

Naše zn. 79271/2023-SŽ-GR-08

Vyřizuje Dagmar Strnadová

Věc: Vysvětlení zadávací dokumentace č. 1

Sektorová podlimitní veřejná zakázka v souvislosti s výkonem relevantní činnosti dle § 151 odst. 1 ZZVZ, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Zákon“) na služby s názvem:

„Zřízení a provoz WIFI sítě v prostorách Fantovy budovy (severní křídlo), Hlavní nádraží Praha“

Správa železnic, státní organizace (dále jen „Zadavatel“) obdržela dne 13. 11. 2023 v 15:20 hodin žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. Zadavatel formou Vysvětlení zadávací dokumentace odpovídá na tuto žádost doručenou k veřejné zakázce následovně:

Dotaz č. 1:

Zvláštní obchodní podmínky pro zakázky v oblasti ICT (dále jen „ZOP“) v článku 7 stanoví podmínky a pravidla pro předávání zdrojového kódu. Dodavatel s ohledem na to, jak jsou formulována licenční ujednání, předpokládá, že povinnosti vztahující se ke zdrojovým kódům, platí pouze pro software vznikající v průběhu plnění, k němuž je zadavateli postupováno oprávnění výkonu majetkových práv autorských. Pro vyloučení pochybností však dodavatel žádá o potvrzení, že povinnost předat zdrojové kódy se nevztahuje na tzv. Standardní software.

Odpověď č. 1:

Ano, ustanovení čl. 7 ZOP se vztahují k Software dle čl. 6.1 ZOP, tedy Software, který je Autorské dílo vznikající v průběhu plnění. V průběhu plnění dle Smlouvy nevzniká Software, který je Autorské dílo, čl. 7 ZOP se tedy neuplatní.

Dotaz č. 2:

V článku 6.2 ZOP jsou stanoveny požadavky zadavatele na nevýhradní licence k tzv. Standardnímu software. Jednou z podmínek je, aby k používání Standardního software byly oprávněny taktéž zadavateli podřízené organizace nebo s ním propojené osoby. Takové oprávnění je příliš široce formulované a zahrnuje neuzavřený výčet subjektů, což výrobci standardizovaného software neumožňují. Licenčními podmínkami globálních výrobců standardizovaného software je vždy vyloučeno právo zákazníka software distribuovat, podlicencovat či umožnit k němu přístup třetím osobám. Upraví zadavatel návrh smlouvy tak, aby oprávnění z nevýhradní licence podle čl. 6.2 ZOP bylo omezeno pouze na zadavatele?

Odpověď č. 2:

Součástí plnění dle Smlouvy není dodání Standardního Software, ustanovení čl. 6.2 ZOP se proto neuplatní.

Dotaz č. 3:

Zadavatel v čl. 7 návrhu smlouvy uvádí, že je dodavatel povinen dodržovat ustanovení týkající se kybernetické bezpečnosti ve smyslu článku 20. ZOP. Článek 20 ZOP se dle jeho znění uplatní v případě, kdy tak výslovně stanoví smlouva, pokud je předmětem smlouvy informační či komunikační systém, pokud má plnění dopad na informační či komunikační systém, nebo pokud je smlouva uzavřena s významným dodavatelem či provozovatelem.

Z návrhu smlouvy a z předmětu veřejné zakázky nicméně nevyplývá, že plnění splňuje některou

z výše uvedených podmínek. Služba zajištění konektivity do wi-fi sítě bude zajišťována na kritické infrastruktuře, již je dodavatel provozovatelem podle zákona o kybernetické bezpečnosti. Tato skutečnost není relevantní pro uplatnění čl. 20 ZOP, s výjimkou odst. 20.2 (který je dodavatel povinen dodržovat bez ohledu na skutečnost, zdali se účastní této veřejné zakázky). Dodavatel tedy žádá o ujištění, že čl. 7 návrhu smlouvy se pro plnění veřejné zakázky neuplatní. Dále dodavatel požaduje, aby zadavatel do zadávací dokumentace doplnil interní předpisy, kterými bude vybraný dodavatel povinen se řídit.

Odpověď č. 3:

Zadavatel potvrzuje výše uvedený výklad dodavatele a ztotožňuje se s ním. Vzhledem k povaze předmětu veřejné zakázky, tedy služba zajištění konektivity pro Wi-Fi síť, se při plnění předmětu veřejné zakázky uplatní pouze odst. 20.2. v článku 20 ZOP. V důsledku této skutečnosti není nutné předávat dodavateli interní předpisy, které se týkají kybernetické bezpečnosti, neboť jsou vzhledem k povaze předmětu plnění nerelevantní.

Dotaz č. 4:

V odst. 16.4 ZOP zadavatel uvádí, že zaplacením smluvních pokut není dotčeno právo zadavatele na náhradu újmy (tedy i majetkové škody) v plném rozsahu. Dodavatel upozorňuje zadavatele, že část předmětu plnění veřejné zakázky je i poskytování služeb elektronických komunikací podle zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, v platném znění (dále jen „ZoEK“). Tato obchodní podmínka je tak v přímém rozporu s ustanovením § 64 odst. 12 ZoEK, který stanoví, že pokud službu bylo možno využít jen částečně, anebo ji nebylo možno využít vůbec pro závadu technického nebo provozního charakteru na straně podnikatele poskytujícího službu, je tento povinen zajistit odstranění závady a přiměřeně snížit cenu nebo po dohodě s účastníkem, který je koncovým uživatelem, zajistit poskytnutí služby náhradním způsobem.

Podnikatel poskytující službu elektronických komunikací není povinen nahradit jejím uživatelům škodu, která jim vznikne v důsledku přerušení služby nebo vadného poskytnutí služby. Tím je stanoveno vyloučení odpovědnosti podnikatele za škodu, která vznikla účastníkovi, který je koncovým uživatelem v důsledku vadného poskytnutí služby, například v důsledku neuskutečnění určité finanční transakce realizované prostřednictvím služeb elektronických komunikací apod. V této podobě nelze tuto obchodní podmínku akceptovat, jelikož dodavatel nemůže převzít odpovědnost za škodu v plné výši v případě výpadku dodávaných služeb. Změní zadavatel závazný návrh smlouvy tak, aby byl v souladu s § 64 odst. 12 ZoEK?

V části plnění veřejné zakázky, která není regulována ZoEK, považuje dodavatel požadavek na ničím nelimitovanou náhradu škody rovněž za nepřiměřený. Nelze po dodavateli spravedlivě požadovat, aby nesl odpovědnost za případnou škodu v plné výši. Nelze z podstaty věci dopředu odhadnout, jak vysoká případná škoda mohla být. Důvodová zpráva k občanskému zákoníku na str. 569 uvádí, že rozsah náhrady škody podmiňuje její předvídatelnost. Dle názoru dodavatele nemůže být výše škody v daném případě předvídatelná a může být zcela nepřiměřená míře rizika, kterou je dodavatel ochoten na sebe převzít při plnění veřejné zakázky malého rozsahu. Dodavatel by měl mít, vedle smluvní pokuty, pouze povinnost odstranit závadu a vyúčtovat cenu s přiměřenou slevou, jejíž výše by měla odpovídat zejména délce trvání a povaze "výpadku" či jinak vadného poskytování služby.

Požadavek na nijak nelimitovanou náhradu škody je zcela zjevně nepřiměřený hodnotě veřejné zakázky. Tím dochází k porušení zásady přiměřenosti uvedené v § 6 ZZVZ. Dodavatel nemůže dopředu výši škody předvídat a toto riziko musí promítat do nabídkové ceny.

Dodavatel má za to, že ke stanovení neomezené odpovědnosti za škodu neopravňují zadavatele ani charakter, hodnota a význam zajišťovaných povinností, ani vzájemný poměr hodnoty zajišťovaného závazku a výše škody. Dodavatel apriori nepředpokládá, že bude porušovat své povinnosti ze smlouvy, ovšem přesto má dodavatel za to, že je neomezená náhrada škody nepřiměřená. Dodavatel apeluje na zadavatele, aby ještě zvažil funkci náhrady škody při posuzování přiměřenosti výše náhrady škody a přihlédl k celkovým okolnostem úkonu, jeho pohnutkám a účelu, který byl zadavatelem sledován.

Dodavatel upozorňuje zadavatele, že jedinou možností dodavatele jakožto řádného hospodáře je navýšit tzv „risk budget“ na co nejvyšší možnou částku (jelikož nezná výši případné škody). Náklady na tento risk budget bude rozprostřen do nabídkové ceny. Zadavatel si musí být vědom toho, jaká maximální škoda by mohla teoreticky vzniknout, a jako řádný hospodář by mohl škodu limitovat výši s dostatečně velkou rezervou.

Odpověď č. 4:

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 ZoEK má dle současného znění smlouvy přednost ZoEK, aniž by bylo zapotřebí do současného znění jakkoli zasahovat.

Ve věci nelimitované náhrady škody pro části plnění, které nejsou regulovány ZoEK, Zadavatel uvádí, že skutečnost, že dodavatel promítne namítaná rizika do své nabídkové ceny a uvedené bude mít za následek zvýšení nabídkové ceny, nemůže být vykládána jako porušení zásady přiměřenosti dle § 6 zákona. Promítnutí rizik do nabídkové ceny představuje běžnou podnikatelskou praxi a soukromoprávní podmínky stanovené Zadavatelem reflektují potřeby Zadavatele.

K porušení zásady přiměřenosti může dojít tehdy, jedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky nebo vede k vyloučení dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky (viz závěry Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013 nebo závěry Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019), o což se v aktuálním případě z pohledu Zadavatele nejedná.

Závěr

Zadavatel setrval na zadávacích podmínkách a jeho vysvětlení pouze odstraňuje možné pochybnosti při výkladu zadávacích podmínek. Zadavatel tak neprovedl žádnou změnu zadávací dokumentace. Lhůta pro podání nabídek se tak nemění a je stanovena na den 20. 11. 2023 do 09:00 hodin.

.....
Ing. David Miklas

ředitel Správy železniční telematiky