

Naše zn. 12380/2023-SŽ-GŘ-O8
Vyřizuje P. Engelová
Datum 22. 2. 2023

Věc: Vysvětlení Zadávací dokumentace č. 2

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 17. 2. 2023 v 16:01 hodin žádost o vysvětlení Zadávací dokumentace. Zadavatel na doručenou žádost o vysvětlení Zadávací dokumentace č. 2 k veřejné zakázce odpovídá následovně:

Dotaz č. 1

Součástí zadávací dokumentace je jako příloha i závazný vzor smlouvy (dále jako „Vzor smlouvy“). Předmětem plnění dle Vzoru smlouvy má být ze strany dodavatele (Zhotovitele) závazek provést dílo. Definice díla je uvedena v části 3 přílohy č. 1 Specifikace plnění Vzoru smlouvy. Dle čl. 2.3 Vzoru smlouvy Provedení Díla spočívá výhradně v provedení následujících oblastí dílčích činností (dle názoru dodavatele jde o výhradně o poskytování služeb) ze strany Zhotovitele podrobně definovaných v části 3 Přílohy č. 1:

- 1) Zavedení a zajištění internetové konektivity do dvou lokalit uvedených v části 3.1 Přílohy č. 1, a to v rozsahu a kvalitě uvedené uvedených v části 3.1 Přílohy č. 1 (dále jen „Internetová konektivita“);
- 2) Zajištění ochrany zavedené Internetové konektivity proti DDoS útokům, a to v rozsahu a kvalitě dle části 3.2 Přílohy č. 1 (dále jen „Ochrana proti DDoS útokům“);
- 3) Předání dokumentace obsahující minimálně všechny konfigurační parametry uvedené v části 3.3 Přílohy č. 1 nebo parametry či jiné údaje, které si ve vztahu k Předmětu díla Objednatel vyžádá (dále jen „Dokumentace“);

Dodavatel se domnívá, že ačkoliv je Vzor smlouvy koncipován jako smlouva o dílo ve smyslu ustanovení § 2586 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, fakticky je předmětem plnění poskytování služby elektronických komunikací s doplňkovou službou AntiDDoS ochrany. Jediným plněním, které může mít v rozsahu zadavatelem definovaného předmětu smlouvy charakter smlouvy o dílo je plnění dle čl. 2.3.3. spočívající ve zhotovení a předání dokumentace k poskytovaným službám, které však představuje pouze minoritní podíl na rozsahu požadovaného plnění.

S ohledem na skutečnost, že:

- poskytování služby elektronických komunikací je regulováno zák. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), v platném znění (dále jen „ZoEK“);

- veřejně dostupnou službu elektronických komunikací (o kterou se dle požadavků zadávací dokumentace jedná) lze poskytovat na základě účastnické smlouvy uzavřené dle ZoEK a za podmínek upravených v ZoEK;
- pojmovým znakem smlouvy o dílo dle občanského zákoníku je vytvoření díla zhotovitelem a převedení vlastnictví k dílu na objednatele, což je v rozporu s požadavky zadavatele uvedenými v příloženém Vzoru smlouvy i v rozporu se standardním mechanismem poskytování služeb elektronických komunikací i s obecným mechanismem poskytování DDoS ochrany jakožto „filtrování datového toku Objednatele“ (kdy v rámci ochrany není poskytována jakákoliv věc v právním smyslu – HW ani SW, ke kterému by měl Objednatel nabýt vlastnictví)
- dle čl. 4.1 Vzoru smlouvy se smlouva uzavírá na 60 měsíců (nejde tedy o stanovení okamžiku předání díla, ale evidentně o určení doby poskytování služeb)
- čl. 10 Vzoru smlouvy nazvaný „Požadavky na provozování služeb“ definuje nikoliv předmět plnění díla, ale právě parametry zadavatelem požadované služby;

je zjevné, že příložený Vzor smlouvy nelze pro požadované plnění (opakované/dlouhodobé poskytování služeb, zejména služeb elektronických komunikací) použít, když neodpovídá předmětu veřejné zakázky a je v přímém rozporu s podmínkami i faktickým mechanismem dodávky.

S ohledem na uvedené výše dodavatel žádá zadavatele, zda by zvážil úpravu Vzoru smlouvy tak, aby tato odpovídala výše popsanému mechanismu plnění dodávky. V případě zájmu zadavatele je dodavatel připraven předložit vlastní návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky.

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. Smlouvu je tedy třeba bez ohledu na její název nutné vykládat dle jejího obsahu, kdy předmětem plnění veřejné zakázky jsou tazatelem citované činnosti dle části 3 Přílohy č. 1.

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.*“ 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.

Tazatel tvrdí, že vzor smlouvy nelze pro plnění veřejné zakázky použít, avšak neuvádí, jak konkrétně by měla být smlouva upravena, resp. která její ustanovení nelze plnit. Tazatel dále navrhuje, aby dodavatel připojil návrh vlastní standardizované smlouvy. 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. Navržené řešení by tak v důsledku naopak mohlo zhoršit postavení ve vztahu k ZZVZ. S ohledem na důležitost daného plnění pro Zadavatele se jeví jako zcela legitimní, aby

probíhalo podle pravidel Zadavatele. Tím, že Zadavatel předložil vlastní smluvní podmínky je učinil pro všechny účastníky stejné a rovné.

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 22. 2. 2023

.....

Ing. David Miklas
ředitel organizační jednotky
Správa železničních informačních technologií