

Naše zn. 12121/2023-SŽ-GŘ-O8
Vyřizuje P. Engelová
Datum 21. 2. 2023

Věc: Vysvětlení Zadávací dokumentace č. 1

Sektorová nadlimitní veřejná zakázka dle § 56 zákona č. 134/2016 sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“) na služby s názvem:

„Ochrana perimetru a DMZ – Anti-DDoS řešení a internetová konektivita“

Správa železnic, státní organizace (dále jen „Zadavatel“) obdržela dne 16. 2. 2023 ve 20:47 hodin žádost o vysvětlení Zadávací dokumentace. Zadavatel na doručenou žádost o vysvětlení Zadávací dokumentace č. 1 k veřejné zakázce odpovídá následovně:

Dotaz č. 1

Dobrý den,

Předmětem plnění je poskytování služeb elektronických komunikací, čemuž však bohužel zcela neodpovídá předložená smlouva. Ta navíc trpí určitými nedostatky, formulačními nepřesnostmi a obsahovými vadami. Jedná se o smlouvu o dílo, která je však s ohledem na předmět plnění absolutně nevyhovující. Zejména je nutné zdůraznit, že výsledkem smlouvy o dílo má být konkrétní věc, která je důsledkem činnosti směřující k danému cíli, a tím je zhotovení věci hmotné či nehmotné (proto je podstatný také termín dokončení, tedy do kdy má být výsledek dodán) - dokončit a předat, tím dochází k naplnění dané smlouvy. Zde je však dle zadání i některých ustanovení smlouvy naopak požadována kontinuální činnost spočívající v zajišťování a poskytování určitých služeb po dobu 60 měsíců. Ty pak dle zadání mají převážně charakter veřejně dostupných služeb elektronických komunikací.

Poskytování služeb el. kom. má speciální právní úpravu, a to zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, který má navíc veřejnoprávní povahu a je nutné jej aplikovat. Z něj vychází i určitá specifika právního vztahu, práva a povinnosti smluvních stran a rovněž nároky kladené na poskytovatele služeb (vč. regulace ze strany ČTÚ). Tyto skutečnosti je pak třeba zohlednit alespoň v určité míře. Mimo jiné by bylo vhodné do smluvní dokumentace doplnit odkaz na zákon o el. komunikacích a výslovně odkázat na postup dle této právní úpravy. V souvislosti s tím je třeba korigovat i některá smluvní ujednání. Je tak třeba uvést předmětnou smlouvu do souladu s příslušnou speciální úpravou, např. mimo jiné i prostřednictvím doplnění, že smlouva se řídí rovněž zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění (dále jen „ZEK“), a aby neodporovala zákonným požadavkům, mělo by být doplněno, že v případě jakéhokoliv rozporu mezi touto smlouvou a ZEK (resp. odchýlení se od ZEK) má přednost znění ZEK.

V kontextu shora uvedeného je zcela nesprávné a de facto nepoužitelné připojování obchodních podmínek zadavatele, a to minimálně v části obchodních podmínek pro oblast ICT a v celém rozsahu obchodních podmínek pro smlouvy o dílo. V tomto spojení neobstojí ani samotná smlouva, a to bez potřebných úprav, opuštění myšlenky smlouvy o dílo, přizpůsobení se ZEK a poskytování služeb dle této legislativy. Právní i obchodní požadavky a podmínky zadavatele by

měla shrnovat a zachycovat samotná smlouva v příslušném znění + technické přílohy. Rozhodně však smlouvu nelze sjednat dle § 2586 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Dle znění ZEK má pak poskytovatel také povinnost uvádět řadu údajů, informací a práv v příslušných smlouvách, což vzhledem k textaci a pojetí smlouvy nemůže být plněno. Pro tyto účely má dodavatel vytvořeny všeobecné obchodní podmínky, které zajišťují splnění zákonných povinností poskytovatele služeb a plně vyhovují požadavkům ZEK. Vzhledem k rozsahu povinností poskytovatele se jeví jako efektivní zapojení znění těchto obchodních podmínek v rozsahu, který neodporuje smlouvě (v její konkrétní textaci a po příslušných korekcích) a odpovídá zákonným požadavkům.

Dodavatel má tak za to, že předložená smluvní dokumentace neodpovídá zadání, předmětu veřejné zakázky a požadovanému plnění, čímž je v přímém rozporu s platnou legislativou, a to zejm. jak s právní úpravou ZEK, tak i s podmínkami pro zadávání veřejných zakázek dle zákona č. 134/2016 Sb. Provede tedy zadavatel potřebnou úpravu textu smluvní dokumentace vč. vypuštění neadekvátních obchodních podmínek, zejména ji uvede do souladu se zákonem o el. komunikacích?

Pokud by ke shora uvedeným úpravám nedošlo, pak rizika z předložené smlouvy, jejího výkladu a rozporu s legislativou mohou znamenat překážku v podání nabídky a odrazení potenciálních dodavatelů. Naopak jasným uvedením smlouvy do souladu s právními předpisy získává zadavatel možnost lepší nabídkové ceny a neomezí počet účastníků o ty, kteří pro uvedené riziko ani nabídku nepodají.

Závěrem si dodavatel dovoluje dát zadavateli ke zvážení, zda s ohledem na daný předmět plnění a specifika smluvního vztahu i právní úpravy (kdy dodavatel zcela chápe, že uchopení dané problematiky může být pro zadavatele obtížné) nepřipustí v rámci výběrového řízení předložení vlastní standardizované smlouvy jednotlivých dodavatelů se zohledněním stanovených obchodních podmínek zadavatele a zejm. jeho technických požadavků. Tento postup je v předmětné oblasti služeb zadavateli v praxi často používán.

Odpověď č. 1

Zadavatel k dotazu na nevhodnost označení smlouvy jako smlouvy o dílo ve smyslu ust. § 2586 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) uvádí, že dílo dle ust. § 2587 občanského zákoníku kromě zhotovení věci hmotné či nehmotné představovat i „činnost s jiným výsledkem“, jako je tomu v případě předmětu plnění této veřejné zakázky.

Zadavatel připouští, že předmět plnění má zčásti povahu veřejně dostupné služby elektronických komunikací ve smyslu zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronických komunikacích“). Ačkoliv smlouva na zákon o elektronických komunikacích neodkazuje výslovně, pokud je část plnění regulována speciální zákonnou úpravou, aplikuje se tato v rozsahu kogentních norem, případně v otázkách ve smlouvě výslovně neupravených. To vyplývá i z čl. 1 smlouvy ve kterém je uvedeno, že dílo musí být **zhotovitelem provedeno a po dobu trvání smlouvy udržováno funkční v souladu s požadavky vyplývajícími z právních předpisů**. Čl. 22.8. smlouvy pak stanoví: „*Smluvní vztahy neupravené Smlouvou se řídí Občanským zákoníkem a dalšími právními předpisy.*“ V článku 3.1. Zvláštních obchodních podmínek pro Zakázky v oblasti ICT (dále jen „ZOP ICT“) je pak výslovně uvedeno: „*Strany se zavazují postupovat v souladu s veškerými obecně závaznými právními předpisy a prohlašují, že Smlouva je v souladu s těmito právními předpisy. Pokud se v průběhu trvání Smlouvy některé její ustanovení dostane do rozporu s kogentním ustanovením obecně závazného právního předpisu, platí příslušné ustanovení právního předpisu s tím, že zbývající ustanovení Smlouvy zůstávají v platnosti.*“

Co se týče upozornění na nevhodnost ZOP ICT a Obchodních podmínek ke smlouvě o dílo, k tomu Zadavatel uvádí, že se jedná o standardizované dokumenty běžně užívané v praxi Zadavatele, přičemž tyto se aplikují v souladu s pravidly stanovenými v úvodu smlouvy, kde jsou řešena komplexně kolizní pravidla pro smluvní dokumentaci. Smlouva a přílohy 1. – 3. mají před obchodními podmínkami přednost. Zadavatel nemá za to, že by jejich připojení mohlo způsobit pochybnosti ohledně výkladu práv a povinností stran smlouvy. Zadavatel nemá za to, že by jejich aplikace neobstála v kontextu požadovaného plnění. Tazatel ostatně netvrdí, jak konkrétně by tomu mělo být, přičemž je zcela zjevné, že v drtivé většině se jedná o ustanovení standardní, která obstojí v každém smluvním vztahu. Zadavatel se neztotožňuje ani s konstatováním, že smluvní dokumentace je v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen ZZVZ), když tazatel si opět vystačuje s pouhým konstatováním, aniž by sdělil, v čem takový rozpor spatřuje, přičemž řešení spatřuje v tom, aby každý dodavatel si připojil vlastní obchodní podmínky. Co se týče tohoto návrhu, Zadavatel toto nepřipouští, a to z důvodu nutnosti porovnatelnosti nabídek a rovněž proto, že veřejně dostupná služba elektronických komunikací ve veřejné zakázce představuje pouze část plnění. Z obdobných důvodů nepřipustí Zadavatel předložení vlastní standardizované smlouvy jednotlivých dodavatelů. Navržené řešení by tak v důsledku naopak mohlo zhoršit postavení ve vztahu k ZZVZ. Nadto je zapotřebí si uvědomit, že Zadavatelem požadované plnění není co do důležitosti a odpovědnosti plnění standardně požadované na trhu např. domácnostmi. S ohledem na důležitost daného plnění pro Zadavatele se jeví jako zcela legitimní, aby probíhalo podle pravidel Zadavatele. Ze ZZVZ ostatně nikde nevyplývá nárok dodavatelů na vlastní obchodní podmínky. Tím, že Zadavatel předložil vlastní smluvní podmínky je učinil pro všechny účastníky stejné a rovné.

Zadavatel dále uvádí, že smlouva nijak nevyklučuje plnění povinností dle zákona o elektronických komunikacích ze strany dodavatele. V případě rozporu mezi smlouvou a kogentními normami ZEK má dle současného znění smlouvy přednost ZEK, aniž by bylo zapotřebí do současného znění jakkoli zasahovat. Zadavatel nemá za to, že by zadávací podmínky plnění těchto povinností jakkoliv znemožňovaly, přičemž v dotazu se rovněž žádné konkrétní povinnosti, které by nemohly být plněny, neuvádí.

Zadavatel tak shrnuje, že trvá na znění zadávacích podmínek, včetně znění smlouvy. K tomuto Zadavatel pro úplnost dodává, že tímto vysvětlením zadávací dokumentace nedošlo ke změně ani k úpravě zadávací dokumentace ve smyslu § 99 ZZVZ, a proto není nutné k prodloužení lhůty pro podání nabídek ze strany Zadavatele přistupovat.

Závěr

Zadavatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti nepřistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek, neboť pro toto prodloužení nebyly shledány důvody. Lhůta pro podání nabídek je tak stále stanovena do 6. 3. 2023 do 10:00 hodin.

V Praze dne 21. 2. 2023

.....

Ing. David Miklas
ředitel organizační jednotky
Správa železničních informačních technologií