

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE Č. 2

Název veřejné zakázky:	Zajištění podpory licencí ForgeRock 2022+
Evidenční číslo VZ:	Z2022-024465
Druh zadávacího řízení:	Otevřené řízení dle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek („ZZVZ“)

Česká republika – Ministerstvo zemědělství jako zadavatel výše uvedené veřejné zakázky obdržel dne 13. 7. 2022 žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. Níže uvádíme její úplné znění společně s odpovědí zadavatele.

Otázka č. 1

Zadavatel v čl. 7.2 závazného návrhu smlouvy stanovil, že se dodavatel při plnění zavazuje dodržovat zásady bezpečnosti informací v souladu se zákonem č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoKB“) a vyhláškou č. 82/2018 Sb., o bezpečnostních opatřeních, kybernetických bezpečnostních incidentech, reaktivních opatřeních, náležitostech podání v oblasti kybernetické bezpečnosti a likvidaci dat („VoKB“).

Zadavatel dále v čl. 7.3 závazného návrhu smlouvy stanoví, že se dodavatel zavazuje poskytnout zadavateli veškerou součinnost nezbytnou k tomu, aby zadavatel řádně naplňoval právní povinnosti stanovené ZoKB a VoKB a vyhláškou č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích (dále jen „VoVIS“). Zejména se má dodavatel zavázat poskytnout zadavateli součinnost směřující k zavedení a provádění bezpečnostních opatření podle uvedených právních předpisů.

Dle názoru dodavatele je takto stanovená povinnost příliš extenzivní. Zadavatel by měl jako osoba povinná podle § 3 ZoKB již v okamžiku uzavření smlouvy vědět, jaká opatření potřebuje zavést, a tedy by měl zadavatel do smlouvy uvést konkrétní obsah a rozsah součinnosti dodavatele, aby tento ji mohl řádně nacenit a započítat do nabídkové ceny.

Ohledně ZoKB a VoKB dodavatel dodává, že ZoKB a VoKB nejsou právními normami, u kterých lze bez dalšího konstatovat, že je dodavatel splňuje anebo nesplňuje.

Dodavatel bere na vědomí, že je zadavatel povinen zohlednit požadavky vyplývající ze ZoKB a VoKB při výběru dodavatele a zahrnout je do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavře. Podle § 4 odst. 4 ZoKB platí, že orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) ZoKB jsou povinny zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřou. Správce systému (tedy zadavatel), tedy ten, kdo určuje jeho účel a podmínky jeho provozování, je v postavení toho, kdo má mít všechny

informace o tom, jaká konkrétní bezpečnostní opatření mají být ve vztahu k systému ze strany provozovatele systému zavedena, neboť pouze správce systému má dostatek informací k tomu, aby mohl bezpečnostní požadavky definovat (a to i kdyby měl podstatnou část informací nezbytných pro výběr bezpečnostních opatření získat od provozovatele), a vždy nese odpovědnost za jejich realizaci (cit. „PROVOZOVATEL INFORMAČNÍHO NEBO KOMUNIKAČNÍHO SYSTÉMU podle § 2 písm. g) zákona o kybernetické bezpečnosti, Verze 3.1, www.nukib.cz). Zadavatel ovšem v zadávací dokumentaci neuvádí, zdali je orgánem nebo osobou uvedenou v § 3 písm. c) až f) a ani neuvádí, jak je právní vztah mezi dodavatelem a zadavatelem z hlediska bezpečnosti informačního a komunikačního systému a o jaký informační nebo komunikační systém se jedná.

Pokud zadavatel nestanoví taxativní seznam konkrétních opatření a požadavků na součinnost, pak porušuje ustanovení § 36 odst. 3 věta první zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“), jelikož nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.

Jednotlivé dodavatelé mohou dojít k odlišným závěrům a definovat součinnost a bezpečnostní opatření v různém rozsahu, a zadavatel tak obdrží vzájemně neporovnatelné nabídky. Na základě výše uvedeného žádá dodavatel, aby zadavatel specifikoval konkrétní bezpečnostní opatření a potřebnou součinnost, nebo aby čl. 7.2 a 7.3 ze závazného návrhu smlouvy odstranil.

Odpověď zadavatele

Zadavatel jako povinný subjekt musí zohlednit požadavky na bezpečnostní opatření vyžadovaná zákonem č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (dále jen „ZoKB“) a vyhláškou č. 82/2018 Sb., o bezpečnostních opatřeních, kybernetických bezpečnostních incidentech, reaktivních opatřeních, náležitostech podání v oblasti kybernetické bezpečnosti a likvidaci dat (dále jen „VoKB“), a tyto požadavky zahrnout také přímo do smlouvy (§4 odst. 4). Zadavatel je srozuměn s tím, že ZoKB a VoKB obsahují převážně obecné zásady, přičemž uvedený požadavek na dodržování zásad bezpečnosti informací v souladu stanovený v čl.7.2 návrhu smlouvy má za cíl dosáhnout chování dodavatele dle nejlepší praxe v oblasti kybernetické bezpečnosti. Obdobně v případě požadavku na součinnost směřující k zavedení a provádění bezpečnostních opatření podle ZoKB a VoKB uvedeném v čl.7.3 návrhu smlouvy se může jednat o informační povinnost, spolupráci při řešení kybernetických bezpečnostních incidentů, poskytování součinnosti při auditu, a to takovým způsobem ze strany dodavatele, který neodporuje požadavkům ZoKB a VoKB. Zadavatel v rámci veřejné zakázky nestanovuje žádné další požadavky na zajištění kybernetické bezpečnosti mimo stanovený předmět plnění smlouvy. Stejně tak uváděné právní předpisy nestanoví, jakou kvalitu či úroveň bezpečnostních opatření má dodavatel v rámci nabídky nebo vlastního plnění smlouvy realizovat – parametry vždy závisí na vyhodnocení a řízení rizik při zohlednění konkrétního smluvního plnění, což je v kompetenci dodavatele s potřebnou odbornou způsobilostí.

Zadavatel se identifikuje jako osoba povinná podle § 3 ZoKB, přičemž v čl. 7.3 návrhu smlouvy požaduje řádné plnění povinností stanovené ZoKB, VoKB a VoVIS. Z uvedeného nad veškerou pochybnost vyplývá, že je jako orgán, uvedený v § 3 písm. e), správcem a provozovatelem významného informačního systému.

Otázka č. 2

Zadavatel v odst. 11.6 závazného návrhu smlouvy stanoví, že zaplacením smluvní pokuty není dotčeno právo zadavatele na náhradu škody v celém rozsahu. Dle názoru dodavatele je takový požadavek nepřiměřený. Nelze po dodavateli spravedlivě požadovat, aby nesl odpovědnost za případnou škodu v plné výši. Nelze z podstaty věci dopředu odhadnout, jak vysoká by mohla případná výše škody 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. Dodavatel by měl mít, vedle smluvní pokuty, pouze povinnost vyúčtovat cenu s přiměřenou slevou, jejíž výše by měla odpovídat zejména délce trvání a povaze vadného poskytování služby.

Požadavek na nijak nelimitovanou náhradu škody je nepřiměřený hodnotě veřejné zakázky. Tím dochází k porušení zásady přiměřenosti uvedené v § 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. 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 zvážil funkci náhrady škody při posuzování přiměřenosti výše náhrady škody a přihlédl k celkovým okolnostem úkonu, jeho pohnutkám a účelu, který byl zadavatelem sledován.

Odpověď zadavatele

Ustanovení odst. 11.6 smlouvy je zadavatelem ve smlouvách standardně užívané. Jednou ze základních povinností zadavatele je jednat s péčí řádného hospodáře, a tím i zajistit pokrytí eventuálních škod, jež by mu mohly vzniknout z porušení smluvního vztahu. Tato povinnost vyplývá z příslušných právních předpisů jako např. ze zákona o zadávání veřejných zakázek nebo rozpočtových pravidel, navíc dle zákona o finanční kontrole je zadavatel povinen dodržovat i zásadu 3E. Postup zadavatele je tak zcela v souladu s platnými právními předpisy, a tím i v souladu se zásadou přiměřenosti. Zadavateli proto nezbývá, než setrvat na původním znění odst. 11.6 smlouvy.

Otázka č. 3

Zadavatel v čl. 14.1 závazného návrhu smlouvy stanovil, že pokud během trvání účinnosti smlouvy Forge Rock Inc. změní licenční podmínky, je dodavatel o této změně neprodleně písemně informovat zadavatele. Zároveň ovšem zadavatel dále uvádí, že v případě rozporu licenčních podmínek uvedených v příloze č. 3 smlouvy či na webu ForgeRock Inc. s textem smlouvy nebo s přílohami č. 1 až 2 smlouvy, má přednost text smlouvy a přílohy č. 1 až 2 smlouvy. Dodavatel má za to, že oznámením změn licenčních podmínek společnosti Forge Rock Inc. logicky dojde k rozporu licenčních podmínek se smlouvou (a jejími přílohami). Pak by dodavatel předpokládal, že nově vydané licenční podmínky zadavatel akceptuje, jelikož na tuto změnu nemá dodavatel žádný vliv. Stejně tak nemůže dodavatel ve

smyslu čl. 14.2 závazného návrhu smlouvy garantovat, že nedojde po celou dobu trvání smlouvy k omezení uživatelských práv zadavatele, pokud dojde bez vůle dodavatele k úpravě produktů ForgeRock ze strany výrobce. Ve spojení dost. 14.1 a 14.2 závazného návrhu smlouvy s ustanovením odst. 15.10 (podle kterého na sebe má dodavatel vzít riziko změny okolností mj. v souvislosti s požadavky na poskytování služeb) se dodavatel může dostat do neřešitelné situace, kdy se pro něj plnění stane nemožným bez práva obnovit jednání o smlouvě pro zvlášť hrubý nepoměr v právech a povinnostech smluvních stran.

Pokud dodavatel na sebe tyto rizika převezme, promítne se to bezdůvodně a nepřiměřeně do výše nabídkové ceny. Dodavatel se zároveň může dostat do situace, kdy nebude možné dále služby poskytovat za podmínek stanovených zadavatelem ve smlouvě, zadavatel od smlouvy neodstoupí, a bude opakovaně aplikovat smluvní pokutu ve výši 0,05 % z ceny za roční plnění včetně DPH za porušení smlouvy ze strany dodavatele. V tom případě by se plnění pro dodavatele stalo nemožným, a závazek by zanikl. Dodavatel apeluje na zadavatele, aby tyto skutečnosti zvážil, a promítl je do závazného návrhu smlouvy.

Upraví zadavatel čl. 14.1 a 14.2 závazného návrhu smlouvy tak, aby byl dodavatel schopen tyto požadavky splnit? Dodavatel se dále ptá, jestli v případě změny licenčních podmínek ze strany výrobce musí být ve smyslu čl. 15. 11 uzavřen dodatek ke smlouvě.

Odpověď zadavatele

Předmětem smlouvy je zajištění licenční a servisní podpory výrobce ForgeRock v úrovni a v rozsahu uvedeném v této Smlouvě a na portále výrobce <http://www.forgerock.com>, a zároveň za podmínek uvedených v licenčních podmínkách výrobce, jež tvoří Přílohu č. 3 Smlouvy. Případné oznámení změn licenčních podmínek společnosti Forge Rock tak nepředstavuje rozpor licenčních podmínek výrobce se smlouvou (včetně jejích příloh).

Zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky nakupuje služby licenční podpory za stanovených licenčních podmínek, které primárně slouží k zajištění odpovídající funkčnosti autorizačních služeb v komunikační infrastruktuře, včetně integrovaných webových aplikací a jednotného přihlášení uživatelů, a to na období 3 let. Pokud by mělo dojít k natolik zásadní změně licenčních podmínek výrobce, že by nebylo možné naplnit uvedený účel smlouvy, bylo by nutné situaci vyřešit jednáním s dodavatelem, aby bylo možné ze strany dodavatele pokračovat v plnění v souladu s původním účelem smlouvy. Vzhledem k obvyklé praxi výrobců avizovat významné změny licenčních podmínek v dostatečně dlouhém časovém předstihu se však nejedná o příliš pravděpodobný scénář. Z tohoto důvodu Zadavatel trvá na původním znění návrhu smlouvy.

S ohledem na charakter vysvětlení zadávací dokumentace se zadavatel rozhodl ponechat původní lhůtu pro podání nabídek. Nabídky je tedy možné podat do 26. 7. 2022 do 12:00 hodin.

V Praze dne 15. 7. 2022

Česká republika – Ministerstvo zemědělství

Ing. Romana Polanecká
oddělení veřejných zakázek

