

Č. j. PVL-40367/2020/830



VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE Č. 2

poskytnuté v souladu s § 98 odst. 1 a § 99 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb.,
o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)

IDENTIFIKAČNÍ A KONTAKTNÍ ÚDAJE ZADAVATELE

Zadavatel: Povodí Vltavy, státní podnik
Sídlo: Holečkova 3178/8, Smíchov, 150 00 Praha 5
IČO: 70889953
Zápis v obchodním rejstříku: Městský soud v Praze, oddíl A, vložka 43594
Statutární orgán: RNDr. Petr Kubala, generální ředitel
Zastoupen: Ing. Tomášem Havlíčkem, MBA, ředitelem sekce investiční
Datová schránka: gg4t8hf
Profil zadavatele: https://zakazky.eagri.cz/profile_display_1422.html

IDENTIFIKAČNÍ ÚDAJE VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

Název veřejné zakázky: Poskytování služeb elektronických komunikací
Druh zadávacího řízení: otevřené řízení
Datum zahájení zadávacího řízení: 25. 5. 2020

ZNĚNÍ ŽÁDOSTI O VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE ZE DNE 15. 6. 2020

Dotaz č. 1

Zadavatel v zadávací dokumentaci, písm. P., čl. 5 a 6 stanoví podmínky pro zpracování návrhu smlouvy. Dodavatel z textu nevyrozuměl, zdali má vypracovat vlastní návrh smlouvy, či pouze doplnit do Obchodních podmínek požadované údaje. Dodavatel se klaní k názoru, že je oprávněn do vlastního návrhu smlouvy zapracovat Obchodní podmínky, přesto žádá dodavatel zadavatele u ujištění.

Pokud dodavatel má předložit vlastní návrh smlouvy, chápe, že návrh smlouvy nesmí zhoršit postavení zadavatele oproti podmínkám stanoveným zadavatelem. Bude zadavatel akceptovat návrh smlouvy odkazující na všeobecné podmínky dodavatele (dále jen „VOP“)? Dle názoru dodavatele toto zadavatel může akceptovat, jelikož v návrhu smlouvy bude jasně stanoveno, že v případě rozporu mezi textem smlouvy a obchodními podmínkami veřejné zakázky má přednost znění obchodních podmínek veřejné zakázky. V případě rozporu mezi textem těla smlouvy a jejími přílohami má přednost text těla Smlouvy; to se však netýká obchodních podmínek Veřejné zakázky.

Zadavatel požaduje poskytování veřejně dostupných služeb elektronických komunikací, tj. specifických služeb, jejichž poskytování je upraveno v zákoně č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích (dále jen „ZoEK“). ZoEK stanoví v § 63 pro smlouvy o poskytování veřejně dostupné služby elektronických komunikací a připojení k veřejné komunikační síti speciální náležitosti takových smluv. Dodavatel má za to, že obchodní podmínky veřejné zakázky předložené zadavatelem neobsahují veškeré náležitosti, které § 63 ZoEK stanoví pro smlouvy o poskytování veřejně dostupné služby elektronických komunikací. Z toho důvodu dodavatel žádá zadavatele, aby umožnil dodavateli učinit nedílnou součástí (přílohou) VOP, které obsahují veškeré náležitosti dle § 63 ZoEK.

Bude zadavatel navrhované řešení akceptovat, přestože VOP mohou obsahovat ustanovení, která mohou zhoršit postavení zadavatele oproti podmínkám stanoveným zadavatelem, ale na daný smluvní vztah se neuplatní, protože to zadavatel vyloučil a toto vyloučení je v Obchodních podmínkách zadavatele výslovně uvedeno?

Dotaz č. 2

Zadavatel v příloze č. 5 zadávací dokumentace, písm. L. stanoví, že doba poskytování služeb může být prodloužena s tím, že prodloužení mohou být činěna opakovaně až do vyčerpání celkového limitu dle první věty tohoto odstavce. Dodavatel se táže, jakou větu má zadavatel na mysli, resp. o jaký limit se jedná? Z textu tohoto odstavce totiž vyplývá, že zadavatel je oprávněn dobu poskytování služeb opakovaně prodlužovat, maximálně však na dobu 6 měsíců. Chápe dodavatel tento odstavec správně?

Dotaz č. 3

Zadavatel v několika odstavcích přílohy č. 5 zadávací dokumentace uvádí, že dodavatel odpovídá za vady plnění dle smlouvy a za újmu v souladu s příslušnou úpravou zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a to i za újmu nemajetkovou, a že je povinen nahradit újmu a vrátit uhrazenou cenu za služby poskytnuté podle smlouvy v případě nedodržení kvality služeb stanovených ve smlouvě nebo v případě přerušení Poskytování služeb ze zavinění dodavatele.

Tato obchodní podmínka je v přímém rozporu s ustanovením § 64 odst. 12 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, který stanoví, že pokud službu bylo možno využít jen částečně, anebo ji nebylo možno využít vůbec pro závalu 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. Druhou větou 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 obchodní podmínky tak, aby byly v souladu s § 64 odst. 12 zákona o elektronických komunikacích?

Dotaz č. 4

Zadavatel v příloze č. 5 zadávací dokumentace, písm. Q stanoví požadavky ochrany osobních údajů pro případ, že poskytování služeb vyžaduje činnosti, které zahrnují zpracování osobních údajů ve smyslu zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOOÚ“). K tomu dodavatel uvádí, že ZOOÚ již pozbyl účinnosti a byl nahrazen zákonem č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů. Při poskytování služeb je dodavatel samostatným správcem osobních údajů pro účel poskytování služeb a zadavatel by bylo též samostatným správcem pro jiný účel. Veškeré informace, které je dodavatel jako správce osobních údajů zákazníkům v souvislosti s poskytováním služeb elektronických komunikací zákazníkům poskytnout, budou uvedeny ve veřejně dostupných dokumentech dodavatele. Dodavatel tak považuje písm. Q přílohy č. 5 zadávací dokumentace za nadbytečné.

Dotaz č. 5

Zadavatel stanoví, že samostatně uloženou přílohou smlouvy je zadávací dokumentace Veřejné zakázky a nabídka dodavatele. Dodavatel žádá o vysvětlení pojmu „samostatně uložená příloha“.

Dotaz č. 6

Zadavatel v příloze č. 5 zadávací dokumentace, písm. T stanoví, že dodavatel na sebe přebírá nebezpečí změny okolností dle § 1765 odst. 2 občanského zákoníku. Dodavatel nemůže převzít nebezpečí nepředvídatelné změny okolností. Dle názoru dodavatele občanský zákoník nepředpokládá plné vyloučení aplikace zákonných norem, ale připouští odlišnou úpravu v rovině autonomního práva. Jinými slovy, je dána možnost alokace rizika odlišně od defaultního stavu, avšak nikoliv vyloučení aplikace daného institutu. Doporučujeme zadavateli, aby jasně definoval okruh okolností, jejichž změna má jít k tíži dodavatele s přihlédnutím k celosvětové pandemii koronoaviru, která může takovou skutečností být a její nebezpečí na sebe dodavatel převzít nemůže.

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE

Ad. Dotaz č. 1:

Ve vztahu k tomuto dotazu zadavatel uvádí, že dodavatel je opravdu povinen vypracovat vlastní návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky (dále jen „Smlouva“), do kterého zapracuje zadavatelem stanovené obchodní podmínky veřejné zakázky, které tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace (dále jen „Obchodní podmínky“). Dodavatelův názor je tedy správný.

Pro vyloučení pochybností zadavatel ještě uvádí, že dodavatel v rámci vypracování návrhu Smlouvy nesmí zhoršit postavení zadavatele stanovené Obchodními podmínkami. Tím však není vyloučeno právo dodavatele částečně upravit Obchodní podmínky v rámci zapracování do větných celků v návrhu Smlouvy.

V rámci odkazu na VOP dodavatele zadavatel uvádí, že VOP jsou jednou z přípustných příloh návrhu smlouvy (viz. čl. U. Obchodních podmínek umožňujících k návrhu Smlouvy přiložit „Podmínky Poskytovatele pro poskytování služeb elektronických komunikací“). Dodavatel je tak oprávněn v návrhu Smlouvy v rámci upřesnění poskytování plnění veřejné zakázky přiložit VOP k návrhu Smlouvy. A v případě rozporu mezi VOP a Obchodními podmínkami mají Obchodní podmínky opravdu přednost. Zadavatel však upřednostňuje, aby dodavatel zapracoval Obchodní podmínky přímo do textu návrhu Smlouvy, jelikož takový postup usnadní orientaci ve Smlouvě při plnění veřejné zakázky v případě, že bude dodavatel v souladu se zákonem vybrán k podpisu Smlouvy a Smlouva s ním bude uzavřena.

Názor dodavatele o možnosti „pouhého“ odkázání ve Smlouvě na VOP je však zcela správný. VOP by měly být k návrhu Smlouvy přiloženy jako nedílná příloha. Důvodem tohoto požadavku je skutečnost, že VOP mohou být (a v praxi jsou) v průběhu plnění veřejné zakázky poskytovateli služeb elektronických komunikací měněny. A v případě pouhého odkazu na VOP zapracovaného tak, že by byl odkaz platný i po změně VOP, by změna VOP měla dopad i na samotnou Smlouvu, přičemž v rámci smluv uzavřených na základě zadávacího řízení dle zákona by každá taková změna musela být posouzena z hlediska § 222 zákona. S tím však souvisí reálné riziko porušení § 222 odst. 1 zákona. Z uvedeného důvodu je proto dodavatel povinen předložit k návrhu Smlouvy VOP, které budou platné po celou dobu plnění veřejné zakázky.

Ve vztahu k dodavatelem uvedenému odkazu na § 63 ZoEK zadavatel uvádí, že dodavatelem tvrzená skutečnost byla zadavatelem zvolena cíleně právě z důvodu umožnění přiložení VOP k návrhu Smlouvy. Zadavatel si je vědom, že poskytovatelé služeb elektronických komunikací naplňují požadavky § 63 ZoEK až v textu VOP a nikoliv v samotném textu smlouvy na poskytování služeb. A proto, jak již vyplývá z předchozího odstavce, zadavatel umožňuje k návrhu Smlouvy VOP přiložit jako přílohu.

V případě zhoršení postavení zadavatele v rámci textu VOP oproti podmínkám stanoveným Obchodními podmínkami se uplatní ustanovení Obchodních podmínek. Zadavatel proto opakovaně uvádí, že postup spočívající v přiložení VOP jako přílohy návrhu Smlouvy je přípustný. Tento postup zadavatel zvolil proto, aby dodavatelé nemuseli v rámci vypracování návrhu Smlouvy upravovat svoje VOP (zasahovat do nich jen pro účely veřejné zakázky). Takový postup by mohl být potencionálně nepřiměřený vzhledem ke skutečnosti, nakolik je takový postup u jednotlivých poskytovatelů služeb elektronických komunikací formalistický a zdlouhavý.

Ad. Dotaz č. 2:

Zadavatel uvádí, že dodavatel se pravděpodobně dotazuje na předposlední odstavec čl. K. Obchodních podmínek upravujících vyhrazené změny závazku ze Smlouvy. Článek L. Obchodních podmínek totiž změnu doby poskytování služeb neřeší.

Zadavatel k předmětnému ustanovení Obchodních podmínek uvádí, že jím stanovené podmínky dodavatel chápe správně. Cílem předmětného ustanovení je případné prodloužení plnění veřejné zakázky zejména v případě, že zadavatel nestihne provést zadávací řízení veřejné zakázky svým plněním navazující na konec plnění nyní zadávané veřejné zakázky. Zadavatel v takovém případě může požadovat prodloužení plnění veřejné zakázky například po jednom měsíci (v praxi spíše po dvou, aby byla dodržena doba oznámení o využití vyhrazené změny závazku) až do vyčerpání celkového limitu v délce 6 měsíců.

Ad. Dotaz č. 3:

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením dodavatele, že celá úprava Obchodních podmínek týkající se náhrady újmy je v přímém rozporu s § 64 odst. 12 ZoEK. Obchodní podmínky totiž v tomto ohledu pamatují i na další situace, než jen předmětným ustanovením ZoEK řešenou omezenou možnost nebo nemožnost využití služeb pro závadu technického nebo provozního charakteru na straně poskytovatele služeb elektronických komunikací a odpovědnost za škodu v souvislosti s přerušením poskytování nebo vadným poskytováním služeb elektronických komunikací.

V případě nedodržení kvality plnění veřejné zakázky z důvodu závady technického nebo provozního charakteru na straně poskytovatele služeb elektronických komunikací či v případě vzniku škody v důsledku přerušení poskytování nebo vadného poskytování služeb by se i za původní úpravy Obchodních podmínek aplikoval ZoEK. Zadavatel však pro vyloučení pochybností na základě tohoto dotazu mění Obchodní podmínky tak, že nahrazuje třetí odstavec článku N. Obchodních podmínek následujícím textem: „*V případě, že kvalita služeb stanovených ve Smlouvě nebyla dodržena z důvodu závady technického či provozního charakteru na straně Poskytovatele nebo ze stejných důvodů došlo k přerušení Poskytování služeb, budou Smluvní strany postupovat v souladu s § 64 odst. 12 ZEK. Poskytovatel neodpovídá za škodu, která vznikne v důsledku přerušení Poskytování služeb nebo vadného Poskytování služeb.*“

Ad. Dotaz č. 4:

Zadavatel uvádí, že administrativním nedopatřením uveřejnil znění Obchodních podmínek odkazující na již neplatný zákon. Z uvedeného důvodu mění Obchodní podmínky tak, že celý text čl. Q. Obchodních podmínek nahrazuje následujícím ustanovením: „*Zpracování osobních údajů případně získaných při plnění Smlouvy se řídí zákonem č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů, v platném znění.*“

Ad. Dotaz č. 5:

Zadavatel uvádí, že formulace „samostatně uložená příloha Smlouvy“ znamená, že uvedené přílohy nebudou přímou součástí dokumentu Smlouvy (ve smyslu elektronického podpisu smlouvy nebude přímou součástí podepsaného dokumentu ve formátu *.PDF), ale budou i přesto tvořit nedílnou součást Smlouvy jako její příloha.

Předmětné ustanovení je standardní obchodní podmínkou zadavatele. Zadavatel její použití volí za účelem možnosti se při plnění veřejné zakázky vždy dovolat zadávacích podmínek veřejné zakázky a skutečností uvedených v nabídce vybraného dodavatele, se kterým byla uzavřena smlouva. Zároveň však zadavatel z důvodu rozsahu uvedených dokumentů preferuje jejich samostatné uložení mimo Smlouvu.

Ad. Dotaz č. 6:

Zadavatel nerozumí, kam dodavatel směřuje částí dotazu uvádějící, že „*Dle názoru dodavatele občanský zákoník nepředpokládá plné vylučování aplikace zákonných norem, ale připouští odlišnou úpravu v rovině autonomního práva. Jinými slovy, je dána možnost alokace rizika odlišně od defaultního stavu, avšak nikoliv vyloučení aplikace daného institutu.*“ Zadavatel předmětnou úpravou Obchodních podmínek nevylučuje aplikaci žádného ustanovení zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Občanský zákoník“). Zadavatel pouze využívá možnost, která je smluvním stranám dána ustanovením § 1765 odst. 2 Občanského zákoníku.

Zadavatel však nebude blíže definovat okolnosti, „*jejichž změna má jít k tíži dodavatele*“ tak, jak požaduje dodavatel, protože taková definice není ve vztahu k obecně nepředvídatelnosti skutečností, jež mohou vést k podstatné změně okolností, možná. Pokusem o takovou definici by zadavatel *de facto* vyloučil zvolenou aplikaci § 1765 odst. 2 Občanského zákoníku. Nadto zadavatel konstatuje, že právě v době, jako byla dodavatelem uvedená doba celosvětové pandemie koronaviru, potřebuje zadavatel mít zcela spolehlivé a stabilní internetové připojení.

Závěr:

Zadavatel v souvislosti s tímto vysvětlením zadávací dokumentace uveřejní upravené znění Obchodních podmínek pod názvem dokumentu „Příloha č. 5 – Znění obchodních podmínek VZ ze dne 18. 6. 2020“. Zadavatel upozorňuje dodavatele, že součástí jejich nabídky musí být návrh Smlouvy vypracovaný na základě znění obchodních podmínek uveřejněných dle předchozí věty a nikoliv na základě znění předcházejícího.

PRODLOUŽENÍ LHŮTY PRO PODÁNÍ NABÍDEK

S ohledem na skutečnost, že předmětná změna zadávací dokumentace může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlužuje zadavatel v souladu s § 99 odst. 1 a 2 zákona lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny zadávací dokumentace činila celou svou původní délku ve smyslu § 99 odst. 2 zákona.

Nový termín pro podání nabídek:

24. 7. 2020 do 10:00 hodin

Ing. Tomáš Havlíček, MBA
ředitel sekce investiční