

18. Ve vztahu k údajnému neprovedení školení uživatelů „software" a jeho administrátorů navrhovatel uvádí, že zadavateli opakovaně navrhoval realizaci školení a žádal zadavatele o sdělení termínů, v nichž by se předmětná školení mohla uskutečnit, přičemž zadavatel však navrhovateli žádný termín k uskutečnění školení nesdělil.

19. Navrhovatel dále sděluje, že z důvodu neposkytnutí součinnosti zadavatelem v rámci akceptačního řízení a sdělení stanoviska ohledně dalšího postupu směřujícího k finální realizaci díla, se rozhodl odstoupit od smlouvy ze dne 1. 4. 2019, k čemuž uvádí, že ‚*k odstoupení od smlouvy tak došlo ze strany [s]těžovatele, a to dne 3. 3. 2020, kdy [s]těžovatel předal [z]adavateli „Odstoupení od smlouvy" jak osobně na podatelně, tak dodáním do datové schránky [z]adavatele […] Byl to tedy [s]těžovatel, kdo od Smlouvy odstoupil, nikoliv [z]adavatel, jak je uvedeno ve Vyloučení. Zadavatelovo „Odstoupení od smlouvy o dodávce software" bylo [s]těžovateli doručeno dne 5. 3. 2020 […].*'

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 1. 10. 2020 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád"), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele rovněž dne 1. 10. 2020.

21. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou

    - zadavatel,
    - navrhovatel.

22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-31428/2020/523/GHo ze dne 8. 10. 2020.

23. Dne 12. 10. 2020 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky část dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne.

24. Dne 13. 10. 2020 obdržel Úřad technický nosič dat obsahující zbývající část dokumentace o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 12. 10. 2020 k návrhu navrhovatele

25. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve stanovisku ze dne 12. 10. 2020, které Úřad obdržel téhož dne. Zadavatel ve vyjádření předně rekapituluje, že navrhovatel se v čl. 2.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 zavázal vytvořit analýzu; dodat „software"; poskytnout licenci a jiná oprávnění k autorským dílům a databázím a jiná oprávnění k „software"; provést instalaci, implementaci a integraci „software"; dodat dokumentaci; provést nezbytné školení uživatelů „software" a jeho administrátorů; dodat zboží a provést či provádět další uvedené činnosti. Dle čl. 2.2 citované smlouvy se navrhovatel dále zavázal provést plnění v následujících dílčích

částech plnění, jejichž výstupy měly být samostatným předmětem akceptačního řízení: systém řízení vztahu s občany, informační platforma pro plošná témata města a komunikační platforma pro občany (dále jen „dílčí části plnění“).

26. Zadavatel k tomu uvádí, že *„[n]avrhovatel však svým závazkům ze Smlouvy dle stanoveného harmonogramu dle čl. 8 a přílohy č. 2 Smlouvy nedostál, když v závazně stanoveném termínu nedodal ucelené části sjednaného předmětu díla, přičemž délka prodlení s řádným plněním byla delší než 2 měsíce (k předání podstatné části díla, konkrétně mobilní aplikace ve verzi způsobilé k testování, mělo totiž původně dojít již 12. 9. 2019)*.“ Zadavatel dále uvádí, že rovněž nedošlo k plnění ve smyslu dodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 a k provedení nezbytného školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů. K neprovedení nezbytného školení zadavatel doplňuje, že *‚[n]avrhovatel sice dopisem ze dne 20. 2. 2020 nabídl zaškolení obsluhy v termínu 3. 3. 2020, takovou nabídku však nebylo možné akceptovat, a to s ohledem na nedodání řádného plnění v podobě kompletního díla, které zároveň představuje nutnou podmínku uskutečnění školení i z hlediska harmonogramu daného Smlouvou. Ačkoli čistě teoreticky vzato lze jakékoli školení realizovat v podstatě kdykoli, absolvování školení k SW, který není hotový, a který nebyl [z]adavateli předán řádně ani k testování, natož do pilotního provozu, by postrádalo jakoukoli logiku a bylo by ve zjevném rozporu s účelem a systematickým řazením „školení“ v čl. 2.1 Smlouvy až po dodání všech ostatních činností a výstupů [n]avrhovatele*.’.

27. K argumentu navrhovatele, že zadavatel v oznámení o vyloučení pouze citoval ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona, zadavatel uvádí, že v oznámení o vyloučení podrobně specifikoval jak věcnou podstatu pochybení navrhovatele při plnění smlouvy ze dne 1. 4. 2019, včetně časového rámce, ve kterém k tomuto pochybení došlo, tak i poukázal a odkázal na navrhovateli dříve doručené dokumenty, zejména odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020, a také *„stěžejní součásti korespondence mezi [z]adavatelem a [n]avrhovatelem týkající se pochybení [n]avrhovatele […]. Navrhovateli tak byly a musely být známy veškeré důvody, které [z]adavatele k jeho vyloučení vedly*.“.

28. Zadavatel dále konstatuje, že pochybení navrhovatele ve smluvním vztahu se zadavatelem vedla k předčasnému ukončení smlouvy ze dne 1. 4. 2019 odstoupením zadavatele ze dne 2. 3. 2020, přičemž zadavatel vůči navrhovateli dne 24. 4. 2020 uplatnil v souladu s čl. 19.1 písm. a) uvedené smlouvy nárok na smluvní pokutu, což představuje dle zadavatele další samostatný důvod nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

29. K odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 zadavatel uvádí, že odstoupení bylo navrhovateli doručeno e-mailem dne 2. 3. 2020, kdy e-mail byl odeslán právním zástupcem zadavatele na adresy:

„1) ' Marek Vávra ' m.vavra@altairgroup.eu (jednatel [n]avrhovatele);

2) JUDr. Lukáš Dořičák I ARROWS doricak@arws.cz (právní zástupce [n]avrhovatele);

3) Tomáš Zbořil t.zboril@altair-finance.cz (kontaktní osoba [n]avrhovatele podle Smlouvy).“.

Zadavatel dále uvádí, že disponuje reakcí ze všech výše uvedených e-mailových adres a doplňuje, že odstoupení od smlouvy e-mailem představuje platné právní jednání v písemné formě v souladu s ustanovením § 562 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), resp. je v souladu i se samotným

čl. 20.4 smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Zadavatel rovněž dodává, že *‚[n]a tuto skutečnost byl [n]avrhovatel upozorněn již dopisem ze dne 24. 4. 2020, nelze tedy připustit tezi, že by [n]avrhovatel o uvedeném doručení „nevěděl“ a bylo by to třeba ze strany [z]adavatele „dokazovat“. Navrhovatel o těchto doručeních může „nevědět“ pouze v případě, že o tom vědět nechce a pokud e-maily přijaté od [z]adavatele úmyslně vymazal*.’.

30. Zadavatel rovněž odkazuje na e-mail ze dne 28. 9. 2019[2], v němž navrhovatel uvádí, že ke dni 12. 9. 2019 předá k testování dodávku *„SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany. K tomuto dni lze z Vaší strany zahájit [a]kceptační řízení.“.* Dále odkazuje na e-mail ze dne 6. 11. 2019, v němž se zadavatel dotázal navrhovatele *„myslite, ze by bylo mozne, ze bychom se mohli podivat i na mobilni aplikace?“,* načež navrhovatel odpověděl: *„Začátkem příštího týdne bych Vám zaslal podrobnější informace k mobilním aplikacím*“. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že *„[s]kutečnost, že např. dílčí část SW – mobilní aplikace nebyla [n]avrhovatelem dodána, resp. že délka prodlení navrhovatele je delší než 2 měsíce (což umožnilo [o]dstoupení od smlouvy), je z pohledu zadavatele nesporná*.“. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel dne 12. 9. 2019 sice předal jinou část díla, konkrétně „SW systém řízení vztahu s občany“ k testování, jak ale vyplývá z komunikace mezi 12. 9. 2019 a 6. 11. 2019, zadavatel téměř až do 6. 11. 2019 k testování nemohl přistoupit, neboť navrhovatelem poskytnuté přihlašovací údaje nebyly funkční. Zadavatel k testování „SW sytému řízení vztahu s občany“ s ohledem na výše uvedené mohl přistoupit až v návaznosti na opakované poskytnutí přihlašovacích údajů, přičemž zadavatel v rámci provedeného testování identifikoval řadu nedostatků, které brání nasazení „software“ a jeho funkčnosti. V této souvislosti zadavatel odkazuje zejména na e-mail ze dne 28. 9. 2019 a ze dne 28. 10. 2019.

31. K námitce navrhovatele, že „software“ byl předán do pilotního provozu, zadavatel odkazuje na čl. 1.1 písm. gg) smlouvy ze dne 1. 4. 2019, v němž se uvádí, že *„„pilotní provoz“ znamená provoz a ověřování vlastností software v podmínkách odpovídajících realitě*’ a dodává k tomu, že jelikož předaný „software“ byl po celou dobu plnění uvedené smlouvy naplněn pouze testovacími daty, nikoli „ostrými“ daty odpovídajícími realitě, pilotní provoz v žádném případě neprobíhal, resp. neprobíhal způsobem předvídaným uvedenou smlouvou.

32. K tvrzenému schválení změn zadavatelem pomocí „změnového dokumentu“ zadavatel uvádí následující. Smlouva ze dne 1. 4. 2019 v žádném ze svých ustanovení nepředvídá revizi technické specifikace uvedené smlouvy, resp. implementační analýzy prostřednictvím „změnových dokumentů“. Zadavatel by nebyl oprávněn „změnové dokumenty“ schvalovat bez současného uzavření dodatku ke smlouvě ze dne 1. 4. 2019 a „změnový dokument“ v žádném případě nemůže představovat právní důvod pro odchylku od technické specifikace a implementační analýzy. Zadavatel dodává, že platí, že plnění, které nebylo v souladu se smlouvou ze dne 1. 4. 2019 nebo s implementační analýzou, nebylo plněním řádným.

33. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel předkládá v návrhu nová tvrzení, která nebyla uvedena v námitkách ze dne 10. 9. 2020. Tato tvrzení se týkají mobilních aplikací, kdy navrhovatel v návrhu namítá, že verzi mobilní aplikace pro iOS se zadavatelem několikrát diskutoval a dále, že se se zadavatelem dohodl na dodání mobilních aplikací ve vyšší verzi (blíže viz bod

[2] Pozn. Úřadu – Dle Úřadu se jedná o zřejmou chybu v psaní, neboť text e-mailu ze dne 28. 9. 2019, na který odkazuje zadavatel, odpovídá textu e-mailu ze dne 29. 8. 2019.

12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel má za to, že se jedná o skutečnosti dle ust. § 251 odst. 4 zákona a navrhovatel tyto skutečnosti mohl a měl uplatnit již dříve, nejpozději v námitkách ze dne 10. 9. 2020, nicméně se k nim zadavatel vyjádřil. Zadavatel konstatuje, že *„[n]avrhovatel vůči [z]adavateli nikdy netvrdil, že by dodání mobilní aplikace kompatibilní s verzemi operačních systémů dle technické specifikace ve Smlouvě mohlo být problematické, nebo dokonce nemožné. Navrhovatel tedy nyní tvrdí nemožnost plnění v souladu se Smlouvou, avšak ze své pozice odborníka v dané oblasti by si takové skutečnosti musel být vědom již po prostudování Smlouvy a technické specifikace*.“. Zadavatel k tomu doplňuje, že první povinností navrhovatele dle smlouvy ze dne 1. 4. 2019 bylo zpracovat analýzu a nejpozději při zpracování této analýzy si tedy musel navrhovatel uvědomit, že plnění v požadované specifikaci nemůže, jak nyní navrhovatel tvrdí, dodat.

Další průběh správního řízení

34. Usnesením č. j. ÚOHS-31818/2020/523/GHo ze dne 12. 10. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace o dalších úkonech, které zadavatel případně provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

35. Usnesením č. j. ÚOHS-35862/2020/523/GHo ze dne 10. 11. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení data předložení „vyrozumění dodavatele o dokončení části 1 veřejné zakázky objednatelem“ a předložení dokumentu prokazujícího předmětné datum, sdělení článku smlouvy ze dne 1. 4. 2019, který má být uveden v čl. 1.1 písm. l) citované smlouvy, dále k doložení analýzy a korespondence z října a listopadu roku 2019 zaslané zadavatelem navrhovateli a k předložení originálu e-mailu ze dne 2. 3. 2020 zaslaného zadavatelem Marku Vávrovi, JUDr. Lukáši Dořičákovi a Tomáši Zbořilovi a reakce na něj v podobě originálů e-mailů z téhož dne od Marka Vávry, JUDr. Lukáše Dořičáka a Tomáše Zbořila.

36. Dne 18. 11. 2020 Úřad obdržel od zadavatele vyjádření ze dne 16. 11. 2020 k usnesení uvedenému v předchozím bodě tohoto rozhodnutí, v němž zadavatel uvádí, že *„vyrozuměl [n]avrhovatele o ukončení části 1 projektu dne 12. 6. 2019, a to prostřednictvím e-mailové zprávy, kterou odeslal Dr. Miloš Prokýšek Tomáši Hradilovi a Marku Vávrovi […]“* a dále, že *„[s]mlouva o dodávce software v čl. 1.1. písm. l) odkazuje na čl. 23.7 téže smlouvy. Zadavatel má za to, že tato skutečnost je z kontextu této smlouvy zřejmá, neboť žádný jiný článek (kromě uvedeného čl. 23.7) úpravu dokumentace [s]oftware a IT prostředí neobsahuje.“.* Dokumenty požadované v předmětném usnesení předložil zadavatel v příloze usnesení, případně je zaslal na e-mailovou adresu posta@uohs.cz.

37. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-37038/2020/500/JBě ze dne 19. 11. 2020 Úřad nařídil k zajištění účelu vedeného správního řízení zadavateli předběžné opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

38. Usnesením č. j. ÚOHS-38194/2020/523/GHo ze dne 27. 11. 2020 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

39. Dne 4. 12. 2020 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.

40. Dne 6. 12. 2020 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 5. 12. 2020.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 4. 12. 2020

41. Zadavatel nejprve uvádí, že dne 1. 4. 2019 uzavřel smlouvu s navrhovatelem a dále shrnuje předmět a plnění citované smlouvy. Dále zadavatel uvádí, že navrhovatel byl dle přílohy č. 2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 nazvané „časový harmonogram“ (dále jen „časový harmonogram“) povinen nejpozději dne 12. 9. 2019 předat zadavateli veškeré dílčí části plnění (tj. zejména „software“) k testování do akceptačního řízení. Zadavatel doplňuje, že navrhovatel zadavateli nějaké dílčí části plnění (části „software“) k testování předal, avšak dílčí části plnění nebyly předány celé, resp. byly předány bez mobilní aplikace a ty části, které byly zadavateli předány, obsahovaly množství vad.

42. Zadavatel k tomu dodává, že dílčí část plnění „komunikační platforma pro občany“ měla být celá poskytnuta pouze jako mobilní aplikace a dílčí části plnění „řízení vztahů s občany“ a „informační platforma pro plošná témata města“ měly být dostupné nejen na webovém prohlížeči, ale rovněž v mobilní aplikaci. V této souvislosti zadavatel odkazuje na čl. 21.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 a dále uvádí, že žádná z dílčích částí plnění nebyla předána „celá“ a z tohoto důvodu nebylo možné zahájit jakékoli testování v akceptačním řízení. Zadavatel tedy navrhovatele opakovaně vyzýval k předání mobilní aplikace a k odstranění vad, které měly dílčí části plnění. Navrhovatel však dle zadavatele mobilní aplikaci nepředal a uvedené vady neodstranil a zadavatel tedy nemohl navrhovateli podepsat akceptační protokoly k výsledkům testů, neboť k testování nebylo možno přistoupit a rovněž nemohl podepsat akceptační protokoly k fázím navazujícím na úspěšné absolvování testů, tj. k pilotnímu provozu a k finální akceptaci.

43. V této souvislosti zadavatel doplňuje, že vzhledem k tomu, že navrhovatel nepředal zadavateli mobilní aplikaci ani dílčí části plnění způsobilé k testování v termínu stanoveném časovým harmonogramem, tj. nejpozději ke dni 12. 9. 2019, sdělil zadavatel navrhovateli přípisem ze dne 19. 12. 2019 svůj záměr odstoupit od smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Vlivem toho, že navrhovatel zadavateli ani po sdělení svého záměru mobilní aplikaci nepředal, odstoupil zadavatel dne 2. 3. 2020 od uvedené smlouvy. Zadavatel dále uvádí, že dne 3. 3. 2020 obdržel dopis od navrhovatele, kterým měl navrhovatel odstoupit od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 pro údajné prodlení zadavatele s vystavením akceptačních protokolů a pro údajné neposkytnutí součinnosti pro uspořádání školení „software“. Zadavatel k tomu sděluje, že *„[n]avrhovatel ve svém postupu vůči [z]adavateli permanentně tvrdí, že k odstoupení od [s]mlouvy o dílo došlo jeho dopisem ze dne 3. 3. 2020, který byl tentýž den doručen [z]adavateli. Navrhovatel pak dále uvádí, že si je vědom dopisu [z]adavatele ze dne 2. 3. 2020, kterým [z]adavatel projevil vůli odstoupit od [s]mlouvy o dílo, avšak dle [n]avrhovatele mu odstoupení [z]adavatele mělo být doručeno až dne 5. 3. 2020*.“.

44. Ve vztahu k odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 zadavatel odkazuje na čl. 20.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 týkající se zvolených osob pro vzájemnou komunikaci a dále na čl. 20.4 uvedené smlouvy, v němž je stanovena forma doručování dokumentů. Zadavatel dále uvádí, že odstoupení od smlouvy zaslal dne 2. 3. 2020 na e-mailové adresy kontaktních osob, tj. na adresu jednatele navrhovatele (Bc. Marka Vávry) a finančního ředitele navrhovatele (Bc. Tomáše Zbořila) a dále na e-mailovou adresu právního zástupce navrhovatele (JUDr. Lukáše Dořičáka). Ještě tentýž den obdržel zadavatel potvrzení doručení uvedeného e-mailu na obě kontaktní osoby, k čemuž zadavatel uvádí, že dle rozhodovací praxe vyšších

soudů[3] a dle komentářové literatury[4] je tato skutečnost dostatečným důkazem o doručení e-mailu adresátovi. Tuto část zadavatel uzavírá tvrzením, že odstoupení od smlouvy bylo navrhovateli řádně doručeno dne 2. 3. 2020, pročež k tomuto dni také zanikla smlouva ze dne 1. 4. 2019.

45. Zadavatel se dále vyjadřuje k odstoupení od smlouvy doručené zadavateli dne 3. 3. 2020, v němž navrhovatel uvádí, že mu vzniklo právo na odstoupení od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 dle čl. 22.4 písm. b) této smlouvy. Zadavatel má však za to, že není dán důvod pro odstoupení navrhovatele od uvedené smlouvy.

46. Zadavatel uvádí, že navrhovatel podal proti zadavateli u okresního soudu v Písku žalobu o náhradu účelně vynaložených nákladů, a sice z důvodu neposkytnutí řádné součinnosti zadavatelem navrhovateli. K uvedené žalobě o náhradu účelně vynaložených nákladů sděluje zadavatel svoji argumentaci a na závěr uvádí, že na základě této žaloby vydal okresní soud v Písku platební rozkaz, proti kterému podal zadavatel odpor.

47. Závěrem zadavatel shrnuje podstatné skutečnosti týkající se předmětného zadávacího řízení a konstatuje, že nadále shledává svůj postup za zcela zákonný a nespatřuje v něm porušení zákona.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 5. 12. 2020

48. Navrhovatel se nejprve vyjadřuje k tvrzení zadavatele, že „testovací provoz ani nasazení do produkčního prostředí neproběhlo“ a uvádí, že zadavatel požádal *„pana Jana Hese o přesun serveru z testovacího prostředí na prostředí produkční. Ještě týž den pan Jan Hes potvrzuje provedení přesunu. Tímto je nepochybně vyvráceno tvrzení zástupce zadavatele, kdy zadavatel opírá argumentaci o nemožnost testování a nemožnost nasazení do produkčního prostředí.“*.

49. K e-mailu ze dne 2. 3. 2020, kterým zadavatel zaslal navrhovateli odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 (dále jen „e-mail ze dne 2. 3. 2020“), navrhovatel uvádí, že *„z metadat v dokumentu obsažených není zřejmé, kdy byl dokument vytvořen a zda byl skutečně odeslán. Dokument není opatřen žádným kvalifikovaným podpisem, ani časovým razítkem, které by bylo možné ověřit a tím pravost takovéhoto dokumentu doložit*.“.

50. K automatické odpovědi na e-mail ze dne 2. 3. 2020 od Bc. Marka Vávry, kterou obdržel zadavatel z e-mailové adresy m.vavra@altairgroup.eu (dále jen „e-mail od Bc. Marka Vávry“) navrhovatel uvádí, že *„[a]ni tento dokument není opatřen kvalifikovaným podpisem nebo časovým razítkem, jehož pravost by bylo možné ověřit. V metadatech dokumentu je patrné, že email byl obdržen ze serveru SRVmail02.HAVELHOLASEK.local, dále je z metadat patrné, že email nebyl odeslán ze serveru [n]avrhovatele, jehož jméno v žádném z uzlů, který dokument odeslal, nefiguruje. Dále je možné z metadat dokumentu vyčíst, že email putoval celkem přes 4 internetové uzly. Kromě doménových názvů jednotlivých uzlů je také zarážející, že*

[3] Např. usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 9. 9. 2019, sp. zn. 14 Cmo 248/2018: *„Jde-li o e-mail z 31. 3. 2015, včetně jeho příloh, je odvolací soud toho názoru, že se uvedené listiny dostaly do sféry dispozice žalované, když bylo prokázáno, že jí předmětný e-mail byl dodán (o čemž svědčí potvrzení o jeho dodání).“.*

[4] Např. MELZER, Filip, KORBEL, František. In MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419-654. Praha: Leges, 2014, s. 687.: *„Prakticky tedy dojití do e-mailové schránky přichází v úvahu, pokud je strany nezpochybňují nebo pokud jde o adresu, kterou adresát prokazatelně kontinuálně užívá, případně sám auktora vyzval, aby na ni doručoval, a auktor je schopen prokázat doručení do e-mailové schránky potvrzením*.“.

dokument prošel druhým, třetím a čtvrtým uzlem v čase, který není možný zdůvodnit ani teoreticky možným časovým posunem v rámci různých časových zón.“.

51. K e-mailu, který zadavatel obdržel z e-mailové adresy t.zboril@altair-finance.cz a postmaster@altairsoftware.cz navrhovatel opětovně sděluje, že žádný z uvedených dokumentů není opatřen kvalifikovaným podpisem nebo časovým razítkem, jehož pravost by bylo možné ověřit a doplňuje k tomu, že *„[a]ni tyto dokumenty neobsahují žádná metadata o tom, že by dokumenty pocházely z prostředí [n]avrhovatele. I kdybychom připustili argumentaci, že takovéto dokumenty skutečně byly nějakým způsobem odeslány na adresu t.zboril@altair-finance.cz, tedy do emailové schránky osoby odpovědné za fakturaci (kdy je z povahy věcí zřejmé, že pan Tomáš Zbořil ze svého smluvně vymezeného postavení kontaktní osoby pro věci fakturace nemohl hrát jakoukoliv relevantní roli ve věci potenciálního ukončení smlouvy), jak je uvedeno ve smlouvě mezi ALTAIR SOFTWARE s.r.o. a městem Písek, tak je z rejstříkového soudu jasně patrné, že společnost ALTAIR FINANCE s.r.o. IČO: 03839427, dnes Daňová kancelář Zbořil Tomáš s.r.o. IČO: 03839427 v žádném případě nemůže jednat za společnost ALTAIR SOFTWARE s.r.o. ve věcech smluvních*.“.

52. Navrhovatel dále uvádí, že ani e-mailové zprávy zaslané zadavateli od „microsoft outlook“ a od „postmaster@altairsoftware“ nejsou opatřeny kvalifikovaným podpisem nebo časovým razítkem, jehož pravost by bylo možné ověřit. Z metadat dokumentu dle navrhovatele navíc vyplývá, že tyto e-maily byly odeslány ze serveru „SRVmail01.HAVELHOLASEK.local (192.168.10.71)“.

53. Dle názoru navrhovatele je patrné, že *„[z]adavatel předkládá účelovou komunikaci, kterou nelze žádným způsobem ověřit. Ze skutečností, které lze ověřit naopak vyplývá, že domnělý email nebyl odeslán [n]avrhovateli. Je zcela zjevné*, že *tento email byl odeslán ze serveru SRVmail02.HAVELHOLASEK.local a že s tímto emailem bylo nestandardně manipulováno, viz předchozí upozornění na nesouvislou řadu předávání zprávy v emailové hlavičce. Čas vzniku ani odeslání emailu nelze z doložené komunikace nijak ověřit a všichni údajní příjemci shodně potvrzují, že email viděli poprvé až jako přílohu tohoto spisu. Další emailová komunikace, kterou [z]adavatel údajně dokládá doručení a přečtení tohoto emailu byla zcela evidentně odeslána z emailového serveru SRVmail02.HAVELHOLASEK.local, jak dokládají metadata jednotlivých emailových zpráv. Také tyto zprávy viděli zástupci [n]avrhovatele až jako součást tohoto spisu poprvé.*“.

54. Navrhovatel uzavírá, že zadavatel se dopustil porušení zákona, neboť vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, aniž by měl proto důvody.

Další průběh správního řízení

55. Usnesením č. j. ÚOHS-39980/2020/523/GHo ze dne 10. 12. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání vyjádření k přípisu navrhovatele ze dne 5. 12. 2020, jehož obsahem je vyjádření navrhovatele k podkladům shromážděným pro vydání rozhodnutí a sdělení, zda je zadavatel schopen prokázat skutečnosti zpochybňované v uvedeném přípisu jiným způsobem.

56. Dne 14. 12. 2020 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k přípisu navrhovatele z téhož dne a dne 15. 12. 2020 obdržel Úřad doplnění vyjádření zadavatele ze dne 14. 12. 2020.

57. Usnesením č. j. ÚOHS-40971/2020/523/GHo ze dne 18. 12. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu - předložení dokladu prokazujícího odeslání odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 a přípisu ze dne 2. 3. 2020 navrhovateli prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb a dále doložení přípisu ze dne 8. 4. 2020, který navrhovatel zaslal zadavateli.

58. Dne 18. 12. 2020 Úřad obdržel od zadavatele printscreeny obrazovek poštovního klienta „Csaba Csorba“ týkající se odeslání odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 e-mailem navrhovateli a obdržení automatických odpovědí na tento e-mail. Dále zadavatel předložil originál e-mailu ze dne 2. 3. 2020, kterým zadavatel zaslal navrhovateli odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 20220 a automatickou odpověď na tento e-mail od Bc. Marka Vávry.

59. Dne 22. 12. 2020 Úřad obdržel od zadavatele dokumenty požadované usnesením č. j. ÚOHS-40971/2020/523/GHo ze dne 18. 12. 2020 zejména doklady o odeslání odstoupení od smlouvy a přípisu ze dne 2. 3. 2020 navrhovateli prostřednictvím provozovatele poštovních služeb a přípis ze dne 8. 4. 2020.

Vyjádření zadavatele k přípisu navrhovatele ze dne 14. 12. 2020

60. Zadavatel se nejprve vyjadřuje k údajnému zahájení testování, k čemuž uvádí, že ze strany zadavatele bylo vytvořeno pro navrhovatele prostředí „virtualizovaného serveru“ pro potřeby vývoje, a to tak, aby k neotestovanému dílu nebylo možné přistupovat z veřejného internetu. Zadavatel dodává, že na základě tvrzení navrhovatele, že není možné dodat části plnění (konkrétně mobilní aplikaci a vytvoření zabezpečené HTTPS komunikace s ostatními částmi díla), byl „virtuální stroj“ přesunut do prostředí s možností přístupu z veřejného internetu. Dle zadavatele však tento přesun nebyl přesunem do testovacího prostředí a jakoukoli inicializací či završením testovací fáze ve smyslu smlouvy ze dne 1. 4. 2019.

61. K e-mailu ze dne 2. 3. 2020 zadavatel uvádí, že skutečnost, že tento e-mail není opatřen kvalifikovaným podpisem, ani časovým razítkem není rozhodující, neboť o jeho odeslání a doručení svědčí následně obdržená potvrzení o doručení ze strany jeho příjemců. Rovněž zadavatel namítá, že není pravda, že metadata dokumentu neobsahují informaci o tom, kdy byl dokument vytvořen a odeslán a odkazuje v této souvislosti na hlavičku e-mailu, z které plyne, že e-mail odeslal „Csorba Csaba“ a byl zaslán na e-mailovou adresu m.vavra@altairgroup.eu. Zadavatel doplňuje, že s ohledem na skutečnost, že e-mail je doručován ze serveru odesilatele na server příjemce, samotný odesílaný e-mail logicky nemůže obsahovat informaci o doručení na příjemcův server. K tomuto účelu slouží doručenka, kterou v e-mailové komunikaci nahrazuje potvrzení o doručení z poštovního serveru příjemce.

62. K e-mailu od Bc. Marka Vávry zadavatel uvádí, že navrhovatel opomíjí skutečnost, že kromě předmětné automatické odpovědi bylo doručení odstoupení od smlouvy potvrzeno i prostřednictvím automatických potvrzení z domény postmaster@altairsoftware.cz. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že z metadat je patrné, že *„e-mail nebyl odeslán ze serveru [n]avrhovatele, jehož jméno v žádném z uzlů, který dokument odeslal, nefiguruje“*, zadavatel namítá, že z metadat je naopak patrné, že *„potvrzení bylo odesláno z poštovního serveru společnosti Microsoft [Received: from AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM*

(20.180.108.207)] využívaného [n]avrhovatelem a rovněž je z nich patrný DKIM podpis [n]avrhovatele:

DKIM-Signature: v=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed;

d=altairsoftware.onmicrosoft.com; s=selector2-altairsoftware-onmicrosoft-com;).

který je jednoznačným identifikátorem [n]avrhovatele.“.

Z metadat předmětné automatické odpovědi je dále patrná informace o jejím odesilateli (m.vavra@altairgroup.eu) a adresátovi (csaba.csorba@havelpartners.cz).

63. K argumentaci navrhovatele, že *„e-mail putoval celkem přes 4 internetové uzly“* zadavatel uvádí, že právní zástupce zadavatele využívá tři poštovní servery postavené vedle sebe s replikovanými databázemi, které e-maily přeposílají mezi sebou. K časům průchodů jednotlivými uzly zadavatel dále sděluje, že ne všechny servery se řídí stejným časem a informace v metadatech představují právě údaj připojený daným serverem při průchodu e-mailu přes něj. Jestliže se tedy liší časový údaj připojený serverem navrhovatele oproti časovému údaji připojenému servery právního zástupce zadavatele o jednu hodinu a jednu vteřinu, není tato skutečnost spojena s žádnou nesrovnalostí. Ve vztahu k absenci časového razítka na automatické odpovědi navrhovatele zadavatel upozorňuje na skutečnost, že právní zástupce zadavatele byl v tomto případě příjemcem potvrzení; z povahy věci tak nemohl nijak ovlivnit, zda bude potvrzení opatřeno časovým razítkem nebo elektronickým podpisem.

64. Ve vztahu k potvrzením obdrženým ze strany pana Tomáš Zbořila zadavatel uvádí, že tyto e-maily byly taktéž odeslány z domény postmaster@altairsoftware.cz a dodává, že i v tomto případě platí, že právní zástupce zadavatele byl jejich adresátem a nijak tedy nemohl ovlivnit, zda má navrhovatel nastaveno automatické připojování elektronického podpisu či časového razítka k těmto odpovědím. I zde však platí, že je z metadat jednoznačně patrná identifikace navrhovatele:

„ARC-Authentication-Results: i=1; mx.microsoft.com 1; spf=pass; dmarc=pass action=none header.from=altairsoftware.cz; dkim=pass

header.d=altairsoftware.cz; arc=none.“

65. Zadavatel dále uvádí, že *„relevantní údaje o doručení e-mailů ze dne 2. 3. 2020 jsou patrné již z metadat jednotlivých potvrzení, která má Úřad již k dispozici, a z pohledu [z]adavatele jsou plně postačující pro zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Stěžovatel ve svém vyjádření nepředkládá žádné důkazy ani relevantní tvrzení, kterými by zpochybnil jejich průkaznost a skutečnost, že k doručení e-mailů ze dne 2. 3. 2020 do dispoziční sféry [n]avrhovatele došlo (pouze uvádí účelová tvrzení o pochybném průchodu e-mailu různými uzly v různých časových zónách […])*.“. Zadavatel doplňuje, že *‚je rovněž nepochybné, že příslušné e-maily jsou [n]avrhovateli známé, byly [n]avrhovateli doručeny a [n]avrhovatel tato doručení pouze účelově popírá. Navrhovatel se snaží vzbudit dojem, že příslušná automatická potvrzení o doručení nepochází z jeho serverů a že si je zadavatel zřejmě svévolně „vytvořil“.’*

Doplnění vyjádření k přípisu navrhovatele ze dne 15. 12. 2020

66. Zadavatel ve vyjádření ze dne 15. 12. 2020 předkládá grafické znázornění postupu (v aplikaci Microsoft Outlook Pro Microsoft 365 MSO), kterým lze zjistit informace, jež zadavatel tvrdí ve svém vyjádření k přípisu navrhovatele ze dne 14. 12. 2020.

Další průběh správního řízení

67. Usnesením č. j. ÚOHS-00053/2021/523/GHo ze dne 4. 1. 2021 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

68. Dne 8. 1. 2021 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.

69. Dne 11. 1. 2021 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 1. 2021.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 1. 2021

70. Navrhovatel uvádí, že vyvíjel předmětné dílo ‚*na vlastní virtualizované infrastruktuře, která byla umístěna v prostředí Microsoft Azure, tedy mimo prostory navrhovatele. Tato infrastruktura byla zabezpečena proti veřejnému přístupu široké veřejnosti, ovšem pouze omezením specifických IP adres uživatelů, kteří se podíleli na vývoji a testování dodávaného díla. Z technického pohledu se tak jednalo o prostředí, na kterém bylo možné testovat všechny protokoly, včetně protokolu HTTPS. Dále existovalo v prostředí [n]avrhovatele prostředí „Test“, které sloužilo pro potřeby [n]avrhovatele jako první testovací prostředí. Také prostředí „Test“ bylo v rámci zabezpečené cloudové infrastruktury [n]avrhovatele a také toto prostředí umožňovalo komunikaci na protokolech HTTPS. Také toto prostředí bylo zabezpečeno proti přístupu široké veřejnosti filtrací IP adres, a sloužilo tak pro testování uzavřené skupiny osob. Na infrastruktuře [z]adavatele pak existovalo Testovací prostředí, které [n]avrhovatel označuje interně jako prostředí UAT – User Acceptance Test, které sloužilo pro finální testování celého díla před spuštěním Produkčního provozu. Produkční prostředí na straně [z]adavatele tak bylo vytvořeno skutečně pro přesun hotového díla do Produkčního prostředí [z]adavatele, jak je ostatně patrné z dokumentace k projektu, četné emailové komunikace i záznamů konferenčních hovorů mezi zástupci [n]avrhovatele a [z]adavatele*.’.

71. Navrhovatel dále upozorňuje, že e-mailový server je plně ve správě právního zástupce zadavatele a „*z doloženého obrázku je zcela zjevné, že má zástupce [z]adavatele k systému plný přístup a může tak zasahovat do jeho obsahu. Dále je z doloženého obrázku zřejmá pouze komunikace v rámci serveru, nikoliv s jakýmkoliv dalším prostředím*.“. Navrhovatel k tomu doplňuje, že „*[h]lavička emailu obsahuje metadata o serveru [z]ástupce [z]adavatele i emailových schránkách domnělých příjemců, ovšem takovýto email na vlastním serveru může vytvořit i průměrně zdatný uživatel*“ a dále předkládá printscreeny uměle vytvořených e-mailů. Navrhovatel dále namítá, že e-mailová hlavička může být libovolně modifikována, přičemž dle navrhovatele lze jednoduše změnit obsah e-mailu, předmět zprávy, čas doručení/odeslání i adresy jednotlivých příjemců. Navrhovatel uzavírá, že „*existence jakékoliv emailové zprávy na serveru [z]ástupce [z]adavatele nedokazuje její skutečné odeslání [n]avrhovateli. Dále je zcela zřejmé, že při existenci jakékoliv předchozí komunikace lze vytvořit libovolné množství emailů s libovolným textem a libovolným datem odeslání nebo doručení*.“.

72. K e-mailu od Bc. Marka Vávry navrhovatel uvádí, že je zřejmé, že hlavička e-mailu byla měněna, čímž vznikl nelogický nesoulad v časové řadě. Navrhovatel k tomu opětovně dodává, že domnělá automatická odpověď není opatřena žádným časovým razítkem, ani elektronickým podpisem, který by její autenticitu potvrzoval a dalo se tak prokázat, že hlavička takového e-mailu nebyla změněna. Navrhovatel tedy opakovaně tvrdí, že předmětný e-mail ze serveru navrhovatele nebyl odeslán. Nadto navrhovatel uvádí, že *„[p]omocí aplikace Microsoft Outlook a tlačítka Edit Message přímo v aplikaci, lze z uživatelského rozhraní přepsat obsah zprávy na serveru*.“.

73. Navrhovatel rovněž namítá, že všechny dílčí části plnění předal zadavateli řádně a včas, tj. v souladu s časovým harmonogramem k akceptačnímu řízení dle čl. 9 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 za účelem testování a následně také k pilotnímu provozu, přičemž navrhovatel nebyl v žádném případě v prodlení s plněním, či jakoukoliv dílčí částí plnění. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel byl několikrát vyzván k podepsání akceptačních protokolů k jednotlivým dílčím částem plnění, avšak zadavatel se dle navrhovatele ani po urgencích nevyjádřil v rámci akceptačních protokolů k jednotlivým dílčím částem předaného díla, ačkoli je dle čl. 2.3 uvedené smlouvy povinen poskytnout dodavateli nezbytnou součinnost.

74. Navrhovatel opětovně uvádí, že navrhovatel doručil na podatelnu zadavatele dne 3. 3. 2020 své odstoupení od smlouvy a dále, že odstoupení od smlouvy zadavatele obdržel až dne 5. 3. 2020 prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb. Navrhovatel dále podává vysvětlení k žalobě o náhradu účelně vynaložených nákladů podané u okresního soudu v Písku.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 1. 2021

75. Zadavatel shrnuje skutkové okolnosti týkající se odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 a uvádí, že jelikož navrhovatel nepředal zadavateli mobilní aplikaci v termínu stanoveném časovým harmonogramem, tj. nejpozději do 12. 9. 2019, sdělil zadavatel navrhovateli v přípise ze dne 19. 12. 2019 s odkazem na čl. 22.3 písm. b) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 svůj záměr odstoupit od citované smlouvy. Zadavatel doplňuje, že vzhledem ke skutečnosti, že mobilní aplikace nebyla navrhovatelem dodána ani později, zadavatel přípisem ze dne 2. 3. 2020 odstoupil od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 a dále uplatnil vůči navrhovateli dne 24. 4. 2020 v souladu s čl. 19.1 písm. a) citované smlouvy nárok na smluvní pokutu.

76. Dle zadavatele je zřejmé, že navrhovatel smlouvu ze dne 1. 4. 2019 porušil a uvedené porušení mělo následky předvídané v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Dále je zadavatel přesvědčen, že tento stav opravňoval zadavatele vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž důvody vyloučení byly v oznámení o vyloučení jasně a srozumitelně popsány. Zadavatel rovněž upozorňuje na to, že navrhovatel začal klást primární důraz na popření skutečnosti, že zadavatel od předmětné smlouvy vůbec odstoupil, a doplňuje, že navrhovatel ve svém postupu vůči zadavateli tvrdí, že k odstoupení od uvedené smlouvy došlo jeho dopisem ze dne 3. 3. 2020, který byl tentýž den doručen zadavateli, přičemž odstoupení zadavatele bylo navrhovateli doručeno údajně až 5. 3. 2020.

77. V této souvislosti zadavatel odkazuje na čl. 20.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 týkající se zvolených osob pro vzájemnou komunikaci a čl. 20.4 uvedené smlouvy, v němž je stanovena forma doručování dokumentů a dodává, že *„[p]ro odstoupení od Smlouvy o dílo přitom Smlouva o dílo žádnou formu nevyžaduje, tedy postačí zaslání odstoupení e-mailem*

na adresu příslušné [k]ontaktní osoby.“. Zadavatel tedy zaslal dne 2. 3. 2020 odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 na e-mailovou adresu kontaktní osoby Bc. Marka Vávry a finančního ředitele Tomáše Zbořila a e-mailovou adresu právního zástupce navrhovatele JUDr. Lukáše Dořičáka, přičemž zadavateli bylo ještě tentýž den potvrzeno doručení uvedeného e-mailu na obě kontaktní osoby. Zadavatel dále odkazuje na rozhodovací praxi soudů a komentářovou literaturu (blíže viz bod 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

78. Zadavatel dále odmítá, že by dané e-maily „*byly padělané či jakkoli modifikované – i pokud by bylo možné si představit vytvoření jakéhokoli dokumentu v jakékoli aplikaci v podobě vizuálně připomínající e-mail z MS Outlook, jistě by bylo absurdní tvrdit, že [z]adavatel padělal metadata e-mailu, originály e-mailů doručené nadepsanému Úřadu, automatické odpovědi zástupců [n]avrhovatele či obsah celé e-mailové schránky zástupce [z]adavatele*.“. Zadavatel rovněž uvádí, že se „*musí pozastavit nad dezinterpretací faktů [n]avrhovatelem a jeho snahou zahltit Úřad technickými detaily, které jsou pro posouzení věci nepodstatné, viz např. snaha [n]avrhovatele vyložit průchod e-mailů 4 uzly, což však lze jednoznačně vysvětlit, jak tak již [z]adavatel i učinil, využíváním tří poštovních serverů zástupce [z]adavatele postavených vedle sebe s replikovanými databázemi, které e-maily přeposílají mezi sebou*.“.

79. Závěrem zadavatel shrnuje podstatné skutečnosti týkající se předmětného zadávacího řízení a konstatuje zejména, že navrhovatel nikdy nepředal zadavateli plnění (jeho dílčí části) způsobilé k testování do akceptačního řízení, neboť nepředložil mobilní aplikaci, která představuje jeho podstatnou a neoddělitelnou část. Dle zadavatele byl tedy navrhovatel ode dne 13. 9. 2019 v prodlení se svou smluvní povinností předat zadavateli dle časového harmonogramu všechny dílčí části plnění k testování, a jelikož navrhovatel zadavateli ani přes jeho opakované výzvy mobilní aplikaci nepředal, odstoupil zadavatel dne 2. 3. 2020 na základě čl. 22.3 písm. b) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 od uvedené smlouvy. Zadavatel dodává, že navrhovatelovo odstoupení od smlouvy dne 3. 3. 2019 bylo opožděné, neboť předmětná smlouva zanikla již dne 2. 3. 2020. Dle zadavatele je zřejmé, že navrhovatel smlouvu ze dne 1. 4. 2019 porušil a uvedené porušení mělo následky předvídané v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž tento stav opravňoval zadavatele vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

80. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, relevantních částí dokumentace a vyjádření účastníků řízení rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 1. 10. 2020, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

81. Podle § 6 odst. 1 a odst. 2 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům musí dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

82. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3

letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

83. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace

84. Zadavatel v oznámení o vyloučení uvedl, že rozhodl o vyloučení navrhovatele, přičemž dané rozhodnutí odůvodnil následovně:

,*Komise ustanovená zadavatelem za účelem posouzení splnění podmínek účasti a hodnocení nabídek ve výše uvedeném zadávacím řízení dospěla k závěru, že dodavatel, společnost ALTAIR SOFTWARE s.r.o. („dodavatel“) nesplňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, a doporučila zadavateli, aby dodavatele v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona vyloučil ze zadávacího řízení. Komise k výše uvedenému konstatovala, že se dodavatel dopustil pochybení při plnění „Smlouvy o dodávce software“ („smlouva“), uzavřené se zadavatelem dne 1. 4. 2019, na základě výsledku zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky s názvem „Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek“ – část 3 „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany“. […]*

Dodavatel však svým závazkům ze smlouvy nedostál, když v závazně stanoveném termínu nedodal ucelené části sjednaného předmětu díla a délka prodlení s řádným plněním byla delší než 2 měsíce (k předání podstatné části díla, mobilní aplikace ve verzi způsobilé k testování, mělo dojít 12. 9. 2019). […]

Přípisem ze dne 2. 3. 2020, adresovaným dodavateli, zadavatel od této smlouvy odstoupil. Důvodem odstoupení od smlouvy bylo prodlení s dodáním ucelené části sjednaného předmětu díla. Konkrétně dodavatel dle stanoveného harmonogramu (což mu bylo uloženo mj. čl. 8.2 smlouvy) nedodal – a to ani ke dni odstoupení od smlouvy – předmět plnění, zejména mobilní aplikaci dle technické specifikace funkční pro základní operační systémy, když technická specifikace jednoznačně jako podmínku stanovila funkčnost pro Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější. Na výše uvedeném ničeho neměnila ani skutečnost, že dané aplikace byly na příslušných aplikačních obchodech vystaveny nejdříve 20. 12. 2019 (Google play) a 14. 1. 2020 (App Store). Kromě jiného byla totiž aplikace pro iOS dostupná pouze pro verze 13.2 a vyšší. Z výše uvedeného je patrné, že přinejmenším pro jeden z operačních systémů nebyla ani ke dni odstoupení od smlouvy dostupná aplikace v souladu s technickou specifikací.

Dále nedošlo k plnění ve smyslu dodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy a k provedení nezbytného školení uživatelů software a jeho administrátorů. Dodavatel sice dopisem ze dne 20. 2. 2020 nabídl zaškolení obsluhy v termínu 3. 3. 2020, takovou nabídku však nebylo možné akceptovat, a to s ohledem na nedodání řádného plnění v podobě kompletního díla, které zároveň představovalo nutnou podmínku uskutečnění školení i z hlediska harmonogramu daného smlouvou. Z výše uvedených důvodů došlo tedy doručením odstoupení města Písek od smlouvy dne 2. 3. 2020 k zániku závazkového vztahu

založeného výše uvedenou smlouvou. Zadavatel tedy přistoupil na základě výše uvedených skutečností k vyloučení společnosti ALTAIR SOFTWARE s.r.o. z nadepsaného zadávacího řízení, a to z důvodů podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, protože se dodavatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem. Pochybení dodavatele ve smluvním vztahu se zadavatelem vedla k předčasnému ukončení smluvního vztahu, a nadto zadavatel vůči dodavateli dne 24. 4. 2020 uplatnil v souladu s čl. 19.1 písm. a) smlouvy nárok na smluvní pokutu, a to ve výši 106 016,13 Kč. To představuje další samostatný důvod nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

Zadavatel zároveň považuje za vhodné připomenout, s odkazem na bližší výčet skutečností uvedený v dopise ze dne 2. 3. 2020, představující odpověď na dopis dodavatele ze dne 21. 1. 2020, že pochybení dodavatele při plnění jeho závazků ze smlouvy nespočívaly „pouze" v nedodání ucelené části předmětu plnění ve sjednaném termínu, ale spočívaly v širším spektru nedostatků a odchylek od závazně stanovené technické specifikace předmětu smlouvy.

Tato pochybení dodavatele zároveň přetrvávala řadu měsíců a představovala tak pochybení nejen závažná (za něž je možné označit přinejmenším důvody vedoucí zadavatele k rozhodnutí odstoupit od smlouvy), ale také dlouhodobá. […]

Příloha č. 1 – Rozhodnutí o výběru a vyloučení

Příloha č. 2 – Protokoly z jednání hodnotící komise odpovídající náležitostem o hodnocení

Příloha č. 3 – Zápis o Výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ´.

85. Dle čl. 1.1 písm. l) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 ‚*„Dokumentace" znamená dokumenty, které jsou výstupem provádění [p]lnění, zejména pak dokumenty výslovně uvedené v [č]lánku Chyba! Nenalezen zdroj odkazů.*'.

86. V čl. 2.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí následující: ‚*Touto Smlouvou se [d]odavatel zavazuje*:

(a) vytvořit [a]nalýzu;

(b) dodat [s]oftware;

(c) poskytnout [l]icenci, a jiná oprávnění k [a]utorským dílům a [d]atabázím a jiná oprávnění k [s]oftware;

(d) provést Instalaci [s]oftware;

(e) provést Implementaci [s]oftware;

(f) provést Integraci [s]oftware;

(g) dodat [d]okumentaci;

(h) provést nezbytné [š]kolení uživatelů [s]oftware a jeho administrátorů;

(i) dodat [z]boží;

(j) provést či provádět další činnosti, které jsou výslovně uvedeny v Příloze č. 1 [Specifikace Plnění].

(„Plnění“).'

87. Dle čl. 2.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se dodavatel zavazuje ‚*provést [p]lnění v následujících [d]ílčích částech [p]lnění, jejichž výstupy budou samostatným předmětem [a]kceptačního řízení*:

(a) Systém řízení vztahu s občany dle části A [p]řílohy č. 1;

(b) Informační platforma pro plošná témata města ([o]bjednatele) dle části B [p]řílohy č. 1; a

(c) Komunikační platforma pro občany dle části C [p]řílohy č. 1.

(„[d]ílčí části [p]lnění“).'.

88. Dle čl. 3.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 je účelem této smlouvy „*zajistit pro [o]bjednatele provedení [p]lnění, které bude přispívat a vést k naplnění následujících cílů*:

(a) zajištění efektivní komunikace s občany v krizových situacích, ochrany jejich majetku a zdraví, zvyšování návštěvnosti kulturních akcí a jejich ziskovosti, resp. snadné realizovatelnosti a vyhodnocování průzkumů veřejného mínění a názorů občanů,

(b) zajištění možnosti zobrazení nejrůznějších jevů v rámci městských aglomerací, a to i v případě relativně složitých témat, jako jsou například monitoring životního prostředí, mapa dopravních proudů, územní plánování, kulturní mapa města, mapa kriminality, hluková mapa, stavy odpadních nádob, interaktivní turistická mapa, stavy toků při povodních, rozmístění kardiostimulátorů na území města a další,

(c) zajištění komunikačního nástroje občanů pro interakci s úřadem [o]bjednatele.“.

89. Dle čl. 4.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 ‚*[p]lnění a [d]ílčí části [p]lnění bude [d]odavatel provádět v termínech sjednaných v [p]říloze č. 2 [Časový harmonogram] („Harmonogram“).'*.

90. V čl. 4.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí, že „*[d]odavatel se zavazuje provést [p]lnění a jednotlivé Dílčí části Plnění vždy tak, aby předání a převzetí Plnění a jednotlivých výstupů plnění této Smlouvy, tj. Akceptace, bylo dokončeno nejpozději v den, který je uveden pro dotčený výstup v Harmonogramu. Změna Harmonogramu je možná pouze v důsledku prodlení [o]bjednatele anebo dohodou [s]tran*.“.

91. Dle čl. 8.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 je dodavatel povinen „*provést [p]lnění v souladu s Harmonogramem a požadavky a specifikacemi ve smyslu [č]lánku 8.4. Dodavatel je povinen provést [p]lnění na vlastní nebezpečí a na vlastní náklady. Dodavatel se zavazuje současně s předáním předmětu [p]lnění k Akceptačnímu řízení předat [d]okumentaci*.“.

92. Dle čl. 8.4 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 je dodavatel povinen „*provést [p]lnění a [s]oftware musí mít vlastnosti v souladu s požadavky uvedenými ve/v*:

(a) [p]říloze č. 1 [Specifikace Plnění];

(b) [a]nalýze;

(c) této Smlouvě; a

(d) [z]adávací dokumentaci. […]“.

93. V čl. 19.1 písm. a) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí následující: *„Aniž by byla dotčena práva [o]bjednatele na odstoupení od Smlouvy podle [č]lánku 22 ([t]rvání Smlouvy), vzniká [o]bjednateli vůči [d]odavateli právo na zaplacení smluvní pokuty*:

(a) poruší-li [d]odavatel svoji povinnost řádně a včas provést [p]lnění či jakoukoliv [d]ílčí část [p]lnění, je [d]odavatel povinen uhradit [o]bjednateli smluvní pokutu ve výši 0,05 % z ceny [p]lnění nebo z ceny [d]ílčí části [p]lnění za každý započatý den prodlení až do řádného splnění této povinnosti“.

94. Dle čl. 20.2 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 *„[s]trany si pro vzájemnou komunikaci ohledně Smlouvy zvolily [k]ontaktní osoby a pro některé konkrétní úkony v rámci vzájemné komunikace další osoby, jejichž seznam je uveden v [p]říloze č. 4.*“.

95. Dle čl. 20.4 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 *„[n]ení-li v této Smlouvě výslovně stanovena jiná forma pro doručování dokumentů anebo jiných právních jednání, lze takové dokumenty a jednání doručit v elektronické formě na emailovou adresu příslušné [k]ontaktní osoby, prostřednictvím datové zprávy zaslané v rámci ISDS anebo v listinné podobě*.“.

96. Dle čl. 21.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 *„[s]trany ujednaly a souhlasí, že [o]bjednatel nemá zájem na částečném plnění a je povinen převzít [p]lnění pouze v provedení dohodnutém na základě této Smlouvy. Strany si dále sjednaly, že [o]bjednatel není povinen přijmout jakékoli plnění dle této Smlouvy, pokud se [s]trany nedohodnou jinak, od třetí osoby.*“.

97. V čl. 22.3 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 je stanoveno, že *„[o]dstoupení od Smlouvy [o]bjednatelem z důvodů na straně [d]odavatele. Objednatel je oprávněn odstoupit od této Smlouvy, v případě, že*:

[…]

(b) dodavatel je v prodlení s provedením plnění či jakékoliv dílčí částí plnění déle než dva (2) měsíce, a to i bez nutnosti zaslání předchozího upozornění.“.

98. Dle čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se dodavatel zavazuje *„nejpozději třicet (30) dnů před uplynutím sjednané doby trvání této Smlouvy, nebo do třiceti (30) dnů před předčasným ukončením smluvního závazkového vztahu založeného Smlouvou, není-li ani jedno z předchozích objektivně možné (například z důvodu, že tento okamžik není předem znám), pak nejpozději do deseti (10) dnů od zániku smluvního vztahu založeného touto Smlouvou*:

(a) připravit aktualizovanou dokumentaci software a IT prostředí objednatele, obsahující zejména, nikoliv však výlučně:

(i) dokumentaci – detailní popis fungování a návrh implementace, který zahrnuje:

- *bezpečnostní dokumentace;*
- *popis řešení vysoké dostupnosti [s]oftware;*
- *popis konfigurace databází;*
- *popis nastavení [s]tandardního software;*
- *popis uceleného modelu [s]oftware (logický doménový model, detailní datový model, hierarchický komponentní model, apod.),*

- *popis zálohování a obnovy,*
- *popis správy uživatelů a externích rozhraní,*
- *popis konfigurace aplikačních serverů,*
- *popis licenčních modelů u Standardního software, a*
- *[u]živatelskou a administrační dokumentaci*

  […]“.

99. V časovém harmonogramu se uvádí následující:

*„**PRO VŠECHNY SOFTWARE JEDNOTNĚ***

Dílčí část plnění	*Ukončení*
VYROZUMĚNÍ O DOKONČENÍ ČÁSTI 1 VEŘEJNÉ ZAKÁZKY	*T*
ANALÝZA	*T + 1 MĚSÍC*
PŘEDÁNÍ K TESTOVÁNÍ	*T + 3 MĚSÍCE*
PŘEDÁNÍ DO PILOTNÍHO PROVOZU	*T + 5 MĚSÍCŮ*
Provedení plnění – CELKOVÁ AKCEPTACE	***T + 6 MĚSÍCŮ***

T = datum vyrozumění dodavatele o dokončení části 1 veřejné zakázky objednatelem.“.

100. V čl. 1.2 přílohy č. 4 nazvané „kontaktní osoby“ smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí:

„Kontaktní osoby dodavatele:

(a) pro uzavírání a změny Smlouvy:

Jméno: Bc. Marek Vávra […]“.

101. V odst. 1 analýzy je v čl. 1.1. stanoveno, že *„[p]ředmětem plnění je dodávka [s]oftware pro řízení vztahu s občany, informační platforma pro plošná témata města a komunikační platforma pro občany.*“, v čl. 1.2 je stanoveno, že *„[m]ěsto Písek bude komunikovat se svými občany pomocí mobilní aplikace Mobilní rozhlas, webové aplikace Software pro řízení vztahů s občany města Písek a pomocí mobilní aplikace Software pro řízení vztahů s občany města Písek*.“ a v čl. 1.3 se uvádí, že *„[m]obilní aplikace bude veřejně dostupná na obchodech Google Play a App Store. Mobilní aplikace bude podporovat iOS verze 8 a novější, Android 4.2 a novější. Mobilní aplikace a webové stránky nebudou obsahovat jiné jazykové mutace než češtinu*.“.

102. V přípise ze dne 29. 11. 2019 zadavatel uvádí, že *„[s] ohledem na zásadní nedostatky předaných plnění a nefunkčnost SW, ze strany [z]adavatele není možné vznést konkrétní připomínky k předané dokumentaci ze dne 12. 9. 2019 dle čl. 9.11 písm. a) až e) smlouvy o dílo, neboť základním předpokladem sdělení připomínek je objektivní a dosud absentující možnost [z]adavatele porovnat dokumentaci s funkčním SW. Lhůta v délce 10 pracovních dnů pro sdělení připomínek k dokumentaci tak dle názoru [z]adavatele, nejenom, že neuplynula, ale dosud nezačala běžet*.“.

103. V přípise ze dne 19. 12. 2019 zadavatel uvádí, že *„předmětná [m]obilní aplikace však [z]adavateli nikdy nebyla dodána, a to ani k testování, ani k pilotnímu provozu, a platí, že [m]obilní aplikace v obchodech Google Play a App Store nikdy dostupná nebyla a není. […] Nedodání [m]obilní aplikace ve sjednaných termínech v souladu s tzv. Analýzou osvědčuje*

i níže uvedená e-mailová komunikace zástupců [d]odavatele a [z]adavatele.“. Zadavatel dále uvádí e-mailovou komunikaci ze dne 29. 8. 2019 a dne 6. 11. 2019 (blíže viz body 109. a 111. - 112. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel rovněž uvádí, že *„skutečnost, že tato mobilní aplikace dosud nebyla dodavatelem dodána, resp. že délka prodlení dodavatele je delší než 2 měsíce, je z pohledu zadavatele nesporné, přičemž zadavatel zde odkazuje na následující ustanovení smlouvy o dílo, která na vzniklou situaci dopadají. Předně se jedná o čl. 22.3 písm. b) […]. Dále se jedná o čl. 21.1 smlouvy o dílo […]. S ohledem na citovaná ustanovení smlouvy o dílo [z]adavatel nyní zvažuje případné následky odstoupení od smlouvy, a to i s přihlédnutím k obecné prevenční povinnosti [z]adavatele, jako poškozeného nekvalitním a neúplným plněním smlouvy o dílo, minimalizovat vzniklé škody, včetně škod vyplývajících z případné korekce poskytnuté dotace na realizaci předmětu veřejné zakázky*.“.

104. V odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 se uvádí, že *‚[v]aše společnost řádně dle stanoveného harmonogramu (což jí bylo uloženo mj. čl. 8.2 Smlouvy) plnění nedodala – a to ani k dnešnímu dni – zejména mobilní aplikaci dle technické specifikace funkční pro základní operační systémy, když technická specifikace jednoznačně jako podmínku stanovila funkčnost pro Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější. […] Skutečnost, že Vaše společnost dosud nedodala výše specifikovanou podstatnou část předmětu díla, resp. že délka prodlení s řádným plněním je delší než 2 měsíce (po 12. 9. 2019, kdy k předání mobilní aplikace k testování mělo dojít), je z pohledu [m]ěsta Písek nesporná, přičemž zde odkazuje na následující ustanovení smlouvy o dílo, která na vzniklou situaci dopadají. Předně se jedná o čl. 22.3 písm. b) Smlouvy, podle kterého [o]bjednatel může odstoupit od Smlouvy, pokud „Dodavatel je v prodlení s provedením plnění či jakékoliv dílčí částí plnění déle než dva (2) měsíce, a to i bez nutnosti zaslání předchozího upozornění“.’*.

105. V přípise ze dne 2. 3. 2020 zadavatel uvádí, že *„[o]hledně Vámi předloženého tvrzení společnosti Altair Software k dodání mobilní aplikace, může [m]ěsto Písek potvrdit dřívější závěr, že předmětná aplikace dodána nebyla, a to včas, ani řádně dle technické specifikace funkční pro základní operační systémy. Technická specifikace jednoznačně jako podmínku stanovila funkčnost pro Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější; přinejmenším pro jeden z operačních systémů však není ani k dnešnímu dni dostupná aplikace v souladu s technickou specifikací, když je i ze samotného prostřední obchodu App Store patrné, že aplikace pro iOS [je] dostupná pouze pro verze 13.2 a vyšší […]“.* V bodu 2) na str. 5 uvedeného přípisu zadavatel rovněž uvádí, že *„prodlení společnosti Altair Software s plněním předmětu Smlouvy je značné, [m]ěsto Písek zde odkazuje zejména na dosud nesplněnou povinnost předat tzv. mobilní aplikace k testování, ačkoli se tak mělo stát již k 12. 9. 2019.*“.

106. V přípisu ze dne 19. 12. 2019 se uvádí následující: *„S ohledem na zásadní nedostatky předaných plnění a nefunkčnost SW, ze strany [z]adavatele není možné vznést konkrétní připomínky k předané dokumentaci ze dne 12. 9. 2019 dle čl. 9.11 písm. a) až e) smlouvy o dílo, neboť základním předpokladem sdělení připomínek je objektivní a dosud absentující možnost [z]adavatele porovnat dokumentaci s funkčním SW. Lhůta v délce 10 pracovních dnů pro sdělení připomínek k dokumentaci tak dle názoru [z]adavatele, nejenom, že neuplynula, ale dosud nezačala běžet.*“.

107. V přípisu ze dne 24. 4. 2020 zadavatel uvádí, že *‚[n]ení pravda, že ze strany Altair Software „byly řádně a včas předány veškeré dílčí části k testování a následně také do pilotního provozu“, jak je nesprávně uvedeno v odůvodnění [o]dstoupení od smlouvy. Na toto jsme*

[v]ás v minulosti opakovaně upozornili, považujeme proto za nadbytečné vše znovu v detailu opakovat. V podrobnostech proto odkazujeme na předchozí komunikaci ze strany města Písek, zejm. dopis ze dne 19. 12. 2019 nadepsaný „Reakce na vyjádření ze dne 11. 12. 2019 zn. 2640/2019“ a dopis ze dne 2. 3. 2020 nadepsaný „REAKCE NA DOPIS ZE DNE 21. 1. 2020“'. Dále zadavatel uvádí, že v souladu s časovým harmonogramem mělo dojít ze strany navrhovatele k předání „software“ k testování nejpozději dne 12. 9. 2019, přičemž *„k tomu ovšem nikdy nedošlo (prodlení na straně Altair Software nakonec vedlo až k odstoupení od Smlouvy ze strany [m]ěsta Písek, viz výše). Společnost Altair Software tedy byla v prodlení od 13. 9. 2019 až do 2. 3. 2020 (kdy došlo k odstoupení od Smlouvy ze strany [m]ěsta Písek), a to ohledně části plnění s cenou 1.232.748 Kč vč. DPH […] Výše smluvní pokuty dle čl. 19.1(a) Smlouvy tedy činí 106.016,13 Kč.*“.

108. V e-mailové zprávě ze dne 12. 6. 2019: „Oznámení o ukončení části 1 projektu“ zadavatel na adresu navrhovatele uvádí následující: *‚V návaznosti na smlouvu o dodání SW v rámci projektu "Zvyšování efektivity a transparentnosti veřejné správy prostřednictvím rozvoje využití a kvality systému IKT" si vám dovolujeme oznámit, že byla dokončena a akceptována část 1, na jejíž dokončení navazuje dle smluvní dokumentace (str. 37, časový harmonogram) realizace části 3, kterou zajišťuje vaše společnost’*.

109. V e-mailové zprávě ze dne 29. 8. 2019: „Informační e-mail – předání SW k testování“ navrhovatel na adresu zadavatele uvádí, že *„[…] ke dni 12.9.2019 bude předána k testování Dodávka SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany. K tomuto dni lze z Vaší strany zahájit Akceptační řízení.*“.

110. V e-mailové zprávě ze dne 13. 9. 2019: „Testování – SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany“ navrhovatel na adresu zadavatele uvádí, že *„[…] dnes byl k Vám na server nahrán SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany. V příloze zasílám dokumentaci k Informační platformě pro plošná témata města a Komunikační platformě pro občany a testovací scénáře*.“.

111. V e-mailové zprávě ze dne 6. 11. 2019: „Mobilni aplikace“ zadavatel na adresu navrhovatele uvádí, že *„ […] myslite, ze by bylo mozne, ze bychom se mohli podivat i na mobilni aplikace*?“.

112. V e-mailové zprávě ze dne 6. 11. 2019: „RE: Mobilni aplikace“ navrhovatel na adresu zadavatele uvádí, že *„[…] ano, začátkem příštího týdne bych Vám zaslal podrobnější informace k mobilním aplikacím.*“.

113. V e-mailové zprávě ze dne 1. 3. 2020: „Odstoupeni od smlouvy ALTAIR“ právní zástupce zadavatele na adresu zadavatele uvádí, že *„[…] v příloze zasílám finální podobu odstoupení na našem hlavičkovém papíře, včetně předvídaných příloh. V této podobě odstoupení v průběhu pondělí odešleme dodavateli.*“.

114. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „RE: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zadavatel mimo jiné na adresu navrhovatele (Bc. Marka Vávry, Tomáše Zbořila) a JUDr. Lukáši Dořičákovi uvádí, že *‚[…] v příloze si Vám v zastoupení našeho klienta, [m]ěsta Písek, dovolujeme zaslat: i) odstoupení od smlouvy uzavřené dne 1. 4. 2019 na realizaci veřejné zakázky s názvem „Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek“ - část 3*

s názvem „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany“ (tento soubor obsahuje průvodní dopis odstoupení, obrazovou přílohu, rozhodnutí Rady Města Písek o odstoupení od smlouvy a naši plnou moc), ii) vyjádření k Vašemu dopisu ze dne 21. 1. 2020 rekapitulující důvody odstoupení, resp. obsahující reakci na dosavadní věcné spory o plnění uzavřené smlouvy.’.

115. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „Automatic reply: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zaslané z e-mailové adresy m.vavra@altairgroup.eu právnímu zástupci zadavatele se uvádí, že *„[…] thank you very much for your email. Unfortunately I am out of the office and won’t be able to respond to your message. I will reply to your email as soon as possible. If you need any assistance in the meantime, we'd love to help*.“.

116. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „Přečteno: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zaslané od Tomáše Zbořila se uvádí *„Vaše zpráva […] byla přečtena dne pondělí 2. března 2020 19:08:25 (UTC+01:00) Praha, Bratislava, Budapešť, Bělehrad, Lublaň*.“.

117. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „Doručeno: RE: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zaslané z e-mailové adresy postmaster@altairsoftware.cz právnímu zástupci zadavatele se uvádí *„Zpráva byla doručena těmto příjemcům: Marek Vávra*.“.

118. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „Doručeno: RE: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zaslané z e-mailové adresy postmaster@altairsoftware.cz právnímu zástupci zadavatele se uvádí „Zpráva byla doručena těmto příjemcům: Tomáš Zbořil“.

119. V e-mailové zprávě ze dne 2. 3. 2020: „Přeneseno: RE: Altair - Odstoupení od smlouvy a Replika na dopis ze dne 21. 1. 2020“ zaslané z e-mailové adresy MicrosoftExchange329e71ec88ae4615bbc36ab6ce41109e@havelpartners.cz právnímu zástupci zadavatele se uvádí *„Delivery to these recipients or groups is complete, but no delivery notification was sent by the destination server: JUDr. Lukáš Dořičák I ARROWS (doricak@arws.cz)*“.

120. Hlavička e-mailu od Bc. Marka Vávry obsahuje následující informace[5]:

*„**From: Csorba Csaba <csaba.csorba@havelpartners.cz>***
To: =?utf-8?B?TWFyZWsgVsOhdnJh?= <m.vavra@altairgroup.eu>,
=?utf-8?B?SlVEci4gTHVrw6HFoSBEb8WZacSNw6FrIEkgQVJST1dT?= <doricak@arws.cz>
CC: "Eva.Vanzurova@mupisek.cz" <Eva.Vanzurova@mupisek.cz>,
=?utf-8?B?VG9tw6HFoSBaYm/FmWls?= <t.zboril@altair-finance.cz>,
"Lenka.Zborilova@mupisek.cz" <Lenka.Zborilova@mupisek.cz>,
"Milos.Prokysek@mupisek.cz" <Milos.Prokysek@mupisek.cz>
Subject: =?utf-8?B?UkU6IEFsdGFpciAtIE9kc3RvdXBlbsOtIG9kIHNtbG91dnkgYSBSZXBsaWth?=
=?utf-8?Q?_na_dopis_ze_dne_21._1._2020?=
Thread-Topic: =?utf-8?B?QWx0YWlyIC0gT2RzdG91cGVuw60gb2Qgc21sb3V2eSBhIFJlcGxpa2EgbmEg?=
=?utf-8?Q?dopis_ze_dne_21._1._2020?=

[5] Pozn. Úřadu – zvýraznění textu provedeno Úřadem.

Thread-Index: AdXwuuYHWVuTaJFlRQqji4dF2Uu9Hg==
Disposition-Notification-To: Csorba Csaba <csaba.csorba@havelpartners.cz>
Return-Receipt-To: <csaba.csorba@havelpartners.cz>
Date: Mon, 2 Mar 2020 17:57:22 +0000
Message-ID: <fb07857a97284c8dab1a51550c3532e2@havelpartners.cz>
Content-Language: cs-CZ
X-MS-Has-Attach: yes
X-MS-Exchange-Organization-SCL: -1
X-MS-TNEF-Correlator:
X-MS-Exchange-Organization-RecordReviewCfmType: 0
Content-Type: multipart/mixed;
boundary="_003_fb07857a97284c8dab1a51550c3532e2havelpartnerscz_"
MIME-Version: 1.0".

121. Hlavička e-mailové od Bc. Marka Vávry obsahuje následující informace[6]:

*„**Received: from SRVmail01.HAVELHOLASEK.local** (192.168.10.71) by*
SRVmail01.HAVELHOLASEK.local (192.168.10.71) with Microsoft SMTP Server
(version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_128_GCM_SHA256) id 15.1.1913.5
via Mailbox Transport; Mon, 2 Mar 2020 18:57:47 +0100
Received: from SRVmail02.HAVELHOLASEK.local (192.168.10.72) by
SRVmail01.HAVELHOLASEK.local (192.168.10.71) with Microsoft SMTP Server
(version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_128_GCM_SHA256) id
15.1.1913.5; Mon, 2 Mar 2020 18:57:47 +0100
Received: from EUR01-VE1-obe.outbound.protection.outlook.com (192.168.10.70)
by SRVmail02.HAVELHOLASEK.local (192.168.10.72) with Microsoft SMTP Server
(version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_128_GCM_SHA256) id 15.1.1913.5
via Frontend Transport; Mon, 2 Mar 2020 18:57:47 +0100
ARC-Seal: i=1; a=rsa-sha256; s=arcselector9901; d=microsoft.com; cv=none;
b=aMi4vvE4pPu+dKH4zpDRP6xrSyjckuIg8ivF15Jo+XgLe/MCbZ9txu78aDXbaPWmyOS0dZzlR3XSJM53/A53rZpt
WtYs2I7pS86dxHSxyggRLlGkBO+mb6/WEcnGX3ppX+xVxtA6+KwTRhkW1myrBqzxOomSvBhSZ9FKWjEoMhxTQ
zCHeBT01Zfci5V2YwE/smNVXER+9GyF7M0XBTJtMSAEwx1KtEWdWK/D/qiiBxNnT95ewjM7FqgPaldxVjmhSU/Q
d+X+Edn+Lx6sVoF8XMQ+3ena+F6n9XkAX5+NTLxQ6Yo6sbbXQS0Q8FfM4PQ0etnXubfoxI9KshpG4wSFUQ==
ARC-Message-Signature: i=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed; d=microsoft.com;
s=arcselector9901;
h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-SenderADCheck;
bh=yAhTzc2mdTG7QuMu7YiRC537vMpqTSJGOT5LThM9prQ=;
b=Ic4ID2Zyacmko8FLOGOevzUmTFf6iX0Kx5URJi2EDq/4n5VJn/o1yZMUO/OZbEWOEoYARa3tXWM4jKUHUTNt
dYWbJvmGCgxGqjfnSJtbzTZr7Ysg5LIImaClvIpgChLlXNS5f4zen46/+7RazzI9K7D1nmBGogewlhinBkerEB2ROmXl
Ae5Rvxns8WOXZ+xsfV+74o4Oi+6s37IY41R1ymMyFZVz0IgWSbTMEyc3PAyKKBePs+NFvVaUCw/9rWV67B4gkD
RrkeYKD/1thV9GfrGwlVXxwWBlsSknRvV8riOmb7Lg4KDd9hxZ8passvOcZtxKrVna3awmPcXldD3GPw==
ARC-Authentication-Results: i=1; mx.microsoft.com 1; spf=pass
smtp.helo=am7p189mb0833.eurp189.prod.outlook.com; dmarc=pass action=none
header.from=altairgroup.eu; dkim=pass header.d=altairgroup.eu; arc=none
DKIM-Signature: v=1; a=rsa-sha256; c=relaxed/relaxed;
d=altairsoftware.onmicrosoft.com; s=selector2-altairsoftware-onmicrosoft-com;
h=From:Date:Subject:Message-ID:Content-Type:MIME-Version:X-MS-Exchange-SenderADCheck;
bh=yAhTzc2mdTG7QuMu7YiRC537vMpqTSJGOT5LThM9prQ=;
b=QdEtCEZ31nGCSDTH7EBVmB3mcgJIHz/plDffHFcD3iLOlBLf2g0sFp9wG036lRcN8VMkC4gtKUUWC/MwUobez
ft6KQWaAT9U+a3Gv07f0KiMOshFJUfPlrFRctYH7RT1mC9LH9fPBZfl1bVBkZxp3QDQaIp2xf8iiYeIgY9ItX4=
Received: from AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM (20.180.108.207) by
AM7P189MB0725.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM (10.141.175.212) with Microsoft SMTP
Server (version=TLS1_2, cipher=TLS_ECDHE_RSA_WITH_AES_256_GCM_SHA384) id

[6] Pozn. Úřadu – zvýraznění textu provedeno Úřadem.

15.20.2772.18; Mon, 2 Mar 2020 17:57:46 +0000
***Received: from AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM** ([::1]) by*
AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM ([fe80::1ce9:e9c9:afc3:b296%4]) with
Microsoft SMTP Server id 15.20.2772.019; Mon, 2 Mar 2020 17:57:46 +0000
From: =?utf-8?B?TWFyZWsgVsOhdnJh?= <m.vavra@altairgroup.eu>
To: Csorba Csaba <csaba.csorba@havelpartners.cz>
Subject:=?utf-8?B?QXV0b21hdGljIHJlcGx5OiBBbHRhaXIgLSBPZHN0b3VwZW7DrSBvZCBzbWxv?=
=?utf-8?Q?uvy_a_Replika_na_dopis_ze_dne_21._1._2020?=
Thread-Topic:=?utf-8?B?QWx0YWlyIC0gT2RzdG91cGVuw60gb2Qgc21sb3V2eSBhIFJlcGxpa2EgbmEg?=
=?utf-8?Q?dopis_ze_dne_21._1._2020?=
Thread-Index: AdXwuuYHWVuTaJFlRQqji4dF2Uu9HgAAS6mn
Date: Mon, 2 Mar 2020 17:57:46 +0000
Message-ID: <89403aac5dc946d3afc9db04201d415b@AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM>
References: <fb07857a97284c8dab1a51550c3532e2@havelpartners.cz>
In-Reply-To: <fb07857a97284c8dab1a51550c3532e2@havelpartners.cz>
X-MS-Has-Attach:
X-Auto-Response-Suppress: All
X-MS-Exchange-Inbox-Rules-Loop: m.vavra@altairgroup.eu
X-MS-TNEF-Correlator:
authentication-results: spf=none (sender IP is) smtp.mailfrom=<>;
x-ms-exchange-parent-message-id: <fb07857a97284c8dab1a51550c3532e2@havelpartners.cz>
auto-submitted: auto-generated
x-ms-exchange-generated-message-source: Mailbox Rules Agent
x-ms-publictraffictype: Email
x-ms-office365-filtering-correlation-id: 6765a32c-8c56-4265-953c-08d7bed33724
x-ms-traffictypediagnostic: AM7P189MB0725:
x-microsoft-antispam-prvs:
<AM7P189MB07256CE68F52586FB425ED02B8E70@AM7P189MB0725.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM>
x-ms-oob-tlc-oobclassifiers: OLM:7691;
x-forefront-prvs: 033054F29A
x-forefront-antispam-report:
SFV:NSPM;SFS:(10009020)(50650200002)(376002)(366004)(136003)(39840400004)(346002)(396003)(18900
3)(199004)(66946007)(66556008)(66476007)(66446008)(64756008)(85182001)(8936002)(6916009)(7835200
4)(7696005)(55016002)(66574012)(224303003)(108616005)(9686003)(316002)(4744005)(81166006)(811560
14)(24736004)(2906002)(6506007)(5660300002)(26005)(88996005)(508600001)(42882007)(85202003)(7120
0400001)(111220200005)(80100003);DIR:OUT;SFP:1501;SCL:1;SRVR:AM7P189MB0725;H:AM7P189MB0833.
EURP189.PROD.OUTLOOK.COM;FPR:;SPF:None;LANG:en;PTR:InfoNoRecords;MX:0;A:0;
received-spf: None (protection.outlook.com:
AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM does not designate permitted sender
hosts)
x-ms-exchange-senderadcheck: 1
x-microsoft-antispam: BCL:0;
x-microsoft-antispam-message-info:
Zvx7ogFQRqfn4H0Ihs6sEtpNcUmq9eQM1Hgc7KOWtRAyyceI1iROpvOP3fultpXdK9sF50jiTrKyDze4qcCLtPoywliZ
fvweVWkCoaFcuKFCiBEcDOy595wPgBalilaMzrTcps9Arv9Iz8JFcApS+qrt4ylAyvPZGPU/+R1URKxPG7mEpKXgu/I
OHkgrXZiBCtuJlkYUrpwTwpJlyl+Xa0aCxw+8c9M02aR65FoffgkIrWWTlxIKQpx1YaDMYff//nPLfRZbxd04V+D/HO
mGjlJrvxW30+sin8QdG3QeJyLDH2jXvBD1xA0Qa7T0XvkouAULvPSZDDtY6z1HkHS5chxuEagcKbJMjnW7QAUWe
MD/St1ual2DMBzGVWmwJzkiqn2+PiX2ga+cu9KuuQCrMqWrB5qh9UInSm1LuAHC9iGpniv2g4B12SoBiMFIpMA
3HNWmJIu5gZNLaFzAsnf1RtfmvD+x2CWC+nCeFNtUUMeAmgFZZHN4F6Fq28JhYiUzFG5BUrUnWcJmfPUfRVw
Bm5ks23KCfYpHIiWlWxyS8Tx3ZIA55zOpNhWkbPbbZc3wbWpaum6crlSjkOafF+n0+g==
[…]“.

Právní posouzení

122. Předmětem správního řízení je posouzení souladu úkonů zadavatele se zákonem. Mezi účastníky správního řízení je sporná zákonnost vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, konkrétně pak to, zda byl zadavatel oprávněn navrhovatele vyloučit dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

123. Úřad ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona předně v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, kde předchozí zkušenosti a obchodní pověst dodavatele hraje při výběru smluvního partnera významnou roli. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení, kterých se dopustil dodavatel při plnění dřívějšího smluvního vztahu, je-li současně splněno několik podmínek.

124. K vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro nezpůsobilost musí být splněny všechny níže uvedené zákonné podmínky:

    a. existence pochybení na straně dodavatele jako účastníka zadávacího řízení,

    b. časová podmínka, kdy relevantní je pouze pochybení, kterého se dodavatel dopustil v období maximálně 3 roky před zahájením zadávacího řízení, ze kterého má být pro ně vyloučen,

    c. podmínka intenzity pochybení, kdy pochybení musí být závažné či dlouhodobé, příp. obojí zároveň,

    d. podmínka subjektu smluvního vztahu, kdy jsou relevantní pouze pochybení při plnění povinností ze smluvního vztahu se zadavatelem v zadávacím řízení, ze kterého je dodavatel vylučován, anebo ze vztahu s jiným veřejným zadavatelem,

    e. podmínka kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení, což znamená, že relevantní jsou pouze pochybení, která vedla ke vzniku škody, k předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím.

    Úřad dále uvádí, z ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona vyplývá, že se musí jednat o vícero pochybení neboť slovo „pochybení“ je v citovaném ustanovení zákona užito v množném čísle, a tak již z pouhého jazykového výkladu je zřejmé, že důvodem pro vyloučení účastníka může být pouze více (nejméně tedy dvě) relevantních pochybení (naplňujících shora uvedené podmínky).

125. Z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu plyne, že k prokázání předpokladů vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není nezbytná existence pravomocného soudního či správního rozhodnutí (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018). Zadavatel může splnění podmínek nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení prokázat i jinými relevantními způsoby a důkazy, například odstoupením od smlouvy z důvodu pochybení zakládajícího důvod pro takové odstoupení, dokladem o uplatnění platně nárokované smluvní sankce z důvodu pochybení účastníka majícího za následek porušení smluvní povinnosti, protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a z jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod. Důkazní prostředky musí zadavatel uplatnit již vůči účastníkovi zadávacího řízení v souvislosti

s rozhodnutím o jeho vyloučení, pokud tak neučinil dříve. K tomu předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0093/2019/VZ-20435/2019/321/OMa ze dne 25. 7. 2019 uvedl, že *„zadavatel musí mít postaveno najisto, že byly podmínky § 48 odst. 5 písm. d) zákona naplněny. V případě, že druhé straně byly všechny relevantní skutečnosti známy, tedy byla s nimi řádně seznámena, pak zadavatel nemusí všechny skutečnosti podrobně rozvádět již v rozhodnutí o vyloučení, kde je však zcela jistě musí dostatečně identifikovat (jak již bylo uvedeno, například tak nemusí přikládat přílohy s dokumentem potvrzujícím ukončení dřívějšího smluvního vztahu, tyto by však měly být v rozhodnutí o vyloučení identifikovány), …“.*

126. Úřad uvádí, že výše uvedené předpoklady vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, zejména klasifikace pochybení, která jsou svou intenzitou závažná nebo dlouhodobá, představují neurčité právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován. Předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0093/2019/VZ-20435/2019/321/OMa ze dne 25. 7. 2019 uvedl, že *„[z]adavatel tedy obecně vzato postupuje při prokazování důvodů vyloučení dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, pokud v rozhodnutí o vyloučení uvede relevantní informace v takových podrobnostech, aby bylo z rozhodnutí o vyloučení, případně z dokumentů, na které rozhodnutí o vyloučení přímo odkazuje, zřejmé, že byly naplněny podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a aby se mohl dodavatel proti tvrzenému splnění podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona kvalifikovaně bránit, případně aby mohl Úřad tuto skutečnost kvalifikovaně posoudit. Zároveň platí, že uvedené skutečnosti musí vyplývat z obsahu uvedených dokumentů, přičemž není nezbytné, aby ona pochybení byla formálně označena jako závažná či dlouhodobá apod., ale aby z nich tyto skutečnosti vyplývaly.“*. K podmínce intenzity pochybení se rovněž vyjadřuje komentářová literatura, ve které je například uvedeno, že *„[l]ze však usuzovat, že se bude jednat právě o taková pochybení, která vedou k důsledkům demonstrativně vymezeným v komentované části ustanovení. Za závažné či dlouhodobé pochybení je tak třeba považovat takové pochybení, v jehož důsledku došlo k odstoupení od smlouvy (…).“* (Podešva V., Sommer L., Votrubec J., Flaškár M., Harnach J., Měkota J. & Janoušek M. (2016) Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. Praha: Wolters Kluwer.).

127. Jednou z podmínek nezbytných pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je, aby pochybení dodavatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím. Komentářová literatura k tomu uvádí následující: *„[Z]ávažné nebo dlouhodobé pochybení na straně dodavatele samo o sobě není postačující pro naplnění důvodu pro vyloučení daného dodavatele dle komentovaného ustanovení, ale je vždy ještě třeba, aby toto pochybení vyvolalo určitý kvalifikovaný následek; tímto následkem je dle komentovaného ustanovení předčasné ukončení smluvního vztahu, vznik škody nebo jiné srovnatelné sankce. Předčasné ukončení smluvního vztahu z důvodu závažného nebo dlouhodobého pochybení bude zřejmě nejčastěji provedeno odstoupením od uzavřené smlouvy. Pokud došlo k předčasnému ukončení předchozího smluvního vztahu v důsledku závažných či dlouhodobých pochybení dodavatele jinou formou než odstoupením, například výpovědí nebo dohodou, podmínky pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle komentovaného ustanovení budou naplněny též. […] Pro účely naplnění dílčí podmínky možnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení nicméně postačuje pouze vznik škody, nikoliv to, zda zadavatel tuto škodu uplatnil, resp. vymohl*.“ (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha:

Nakladatelství C. H. Beck, 2017. Systém Beck - online). Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tedy nabízí tři alternativy, kdy závažná či dlouhodobá pochybení vedou ke/k: A) vzniku škody, B) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo C) jiným srovnatelným sankcím. Jiná srovnatelná sankce má nejčastěji povahu smluvní pokuty, která mj. plní funkci sankční a kompenzační. Dlouhodobá nebo závažná pochybení tak musí zároveň vést k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům (vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím). Mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky těchto pochybení musí existovat příčinná souvislost. K právě řečenému Úřad dále poukazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr ze dne 26. 7. 2019, v němž je uvedeno, že *„bylo-li ve zdejší věci sporu o tom, zda pochybení při plnění Smlouvy II vedlo ke vzniku sankce ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d), přičemž tento spor se odvíjel od otázky platnosti odstoupení od smlouvy, předseda Úřadu tímto postavil na jisto, že ke vzniku sankce v důsledku pochybení při plnění Smlouvy II došlo, neboť došlo ke vzniku práva na smluvní pokutu. Z důvodu procesní ekonomie není již třeba se zabývat otázkou platnosti odstoupení od Smlouvy II*.“.

128. Dále platí, že zadavatel musí v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona postupovat v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, k čemuž předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0085/2019/VZ-19700/2019/322/LKa ze dne 18. 7. 2019 uvedl, že *„zadavatel musí, aby dodržel zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, v rozhodnutí (oznámení) o vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, podrobně, srozumitelně, určitě a jednoznačně popsat pochybení, která nastala na straně účastníka zadávacího řízení, kterých se dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky…, a že daná pochybení vyvolala určitý kvalifikovaný následek (vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce), z kterých zadavatel usoudil, že se jedná o závažná nebo trvalá pochybení. Úroveň odůvodnění vyloučení účastníka zadávacího řízení totiž představuje dostatečnou pojistku ve spojení se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, která zabrání zneužívání výše uvedeného důvodu pro vyloučení v situacích, kdy nejsou naplněny podmínky pro jeho použití.*“.

129. Nyní již Úřad přistoupí k posouzení toho, zda oznámení o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení obstojí v testu zákonnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, tedy zda zadavatel srozumitelně a podrobně popsal, odůvodnil a prokázal nezpůsobilost navrhovatele v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

130. Zadavatel v oznámení o vyloučení označil smluvní vztah, při jehož plnění se navrhovatel dopustil pochybení, která vedla k jeho předčasnému ukončení, a sice smlouvu ze dne 1. 4. 2019. Zadavatel v oznámení o vyloučení dále popsal, že v souvislosti s uvedenou smlouvou se navrhovatel dopustil závažných pochybení spočívajících v nedodání:

- mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování funkční pro operační systém Android 4.2 a novější,
- mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování funkční pro operační systém iOS 8 a novější,
- dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 a

- provedení nezbytného školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů.

K otázce odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele

131. Zadavatel v oznámení o vyloučení odkazuje na odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020, na základě kterého od předmětné smlouvy odstoupil. Ve vztahu k tomuto odstoupení Úřad uvádí, že mezi účastníky správního řízení je spor, zda odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 bylo doručeno navrhovateli dne 2. 3. 2020, neboť navrhovatel v návrhu uvádí, že *„si není vědom, že by on, nebo jeho zástupce obdržel [z]adavatelovo odstoupení od Smlouvy dne 2. 3. 2020 prostřednictvím e-mailu“.*

132. Úřad nejprve v obecné rovině, zejména s odkazem na § 562 odst. 1 občanského zákoníku, v němž se uvádí, že *„písemná forma je zachována i při právním jednání učiněním elektronickými nebo jinými technickými prostředky umožňujícími zachycení jeho obsahu a určení jednající osoby“,* uvádí, že odstoupení od smlouvy učiněné e-mailem představuje platné právní jednání v písemné formě, přičemž dle § 570 odst. 1 občanského zákoníku dále platí, že *„právní jednání působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí projev vůle dojde […].“*. Úřad rovněž doplňuje, že dle bodu 20.4 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 platí, že *„[n]ení-li v této Smlouvě výslovně stanovena jiná forma pro doručování dokumentů anebo jiných právních jednání, lze takové dokumenty a jednání doručit v elektronické formě na emailovou adresu příslušné [k]ontaktní osoby, prostřednictvím datové zprávy zaslané v rámci ISDS anebo v listinné podobě.“*. Zadavatel předložil Úřadu originál e-mailu ze dne 2. 3. 2020, jehož obsahem je odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 a přípis ze dne 2. 3. 2020. Uvedený e-mail zaslal zadavatel Bc. Marku Vávrovi (kontaktní osoba pro uzavírání a změny smlouvy ze dne 1. 4. 2019 – blíže viz bod 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí), JUDr. Lukáši Dořičákovi a Tomášovi Zbořilovi. Zadavatel dále předložil originál e-mailu od Bc. Marka Vávry a další originály e-mailů potvrzující doručení e-mailu ze dne 2. 3. 2020 uvedeným osobám (blíže viz body 114. - 119. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti Úřad uvádí, že Vrchní soud v Praze se ve svém usnesení sp. zn. Cmo 248/2018 ze dne 9. 9. 2019 vyjádřil, že *„[j]de-li o e-mail z 31. 3. 2015, včetně jeho příloh, je odvolací soud toho názoru, že se uvedené listiny dostaly do sféry dispozice žalované, když bylo prokázáno, že jí předmětný e-mail byl dodán (o čemž svědčí potvrzení o jeho dodání)*.“.

133. Ve vztahu k e-mailu ze dne 2. 3. 2020 navrhovatel namítá, že *„z metadat v dokumentu obsažených není zřejmé, kdy byl dokument vytvořen a zda byl skutečně odeslán. Dokument není opatřen žádným kvalifikovaným podpisem, ani časovým razítkem, které by bylo možné ověřit a tím pravost takovéhoto dokumentu doložit.“* K e-mailu od Bc. Marka Vávry navrhovatel uvádí zejména, že *„[a]ni tento dokument není opatřen kvalifikovaným podpisem nebo časovým razítkem, jehož pravost by bylo možné ověřit. V metadatech dokumentu, je patrné, že email byl obdržen ze serveru SRVmail02.HAVELHOLASEK.local, dále je z metadat patrné, že email nebyl odeslán ze serveru [n]avrhovatele, jehož jméno v žádném z uzlů, který dokument odeslal, nefiguruje. Dále je možné z metadat dokumentu vyčíst, že email putoval celkem přes 4 internetové uzly. Kromě doménových názvů jednotlivých uzlů je také zarážející, že dokument prošel druhým, třetím a čtvrtým uzlem v čase, který není možný zdůvodnit ani teoreticky možným časovým posunem v rámci různých časových zón.“*.

134. Na tomto místě považuje Úřad za nutné zdůraznit, že předmětem přezkumu v nyní projednávané věci je primárně otázka oprávněnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího

řízení dle ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tedy zda došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení zákona. V této souvislosti Úřad zastává názor, že shromáždil všechny důkazy, které jsou potřebné v šetřeném případě pro zjištění skutkového stavu a vydání rozhodnutí ve věci. Jak již bylo uvedeno výše, jednou z podmínek pro použití ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení, kdy relevantní jsou pouze ta pochybení, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím.

135. Vzhledem k tomu, že mezi stranami je rovněž sporná otázka odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele, rozhodl se Úřad ve smyslu § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu učinit úsudek ohledně této skutečnosti. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že z volně dostupných informací na internetu[7] zjistil, že každá e-mailová zpráva obsahuje tzv. hlavičku e-mailu, ve které jsou uvedeny „systémové“ informace, např. od koho e-mail pochází (pole „From“), komu je určený (pole „To“), jaká je e-mailová adresa pro zaslání automatické odpovědi (pole „Return-Receipt-To“), kdy byl e-mail vytvořen (pole „Date“) nebo přes jaké poštovní servery prošel během jeho doručování (pole „Received“). Každý server, přes který e-mailová zpráva projde, přidá totiž do hlavičky své vlastní „razítko" v podobě pole „Received“. Vzhledem k tomu, že se hlavička e-mailové zprávy čte odspodu nahoru, platí, že poslední server, přes který e-mail prošel je uveden v hlavičce e-mailu na prvním místě a první server je uveden na místě posledním. Dále může hlavička e-mailové zprávy obsahovat pole „DKIM – signature“, což je určitá forma elektronického podpisu. DKIM (neboli DomainKeys Identified Mail) je technologie pro zvýšení důvěryhodnosti e-mailů, která též napomáhá odhalení podvržených zpráv. Pokud hlavička e-mailu obsahuje „DKIM-Signature“, znamená to, že odeslaná e-mailová zpráva byla podepsána SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) serverem odesílatele, tedy poštovním serverem pro odchozí poštu. E-mail tedy zpravidla nepodepisuje přímo odesílatel, ale poštovní server odesílatele, a sice privátním klíčem domény odesílatele, přičemž tento podpis je uložen v hlavičce e-mailu. Server příjemce e-mailové zprávy porovná tento podpis s veřejným klíčem uloženým v DNS záznamech domény odesílatele, přičemž „DKIM – signature“ potom prokazuje, že e-mail pochází z domény odesílatele, a že během přenosu e-mailové zprávy nedošlo k její úpravě. V hodnotě „p“ v poli „DKIM-signature“ je potom uvedena doména podepisujícího. Ověření tohoto podpisu provádí vždy server, který e-mail přijímá, a záleží tedy na příjemci, jak bude postupovat dál. Standardně jsou však e-maily, u kterých nesouhlasí certifikát s otiskem ve veřejném záznamu zahazovány, nebo minimálně označovány jako „spam“. Ve vztahu k hlavičce e-mailu Úřad dále uvádí, že mohou nastat situace, kdy je hlavička e-mailu změněna, aniž by se muselo nutně jednat o cílenou manipulaci s e-mailem. K takovým případům může dojít např. při přeposílání e-mailu dalším subjektům, neboť způsob přeposlání („předat dál“ nebo „předat dál jako přílohu“) stejně jako poštovní klient odesílatele či příjemce může ovlivnit obsah hlavičky e-mailu. Popsaná skutečnost je Úřadu

[7] Pozn. Úřadu – dostupné např. zde:
- https://nukib.cz/cs/infoservis/doporuceni/1495-podvrzene-e-maily/, https://support.forpsi.com/kb/a3978/hlavicka-emailu.aspx, mikerosoft.wz.cz/index_soubory/Page1962.htm, https://napoveda.ignum.cz/content/130/50/cs/hlavicka-emailu.html
- https://www.lupa.cz/clanky/dkimnbspndash-dopisy-overeneho-puvodu/, https://napoveda.czechia.com/clanek/dkim/, https://blog.emailkampane.cz/vite-co-je-to-dkim-a-dmarc-a-jak-ovlivnuji-dorucitelnost-e-mailu/, https://www.mail-komplet.cz/blog/seznam-cz-nasazuje-dkim/

známa z průběhu vedeného správního řízení, neboť Úřad nejprve dne 20. 11. 2020 obdržel od zadavatele e-mail ze dne 2. 3. 2020 a e-mail od Bc. Marka Vávry na e-mailovou adresu posta@uohs.cz. Poté zadavatel zaslal dne 18. 12. 2020 oba e-maily způsobem „předat dál jako přílohu“ na e-mailovou adresu oprávněné úřední osoby, přičemž podoba hlaviček těchto e-mailů byla odlišná, resp. nebyla zcela totožná jako podoba hlaviček e-mailů, které Úřad obdržel dne 20. 11. 2020 (zejména informace týkající se pole „DKIM-signature“).

136. K námitce navrhovatele, že *„z metadat v dokumentu obsažených není zřejmé, kdy byl dokument vytvořen a zda byl skutečně odeslán“* vztahující se k e-mailu ze dne 2. 3. 2020 Úřad uvádí následující. Z hlavičky citovaného e-mailu plyne, že byl vytvořen dne 2. 3. 2020, jeho odesilatelem je „csaba.csorba@havelpartners.cz“, příjemcem je „m.vavra@altairgroup.eu“ a automatická odpověď měla být zaslána na e-mailovou adresu csaba.csorba@havelpartners.cz (blíže viz bod 120. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K námitce, že není zřejmé, zda byl uvedený e-mail skutečně odeslán Úřad uvádí, že souhlasí s argumentací zadavatele, že *„samotný odesílaný e-mail logicky nemůže obsahovat informaci o doručení na příjemcův server, analogicky lze takovou situaci připodobnit ke vhození dopisu do poštovní schránky k odeslání, kdy není možné na dopis samotný vyznačit čas doručení adresátovi. K tomuto účelu slouží doručenka, kterou v e-mailové komunikaci nahrazuje potvrzení o doručení z poštovního serveru příjemce.“.* I další námitka navrhovatele vztahující se k předmětnému e-mailu, že *„[d]okument není opatřen žádným kvalifikovaným podpisem, ani časovým razítkem, které by bylo možné ověřit a tím pravost takového dokumentu doložit“* neobstojí, neboť zadavatel neměl povinnost opatřit předmětný e-mail kvalifikovaným podpisem. Navíc z dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že účastníci správního řízení spolu komunikovali především elektronickou formou, přičemž e-mailové zprávy nebyly nikdy opatřeny elektronickým podpisem. Dle výše uvedeného usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. Cmo 248/2018 ze dne 9. 9. 2019 (blíže viz bod 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí) přitom platí, že pro prokázání, že se e-mail dostal do sféry dispozice svého příjemce, postačuje prokázat, že byl e-mail dodán (prostřednictvím potvrzení o dodání), přičemž elektronický podpis e-mailu není vyžadován. S ohledem na uvedené skutečnosti jsou uvedené námitky navrhovatele vztahující se k e-mailu ze dne 2. 3. 2020 nepřiléhavé.

137. K námitce navrhovatele, že *„v metadatech dokumentu je patrné, že email byl obdržen ze serveru SRVmail02. HAVELHOLASEK.local, dále je z metadat patrné, že email nebyl odeslán ze serveru [n]avrhovatele, jehož jméno v žádném z uzlů, který dokument odeslal, nefiguruje.“* vztahující se k e-mailu od Bc. Marka Vávry, Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti uvádí, že z hlavičky uvedeného e-mailu (blíže viz bod 121. odůvodnění tohoto rozhodnutí) plyne, že tento e-mail byl odeslán z e-mailové adresy m.vavra@altairgroup.eu z poštovního serveru „AM7P189MB0833.EURP189.PROD.OUTLOOK.COM“ (první pole „Received“). Naproti tomu poslední pole „Received“ obsahuje informaci o poštovním serveru příjemce, tedy zadavatele (konkrétně právního zástupce zadavatele) nazvaného „SRVmail01.HAVELHOLASEK.local“. Z hlavičky předmětného e-mailu dále plyne, že příjemcem e-mailu byl csaba.csorba@havelpartners.cz. Z uvedeného je tedy zřejmé, že tento e-mail nebyl odeslán ze serveru zadavatele, nýbrž z jiného serveru. Úřad připouští, že název tohoto serveru neobsahuje název navrhovatele, k čemuž dodává, že odesílací server nemusí nutně obsahovat název navrhovatele, i když tento server může být navrhovatelem využíván. Úřad dále uvádí, že z hlavičky e-mailu, konkrétně z pole „DKIM-signature“ je patrné, že tento e-mail byl podepsán poštovním serverem navrhovatele „altairsoftware“ a Úřad tedy nemá

pochybnosti o pravosti uvedeného e-mailu. Navrhovatel dále namítá, že *„je možné z metadat dokumentu vyčíst, že email putoval celkem přes 4 internetové uzly. Kromě doménových názvů jednotlivých uzlů je také zarážející, že dokument prošel druhým, třetím a čtvrtým uzlem v čase, který není možný zdůvodnit ani teoreticky možným časovým posunem v rámci různých časových zón.* ". K průchodu předmětného e-mailu přes 4 internetové uzly Úřad uvádí následující. Zadavatel ve svém vyjádření k přípisu navrhovatele ze dne 14. 12. 2020 uvedl, že *„právní zástupce zadavatele využívá tři poštovní servery postavené vedle sebe s replikovanými databázemi, které e-maily přeposílají mezi sebou."* Dle názoru Úřadu tedy pro průchod e-mailů jednotlivými uzly existuje zcela logické vysvětlení, přičemž tato skutečnost nesvědčí o jakékoli nestandardní manipulaci s předmětnou elektronickou komunikací. K jednotlivým průchodům internetovými uzly z pohledu zaznamenaného časového údaje Úřad dále dodává, že každý server (internetový uzel), přes který e-mail projde, zaznamená do pole „Received" hlavičky e-mailu příslušné údaje, mimo jiné i přesný časový okamžik znázorňující čas, kdy přes daný server e-mail „prošel". Vzhledem k tomu, že ne všechny servery se řídí stejným časem, není potom rozdíl v časových údajích (resp. v časových údajích dle různých časových pásem) žádnou nesrovnalostí. Navíc v šetřeném případě čas uvedený v polích „Received" hlavičky předmětného e-mailu plynul zcela logicky, neboť zaznamenané časy se nijak „nepředbíhaly" a jednotlivé hodnoty, resp. počty sekund, tedy postupně narůstaly. Nelze tedy konstatovat, že by průchod e-mailu jednotlivými uzly byl jakkoli chaotický či vzbuzoval pochybnosti o časovém sledu průchodů mezi jednotlivými servery, které si předmětný e-mail postupně předávaly. Ve vztahu k e-mailu od Bc. Marka Vávry navrhovatel rovněž namítá, že *„[a]ni tento dokument není opatřen kvalifikovaným podpisem nebo časovým razítkem, jehož pravost by bylo možné ověřit".* V této věci Úřad považuje za nutné upozornit na skutečnost, že právní zástupce zadavatele byl v tomto případě příjemcem předmětného e-mailu. Z povahy věci tak nemohl nijak ovlivnit, zda bude e-mail opatřen časovým razítkem nebo elektronickým podpisem.

138. Ve světle výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že nemá pochybnost o odstoupení od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 ze strany zadavatele, kdy zadavatel odeslal předmětné odstoupení od smlouvy navrhovateli e-mailem ze dne 2. 3. 2020.

139. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad dále zjistil, že zadavatel odeslal odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 rovněž prostřednictvím provozovatele poštovních služeb, a sice dne 3. 3. 2020. V této souvislosti Úřad konstatuje, že po porovnání odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 zaslaného zadavatelem navrhovateli v příloze e-mailu ze dne 2. 3. 2020 a odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020, jež předložil navrhovatel (tj. odstoupení, které dle tvrzení navrhovatele obdržel navrhovatel prostřednictvím provozovatele poštovních služeb) dospěl k závěru, že obě písemnosti jsou totožné. S ohledem na uvedené skutečnosti má Úřad za prokázané, že odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 se dostalo do dispoziční sféry navrhovatele, resp. navrhovatel předmětné odstoupení od smlouvy obdržel a mohl se s ním seznámit.

140. Úřad dále uvádí, že i kdyby bylo výsledkem tohoto do značné míry absurdního sporu mezi účastníky správního řízení zjištění, že navrhovatel obdržel odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 až dne 5. 3. 2020 prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb, nemohla by tato skutečnost mít vliv na výsledek rozhodnutí Úřadu, neboť Úřad nemá pochybnosti o tom, že zadavatel zamýšlel a projevil vůli odstoupit od smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Zadavatel totiž

již v přípise ze dne 19. 12. 2019 upozornil navrhovatele, že zvažuje odstoupení od smlouvy a následně právní zástupce zadavatele zaslal dne 1. 3. 2020 zadavateli informaci, že následující den, tj. dne 2. 3. 2020 zašle navrhovateli odstoupení od smlouvy. Zadavatel poté (dne 2. 3. 2020) odeslal navrhovateli odstoupení od smlouvy e-mailem a následující den, tj. 3. 3. 2020 prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb. Odstoupení od smlouvy tedy nebylo ze strany zadavatele nečekaným úkonem (kterým by snad reagoval na obdržení odstoupení od smlouvy od navrhovatele), neboť zadavatel zvažoval odstoupení od předmětné smlouvy již v prosinci roku 2019 a následně učinil postupné kroky jednoznačně vedoucí k provedení tohoto úkonu. K této věci Úřad dále dodává, že stěžejní pro posouzení oprávněnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona je, zda se navrhovatel dopustil závažných či dlouhodobých pochybení, v jejichž důsledku zadavatel odstoupil od smlouvy. V šetřeném případě je nepochybné, že zadavatel projevil dne 2. 3. 2020 vůli od smlouvy – v důsledku pochybení navrhovatele spočívající v nedodání dílčích částí plnění (mobilních aplikací) – odstoupit. Předmětem posuzování tedy je, zda se jednalo o natolik závažná pochybení, že vedla k zásadním následkům v právním vztahu mezi zadavatelem a navrhovatelem spočívajícím v odstoupení od smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Výsledek tohoto posouzení přitom nemůže být dle názoru Úřadu závislý na tom, čí právní jednání se stalo dříve účinným vůči druhé smluvní straně, resp. na výsledku pomyslného „závodu“ o to, která z nich odstoupila od smlouvy jako první, resp. která smluvní strana odstoupila „více prokazatelným způsobem“. V daném případě pak zůstává (ovšem pouze v rovině spekulací) otázkou, zda jednání navrhovatele není ryze účelové, neboť nelze vyloučit, že se navrhovatel s odstoupením od smlouvy seznámil již dne 2. 3. 2020 (kdy mu bylo doručeno prostřednictvím e-mailu) a následně obratem v reakci na obdržené odstoupení odstoupil od smlouvy sám (dne 3. 3. 2020) s tvrzením, že úkon zadavatele spočívající v odstoupení od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 nebyl dne 2. 3. 2020 platně učiněn. Úřad však doplňuje, že ve světle výše uvedeného není tato skutečnost podstatná.

141. S ohledem na výše uvedené a (mimo jiné i) na zásadu procesní ekonomie nepovažuje Úřad za nutné zabývat se podrobněji otázkou, který z účastníků správního řízení odstoupil od smlouvy ze dne 1. 4. 2019 první, resp. zda navrhovatel svým postupem zadavatele „předběhl“. Nad rámec výše uvedeného Úřad poukazuje na již zmíněné rozhodnutí předsedy Úřadu (blíže viz bod 127. odůvodnění tohoto rozhodnutí), z něhož plyne, že pro účely naplnění podmínky kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení (jiné srovnatelné sankce) přitom postačuje, pokud dojde ke vzniku práva na smluvní pokutu. Jak bude uvedeno níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí, v šetřeném případě spočívala pochybení navrhovatele v prodlení s provedením dílčích částí plnění (k předání mobilních aplikací k testování mělo dojít dne 12. 9. 2019) a navrhovatel tedy naplnil podmínku pro uplatnění smluvní pokuty stanovenou v čl. 19.1 písm. a) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 (*„poruší-li [d]odavatel svoji povinnost řádně a včas provést [p]lnění či jakoukoliv [d]ílčí část [p]lnění“*). V daném případě má Úřad tedy za to, že ke vzniku sankce v důsledku pochybení při plnění smlouvy ze dne 1. 4. 2019 došlo, neboť došlo ke vzniku práva na smluvní pokutu. Úřad k tomu doplňuje, že zadavatel rovněž v této souvislosti následně upozornil navrhovatele v přípise ze dne 24. 4. 2020, že mu vznikl nárok na smluvní pokutu dle citovaného čl. smlouvy ve výši 106 016,13 Kč a tuto skutečnost uvedl rovněž v oznámení o vyloučení. Podmínka kvalifikovaného následku byla tedy v šetřeném případě naplněna.

142. Jak je uvedeno již výše, důvod pro vyloučení dodavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je dán tehdy, dopustil-li se dodavatel při plnění dřívějšího smluvního vztahu vůči zadavateli závažných nebo dlouhodobých pochybení (přičemž dle komentářové literatury postačuje, pokud se dodavatel dopustil alespoň dvou závažných nebo dlouhodobých pochybení) a je-li současně splněno několik podmínek. Jedná se o podmínku subjektu smluvního vztahu, časovou podmínku, dále o podmínku kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení, kdy relevantní jsou pouze ta pochybení, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím. A nakonec o podmínku intenzity pochybení, tedy skutečnost, že pochybení musí být závažné či dlouhodobé, příp. obojí zároveň.

Posouzení pochybení spočívajících v nedodání mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování pro operační systém Android 4.2 a novější a mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování pro operační systém iOS 8 a novější

143. Ve vztahu k předmětným pochybením Úřad nejprve uvádí, že navrhovatel se v čl. 2.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 zavázal zejména vytvořit analýzu, dodat „software“, poskytnout licenci, provést instalaci, implementaci a integraci „software“, dodat dokumentaci, provést nezbytné školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů (dále jen „plnění“). Dle čl. 2.2 citované smlouvy se navrhovatel dále zavázal provést plnění v následujících částech: systém řízení vztahu s občany, informační platforma pro plošná témata města a komunikační platforma pro občany (dále jen „dílčí části plnění“). Navrhovatel byl přitom povinen provádět plnění a dílčí části plnění v termínech sjednaných v časovém harmonogramu, přičemž dle tohoto časového harmonogramu měl navrhovatel povinnost do 3 měsíců od „vyrozumění o dokončení části 1 veřejné zakázky“ předložit zadavateli k testování dílčí části plnění. Z e-mailu: „oznámení o ukončení části 1 projektu“ zaslaného zadavatelem navrhovateli dne 12. 6. 2019 vyplývá, že k tomuto dni byla dokončena část 1 veřejné zakázky „Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek“ a navrhovatel byl tedy povinen předložit zadavateli dílčí části plnění k testování dne 12. 9. 2019.

144. Navrhovatel byl dále povinen provést plnění, tzn. i dílčí části plnění a dodat „software“ v souladu s požadavky uvedenými zejména v příloze č. 1 uvedené smlouvy a v analýze. V odst. 1 čl. 1.1 analýzy se uvádí, že cílem projektu je efektivní komunikace zadavatele s občany města Písek, přičemž z čl. 1.2 a 1.3 uvedeného odstavce analýzy je zřejmé, že zadavatel bude komunikovat se svými občany mimo jiné pomocí mobilní aplikace „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ podporující operační systém Android 4.2 a novější a mobilní aplikace „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ podporující operační systém iOS 8 a novější. Rovněž z přílohy č. 1 citované smlouvy vyplývá, že dílčí části plnění měly být dostupné v mobilní aplikaci pro operační systém Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější.

145. Úřad tedy shrnuje, že navrhovatel byl dle smlouvy ze dne 1. 4. 2019 povinen dodat zadavateli dne 12. 9. 2019 k testování dílčí části plnění (systém řízení vztahu s občany, informační platforma pro plošná témata města a komunikační platforma pro občany) dostupné na mobilní aplikaci podporující operační systém Android 4.2 a novější a mobilní aplikaci podporující operační systém iOS 8 a novější.

146. K naplnění jednotlivých podmínek stanovených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona Úřad uvádí, že podmínka subjektu smluvního vztahu je splněna, neboť k předmětným pochybením došlo ve smluvním vztahu se zadavatelem, který s navrhovatelem na základě výsledku zadávacího řízení na část 3 nazvanou „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany“ veřejné zakázky „Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek“ uzavřel dne 1. 4. 2019 smlouvu.

147. Z výše uvedeného je rovněž zřejmé, že i časová podmínka je v případě pochybení spočívající v nedodání mobilních aplikací splněna. Smlouva byla uzavřena dne 1. 4. 2019 a zadavatel odstoupil od předmětné smlouvy přípisem ze dne 2. 3. 2020. Z právě uvedeného vyplývá, že k zadavatelem vytýkaným pochybením navrhovatele v rámci plnění této smlouvy došlo v posledních 3 letech.

148. Úřad dále posuzoval, zda je naplněna i podmínka kvalifikovaného následku vytýkaných pochybení. Z předložené e-mailové komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem plyne, že navrhovatel sdělil zadavateli e-mailem: „Informační e-mail – předání SW k testování“ ze dne 29. 8. 2019, že „*ke dni 12.9.2019 bude předána k testování Dodávka SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany.*“. E-mailem: „mobilni aplikace“ ze dne 6. 11. 2019 se zadavatel dotázal navrhovatele „*myslite, ze by bylo mozne, ze bychom se mohli podivat i na mobilni aplikace?*“, přičemž navrhovatel odpověděl: „*Začátkem příštího týdne bych Vám zaslal podrobnější informace k mobilním aplikacím*“. V přípise ze dne 19. 12. 2019 zadavatel navrhovateli vytýká nedodání mobilních aplikací a uvádí, že dle e-mailu: „Informační e-mail – předání SW k testování“ ze dne 29. 8. 2019 je zřejmé, že mobilní aplikace měly být zadavateli dodány ke dni 12. 9. 2019 a dále odkazuje na e-mailovou komunikaci s navrhovatelem ze dne 6. 11. 2019. Zadavatel dále uvádí, že je nesporné, že délka prodlení dodání mobilních aplikací je delší než 2 měsíce a odkazuje na čl. 22.3 písm. b) smlouvy ze dne 1. 4. 2019, v němž se uvádí, že zadavatel je oprávněn odstoupit od uvedené smlouvy, v případě, že navrhovatel je v prodlení s provedením plnění či jakékoliv dílčí části plnění déle než 2 měsíce. Nedodání mobilních aplikací ke dni 12. 9. 2019 vytýká zadavatel navrhovateli rovněž v přípise ze dne 2. 3. 2020, kde opětovně uvádí, že „*předmětná aplikace dodána nebyla, a to včas, ani řádně dle technické specifikace funkční pro základní operační systémy. Technická specifikace jednoznačně jako podmínku stanovila funkčnost pro Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější. […] Prodlení společnosti Altair Software s plněním předmětu Smlouvy je značné, [m]ěsto Písek zde odkazuje zejména na dosud nesplněnou povinnost předat tvz. mobilní aplikace k testování, ačkoli se tak mělo stát již k 12. 9. 2019.*“. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel byl dle časového harmonogramu smlouvy ze dne 1. 4. 2019 povinen předložit zadavateli dílčí části plnění k testování (tj. i mobilní aplikace) dne 12. 9. 2019. Z e-mailu ze dne 6. 11. 2019, kterým se zadavatel dotázal navrhovatele na mobilní aplikace, je přitom zřejmé, že k tomuto dni neměl zadavatel mobilní aplikace k dispozici, což sám navrhovatel potvrdil v odpovědi na tento e-mail z téhož dne. Nedodání mobilních aplikací následně zadavatel vytknul navrhovateli rovněž v přípise ze dne 19. 12. 2019 a ze dne 2. 3. 2020. S ohledem na uvedené skutečnosti má Úřad tedy za to, že mobilní aplikace nebyly dodány včas již na základě odpovědi navrhovatele na e-mail ze dne 6. 11. 2019, a dále že nebyly dodány ani ke dni 2. 3. 2020. Z uvedených skutečností je tedy zřejmé, že navrhovatel byl v prodlení s dodáním dílčích částí plnění (mobilních aplikací) déle než 2 měsíce.

149. V návaznosti na uvedené skutečnosti došlo ze strany zadavatele k ukončení smluvního vztahu, a to odstoupením ze dne 2. 3. 2020 od smlouvy ze dne 1. 4. 2019. Jak vyplývá z obsahu uvedeného odstoupení, k odstoupení od uvedené smlouvy došlo ve smyslu bodu 22.3 písm. b) uvedené smlouvy z důvodu, že navrhovatel nedodal dílčí část plnění, resp. že délka prodlení s řádným plněním byla delší než 2 měsíce (k předání mobilních aplikací k testování mělo dojít dne 12. 9. 2019). Vzhledem k tomu, že navrhovatel byl v prodlení s dílčí částí plnění, vzniklo ve smyslu čl. 19.1 písm. a) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 zadavateli právo na smluvní pokutu, a tím tedy došlo ke vzniku sankce v důsledku pochybení při plnění předmětné smlouvy (blíže viz 141. bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel dále přípisem ze dne 24. 4. 2020 upozornil navrhovatele na tu skutečnost, že mu vznikl nárok na smluvní pokutu dle čl. 19.1 písm. a) citované smlouvy ve výši 106 016,13 Kč z důvodu prodlení navrhovatele s dodáním mobilních aplikací od 13. 9. 2019 do 2. 3. 2020. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že mezi vytýkanými pochybeními a odstoupením od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 a vznikem sankce spatřuje zřejmou příčinnou souvislost, přičemž předčasné ukončení smluvního vztahu vč. vzniku sankce nepochybně spadá do kategorií, které zákon přímo označuje jako kvalifikovaný následek.

150. Zadavatel v této souvislosti v oznámení o vyloučení uvádí, že *„dané aplikace byly na příslušných aplikačních obchodech vystaveny nejdříve 20. 12. 2019 (Google play) a 14. 1. 2020 (App Store). Kromě jiného byla totiž aplikace pro iOS dostupná pouze pro verze 13.2 a vyšší. Z výše uvedeného je patrné, že přinejmenším pro jeden z operačních systémů nebyla ani ke dni odstoupení od smlouvy dostupná aplikace v souladu s technickou specifikací*“. K uvedené skutečnosti navrhovatel v návrhu argumentuje, že *„[u] platformy Apple, na rozdíl od platformy Android není zpětná kompatibilita vývojových verzí podporována. V praxi to znamená, že aplikace pro platformu Android lze vyvíjet na moderních operačních systémech s využitím příslušných SDK, vývoj pro platformu iOS je limitován verzí příslušného prostředí XCode, které je vázáno na daný operační systém. […]“.* Navrhovatel v návrhu dále uvádí, že se zadavatelem několikrát diskutoval verzi mobilních aplikací, přičemž zadavatel si byl po celou dobu realizace díla vědom skutečnosti, že dodávané aplikace budou podporovat vyšší než požadovanou verzi operačního systému a dále, že *„[n]avrhovatel a zástupci [z]adavatele se dohodli na dodání aplikací ve vyšší verzi, než byla původně požadovaná zejména s ohledem na bezpečnost dodávaného řešení […].“.* Úřad v této věci opětovně uvádí, že z analýzy zpracované navrhovatelem je zřejmé, že navrhovatel měl dodat mimo jiné mobilní aplikaci „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ pro operační systém iOS 8 a novější. Pokud má navrhovatel nyní za to, že mobilní aplikaci pro iOS 8 a novější není možné vyvinout a zadavateli dodat, měl na tuto skutečnost upozornit zadavatele již při zpracování předmětné analýzy. Úřad doplňuje, že navrhovatel jako odborník v dané oblasti by si měl být takové skutečnosti vědom již v procesu přípravy plnění dle smlouvy ze dne 1. 4. 2019. K tvrzení navrhovatele, že se dohodl se zadavatelem na vyšší verzi mobilní aplikace pro iOS, Úřad dále uvádí, že navrhovatel svá tvrzení ničím neprokázal. Nadto Úřad dodává, že navrhovatel uvedené argumenty neuplatnil v námitkách ze dne 10. 9. 2020, ale až v návrhu a Úřad k nim tedy není povinen přihlížet, neboť dle § 251 odst. 4 zákona platí, že náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 věty první a druhé zákona nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem, přičemž Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem

obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Navrhovatel je přitom povinen prokázat, že jde o nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Úřad má však za to, že vzhledem k tomu, že se jedná o skutečnosti, které navrhovatel v době podání námitek již jistě znal, mohl a měl tyto námitky vůči zadavateli uplatnit již před podáním návrhu, tj. v rámci svých námitek.

151. Jako poslední podmínku Úřad posuzoval intenzitu pochybení navrhovatele při plnění smlouvy ze dne 1. 4. 2019, tj. otázku, zda se jednalo o pochybení závažná nebo dlouhodobá, resp. o kombinaci obou. V této souvislosti Úřad uvádí, že z čl. 3.1 uvedené smlouvy vyplývá, že účelem této smlouvy je zajistit pro zadavatele provedení plnění, které bude vést k naplnění cílů, zejména zajištění efektivní komunikace s občany v krizových situacích, zajištění možnosti zobrazení nejrůznějších jevů v rámci městských aglomerací a zajištění komunikačního nástroje občanů pro interakci s úřadem zadavatele. Jak Úřad uvedl v bodě 144. odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel bude komunikovat se svými občany mimo jiné pomocí mobilní aplikace „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ podporující operační systém Android 4.2 a novější a mobilní aplikace „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ podporující operační systém iOS 8 a novější, přičemž na předmětných mobilních aplikacích mají být dostupné dílčí části plnění smlouvy ze dne 1. 4. 2019.

152. Úřad dále uvádí, že v bodu 21.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 si strany citované smlouvy ujednaly, že zadavatel nemá zájem *„na částečném Plnění a je povinen převzít Plnění pouze v provedení dohodnutém na základě Smlouvy*.“. Dále dle bodu 19.1 uvedené smlouvy vzniká zadavateli vůči navrhovateli právo na zaplacení smluvní pokuty *„poruší-li dodavatel svoji povinnost řádně a včas provést Plnění či jakoukoliv Dílčí část plnění*“ a dále je v bodě 22.3 písm. a) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 stanoveno, že zadavatel je oprávněn odstoupit od smlouvy v případě, že *„[d]odavatel je v prodlení s provedením Plnění či jakékoliv Dílčí části Plnění déle než (2) měsíce, a to i bez nutnosti zaslání předchozího upozornění*.“.

153. Na základě posouzení charakteru pochybení navrhovatele spočívajících v nedodání mobilních aplikací ve vztahu ke smluvním podmínkám stanoveným ve smlouvě ze dne 1. 4. 2019 Úřad konstatuje, že uvedená pochybení v tomto smyslu posoudil jako závažná (spojená rovněž s uložením sankcí), neboť navrhovatel byl v prodlení s dodáním dílčích částí plnění smlouvy ze dne 1. 4. 2019 (mobilních aplikací) více jak dva měsíce. Pochybení spočívající v nedodání mobilních aplikací vyhodnotil Úřad jako závažná rovněž ze skutečnosti, že jejich nedodání znamená pro zadavatele nenaplnění požadovaného cíle smlouvy ze dne 1. 4. 2019, a sice zajištění efektivní komunikace zadavatele s jeho občany. O tom, že jsou daná pochybení závažná, svědčí i důsledek těchto pochybení (blíže viz bod 149. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť již fakt, že předmětná pochybení vedla k předčasnému ukončení smluvního vztahu (odstoupením od smlouvy ze dne 2. 3. 2020), indikuje vysokou míru závažnosti těchto pochybení. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že podmínky kvalifikovaného následku vytýkaných pochybení i intenzity pochybení jsou ve vztahu ke smlouvě ze dne 1. 4. 2019 naplněny.

Posouzení pochybení spočívajícího v nedodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019

154. K posouzení předmětného pochybení Úřad nejprve uvádí, že v čl. 1.1 písm. l) smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se uvádí: *„„Dokumentace“ znamená dokumenty, které jsou výstupem provádění Plnění, zejména pak dokumenty výslovně uvedené v [č]lánku Chyba! Nenalezen zdroj odkazů;“*. Ve vyjádření ze dne 16. 11. 2020 zadavatel sdělil Úřadu, na základě usnesení ze dne 10. 11. 2020 (blíže viz body 35. - 36. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že v předmětném článku smlouvy má být uveden čl. 23. 7. smlouvy ze dne 1. 4. 2019. V kontextu právě uvedeného je zřejmé, že dokumentace znamená dokumenty, které jsou výstupem provádění plnění, zejména pak dokumenty uvedené v čl. 23.7 uvedené smlouvy, tedy: bezpečnostní dokumentace; popis řešení vysoké dostupnosti „software“; popis konfigurace databází; popis nastavení „standardního software“; popis uceleného modelu „software“; popis zálohování a obnovy; popis správy uživatelů a externích rozhraní; popis konfigurace aplikačních serverů; popis licenčních modelů u „standardního software“; uživatelskou a administrační dokumentaci; dále potom seznam platných administrátorských účtů ke spravovaným systémům, operačním systémům a databázím; seznam platných dodavatelových uživatelských účtů za všechna prostředí; seznam všech užitých certifikátů s uvedením doby platnosti včetně popisu a podrobného postupu pro jejich obnovu; „disaster recovery“ plány; dvě sady plně čitelných a funkčních záloh, ze kterých lze provést kompletní obnovení „software“; popis „high level“ architektury včetně popisu aplikační vrstvy.

155. Zadavatel tedy v oznámení o vyloučení pouze obecně uvedl, že navrhovatel nedodal dokumentaci, ale již blíže nespecifikoval, zda se jednalo o celou požadovanou dokumentaci nebo pouze o některé dokumenty uvedené v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel v oznámení o vyloučení odkazuje na odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020, přípis ze dne 24. 4. 2020 a přípis ze dne 2. 3. 2020 a rovněž přílohou oznámení o vyloučení jsou rozhodnutí o výběru a vyloučení, protokoly z jednání hodnotící komise a zápis o výsledku posouzení splnění podmínek, avšak ani jeden z právě uvedených dokumentů neobsahuje bližší identifikaci dokumentů, které navrhovatel zadavateli nepředložil.

156. Z dokumentace předložené k šetřenému případu Úřad zjistil, že navrhovatel zaslal zadavateli e-mailem: „Testování - SW – systém pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany“ dne 13. 9. 2019 *„dokumentaci k Informační platformě pro plošná témata města a Komunikační platformě pro občany a testovací scénáře“*. Úřad dále zjistil, že zadavatel v přípisu ze dne 29. 11. 2019 potvrdil, že nějakou dokumentaci obdržel, neboť uvádí, že *„[s] ohledem na zásadní nedostatky předaných plnění a nefunkčnost SW, ze strany [z]adavatele není možné vznést konkrétní připomínky k předané dokumentaci ze dne 12. 9. 2019 dle čl. 9.11 písm. a) až e) smlouvy o dílo, neboť základním předpokladem sdělení připomínek je objektivní a dosud absentující možnost [z]adavatele porovnat dokumentaci s funkčním SW. Lhůta v délce 10 pracovních dnů pro sdělení připomínek k dokumentaci tak dle názoru [z]adavatele, nejenom, že neuplynula, ale dosud nezačala běžet*.“.

157. Úřad znovu připomíná, že zadavatel má povinnost v oznámení o vyloučení popsat a odůvodnit dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení navrhovatele, aby navrhovateli bylo zřejmé, za jaká pochybení jej

zadavatel vylučuje dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ze zadávacího řízení, aby se mohl bránit podáním námitek a Úřad mohl uváděné skutečnosti následně přezkoumat.

158. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že navrhovateli nemohlo být z oznámení o vyloučení srozumitelné a jasné, které konkrétní dokumenty z „dokumentace“ zadavateli nepředložil, a to zejména vzhledem k faktu, že navrhovatel zadavateli prokazatelně nějakou dokumentaci předložil. Úřad se tedy již dále nezabýval posouzením, zda předmětné pochybení splňuje podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť zadavatel ve vztahu k pochybení spočívajícímu v nedodání dokumentace nedodržel zásadu transparentnosti a v daném oznámení o vyloučení skutečnosti a důvody pro vyloučení za uvedené pochybení dostatečným způsobem nepopsal.

Posouzení pochybení spočívající v neprovedení nezbytného školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů

159. K uvedenému pochybení zadavatel v oznámení o vyloučení uvedl, že *„[d]odavatel sice dopisem ze dne 20. 2. 2020 nabídl zaškolení obsluhy v termínu 3. 3. 2020, takovou nabídku však nebylo možné akceptovat, a to s ohledem na nedodání řádného plnění v podobě kompletního díla, které zároveň představovalo nutnou podmínku uskutečnění školení i z hlediska harmonogramu daného smlouvou*.“. Ve vyjádření k návrhu ze dne 12. 10. 2020 zadavatel v této věci dále konstatoval, že ‚*[a]čkoli čistě teoreticky vzato lze jakékoli školení realizovat v podstatě kdykoli, absolvování školení k SW, který není hotový, a který nebyl [z]adavateli předán řádně ani k testování, natož do pilotního provozu, by postrádalo jakoukoli logiku a bylo by ve zjevném rozporu s účelem a systematickým řazením „školení“ v čl. 2.1 Smlouvy až po dodání všech ostatních činností a výstupů [n]avrhovatele*.’.

160. Z uvedených tvrzení zadavatele vyplývá, že zadavatel nepřijal nabídku navrhovatele na školení k plnění („software“), neboť navrhovatel řádně nedodal uvedené plnění v podobě kompletního díla. Jinými slovy řečeno, podmínkou pro poskytnutí školení k předmětnému plnění bylo dle zadavatele řádné provedení plnění a jeho předání v souladu se smlouvou ze dne 1. 4. 2019. Navrhovatel měl tedy dle zadavatele nejdříve řádně provést a předat plnění („software“), a až následně poskytnout k němu zadavateli školení.

161. Dle čl. 2.1 smlouvy ze dne 1. 4. 2019 se navrhovatel zavázal nejprve vytvořit analýzu, poté dodat „software“, poskytnout licenci, provést instalaci, implementaci a integraci „software“, dodat dokumentaci a až následně provést nezbytné školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů. Úřad uvádí, že z řazení povinností navrhovatele v citovaném ustanovení smlouvy je zřejmé, že školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů mělo být provedeno až po dodání „software“ a po realizaci instalace, implementace a integrace „software“. S ohledem na uvedené skutečnosti má Úřad tedy za to, že v šetřeném případě není nedodání školení pochybením navrhovatele, ale následkem nepředání řádného plnění v podobě kompletního díla, neboť pokud není řádně předáno plnění („software“) zadavateli, nemůže k němu proběhnout školení jeho uživatelů a administrátorů. Úřad tedy uzavírá, že nedodání školení uživatelů „software“ a jeho administrátorů nelze považovat za samostatné pochybení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

162. K námitce navrhovatele týkající se dodání mobilních aplikací pro „rezervační systém WebCall“, mobilních aplikací mobilní rozhlas a mobilních aplikací založených na technologii „progresive webapp“ (blíže viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že

uvedené námitky navrhovatel neuplatil vůči zadavateli v námitkách ze dne 10. 9. 2020. Úřad má však za to, že vzhledem k tomu, že se jedná o skutečnosti, které navrhovatel v době podání námitek již jistě znal, mohl a měl tyto námitky vůči zadavateli tvrdit již v uvedených námitkách. Úřad k předmětným námitkám tedy nepřihlíží (podrobněji viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přesto k jejich obsahu stručně uvádí, že v analýze zpracované navrhovatelem se uvádí, že zadavatel bude komunikovat se svými občany pomocí mobilních aplikací mobilní rozhlas, webové aplikace „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ a pomocí mobilních aplikací „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“. Zadavatel přitom vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu nedodání mobilních aplikací „Software pro řízení vztahů s občany města Písek“ a nikoliv nedodání mobilních aplikací pro „rezervační systém WebCall“, mobilních aplikací mobilní rozhlas a mobilních aplikací založených na technologii „progresive webapp“. Uvedené námitky považuje tedy Úřad za liché.

Shrnutí

163. Úřad na tomto místě konstatuje, že na základě všech výše uvedených skutečností byl v šetřeném případě navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť ve vztahu k pochybením spočívajícím v nedodání mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování pro operační systém Android 4.2 a novější a mobilní aplikace ve verzi způsobilé pro testování pro operační systém iOS 8 a novější došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení zákona.

164. S ohledem na vše výše uvedené Úřad rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 1. 10. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II“, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha
2. ALTAIR SOFTWARE s.r.o., Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne

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