

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE Č. 1

Název veřejné zakázky: Zajištění a konsolidace licenční podpory softwarových produktů Red Hat

Druh zadávacího řízení: Otevřené řízení dle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek („ZZVZ“)

Zadavatel: Česká republika – Ministerstvo zemědělství

Sídlem: Těšnov 65/17, 110 00 Praha 1 – Nové Město

Zastoupený: Ing. Vladimírem Velasem, ředitelem Odboru informačních a komunikačních technologií

IČO: 00020478

Česká republika – Ministerstvo zemědělství jako zadavatel výše uvedené veřejné zakázky obdržel dne 17. 08. 2022 žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. Níže uvádíme její úplné znění společně s odpovědí zadavatele.

Otázka č. 1

Zadavatel požaduje garanci, že v průběhu trvání smlouvy nedojde k takovým změnám v poskytování služeb Red Hat Subscription, které by vedly ke snížení kvality a rozsahu poskytovaných služeb, a že případné změny v poskytování služeb nebudou podstatnou změnou závazku ve smyslu § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“). Dodavatel rovněž přebírá podle § 1765 občanského zákoníku riziko změny okolností, zejména v souvislosti s cenou za poskytnuté plnění, tj. za poskytování Red Hat Subscription a podmínkami poskytování Red Hat Subscription v kvalitě definované v odstavci 3.1 smlouvy. Poruší-li navíc dodavatel kteroukoli povinnost dle smlouvy, je povinen zaplatit smluvní pokutu ve výši 10.000,- Kč za každé porušení takové povinnosti. Poruší-li dodavatel takovou povinnost opakovaně, zavazuje se smluvní pokutu dle předchozí věty zaplatit opakovaně. Tím není dotčeno právo zadavatele na náhradu škody a nemajetkové újmy v plném rozsahu.

Dodavatel uvádí, že poskytování služeb se řídí jednostrannými podmínkami společnosti Red Hat, Inc a není v silách dodavatele vyjednat se společností Red Hat, Inc podmínky, které požaduje zadavatel. Jinými slovy nemůže dodavatel garantovat, že nedojde ke změnám okolností nebo podmínek poskytování služeb ze strany Red Hat, Inc. 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 10.000 Kč 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.

Odpověď zadavatele

Předmětem smlouvy je zajištění Red Hat Subscription k produktům Red Hat za podmínek a v rozsahu blíže specifikovaných v této Smlouvě a v **Příloze č. 1** této Smlouvy. Rozsah Red Hat Subscription (zejména Software Subscription a Support Subscription) včetně podmínek, za kterých bude tato služba poskytována, je dále specifikován na on-line portále výrobce: <http://www.redhat.com> přičemž tento rozsah a podmínky ke dni podpisu této Smlouvy jsou uvedeny i v **Příloze č. 3** této Smlouvy. Případné oznámení změn licenčních podmínek společnosti Red Hat tak nepředstavuje rozpor licenčních podmínek výrobce se smlouvou (včetně jejích příloh). Povinnost, stanovená v čl. 3.1 návrhu smlouvy se zejména týká informační povinnosti Poskytovatele o takových připravovaných změnách licenčních podmínek předem písemně informovat Objednatele s návrhem řešení.

Zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky nakupuje za stanovených licenčních podmínek služby licenční podpory, jež slouží k zajištění infrastrukturní Linux platformy pro provoz klíčových agendových aplikací a registrů, včetně portálového řešení MZe s garantovanou dostupností a v souladu s platnou legislativou i licenčními podmínkami poskytovatele licencí, a to na období 3 let. Cílem jednorázového nákupu na delší časové období je eliminace rizika možného zdražování služeb a produktů, a také riziko případné nestability v politické, výrobní a globální logistické oblasti, které by se mohlo promítnout do uvažování poskytovatele licencí. Nákupem předplatného tak zadavatel primárně omezuje riziko možného přechodu na nákladově méně výhodný subskripční model.

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. Zadavatel tak trvá na původním znění návrhu smlouvy.

Otázka č. 2

Dle čl. 8.6 resp. 8.7 závazného vzoru smlouvy se dodavatel zavazuje poskytnout zadavateli veškerou součinnost nezbytnou k tomu, aby zadavatel řádně naplňoval právní povinnosti stanovené zákonem o kybernetické bezpečnosti (ZoKB), vyhláškou o kybernetické bezpečnosti (VoKB), vyhláškou č. 317/2014 Sb., o významných informačních systémech a jejich určujících kritériích, ve znění pozdějších předpisů (VoVIS). Zejména se dodavatel zavazuje poskytnout zadavateli součinnost směřující k zavedení a provádění bezpečnostních opatření podle uvedených právních předpisů. Jestliže vznikne v souvislosti se zavedením a prováděním bezpečnostních opatření podle právních předpisů uvedených v předchozím odstavci potřeba formulovat příslušná ujednání v rámci Prováděcí smlouvy, zavazuje se dodavatel poskytnout veškerou součinnost nezbytnou k formulaci takových ujednání a uzavření Prováděcí smlouvy v příslušném znění. Vznikne-li taková potřeba po uzavření Prováděcí smlouvy, zavazuje se Dodavatel k obdobné součinnosti směřující k uzavření odpovídajícího dodatku k Prováděcí smlouvě.

VoVIS neobsahuje žádné právní povinnosti, které by měl zadavatel (natož dodavatel) naplňovat. Ohledně bezpečnostních opatření dodavatel dodává, že ZoKB a VoKB nejsou právními normami, u kterých lze bez dalšího stanovit, zdali je vybraný dodavatel dodržuje nebo nedodržuje. Resp. ZOKB a VOKB neobsahují konkrétní bezpečnostní opatření, které by mohl dodavatel dodržovat.

Podle § 4 odst. 4 ZoKB platí, že orgány a osoby uvedené v § 3 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 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 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).

Pokud zadavatel nestanoví konkrétní bezpečnostní opatření, pak porušuje ustanovení § 36 odst. 3 věta první 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 požadovanou součinnost v různém rozsahu, a zadavatel tak obdrží vzájemně neporovnatelné nabídky. Jelikož zadavatel jako povinná osoba nestanovil konkrétní opatření, pak porušuje ustanovení § 36 odst. 3 věta druhá, jelikož přenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

Dodavatel dále nerozumí pojmu „Prováděcí smlouva“, ke které má být uzavírán dodatek. Dodavatel chápe potřebu zadavatele na poskytnutí součinnosti ohledně kybernetické bezpečnosti, ovšem bez vymezení takové součinnosti se dodavatel dopředu zavazuje uzavřít dodatek (resp. prováděcí smlouvu)

bez předem známého obsahu. Tím se čl. 8.6 resp. 8.7 závazného vzoru smlouvy stávají smlouvou o smlouvě budoucí. Obsah takové budoucí smlouvy (včetně podstatných náležitostí pro daný smluvní typ) musí být dle § 1785 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ujednán alespoň obecným způsobem. V takové smlouvě musí být dohodnuty podstatné náležitosti smlouvy (§ 50a občanského zákoníku), jelikož občanský zákoník nečiní rozdíl mezi smlouvou předběžnou a definitivní. Dodavatel apeluje na zadavatele, aby tyto skutečnosti zvážil a promítl je do závazného návrhu smlouvy.

Dodavatel upozorňuje zadavatele, že odpovědí na tento dotaz nemůže být, že parametry úrovně bezpečnostních opatření má dodavatel v rámci nabídky nebo vlastního plnění smlouvy realizovat, a že vždy závisí na vyhodnocení a řízení rizik při zohlednění konkrétního smluvního plnění, což má být v kompetenci dodavatele s potřebnou odbornou způsobilostí. Znění zákona o kybernetické bezpečnosti a citované metodika NÚKIB ovšem vysloveně tvrdí pravý opak, tedy, že veškerými informacemi musí disponovat správce systému (cit. „PROVOZOVATEL INFORMAČNÍHO NEBO KOMUNIKAČNÍHO SYSTÉMU podle § 2 písm. g) zákona o kybernetické bezpečnosti, Verze 3.1, www.nukib.cz).

Dodavatel se tedy pro vyloučení pochybností ptá, zda zadavatel v rámci veřejné zakázky nestanovuje žádné další požadavky na zajištění kybernetické bezpečnosti mimo stanovený předmět plnění smlouvy, a že zadavatel nebude po dodavateli v rámci plnění smlouvy požadovat žádná další bezpečnostní opatření kromě těch, které dodavatel jako odborník zavede ze své vlastní iniciativy.

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, 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 (dále jen „VoKB“), a tyto požadavky zahrnout také přímo do smlouvy (§4 odst. 4 ZoKB). 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 odst. 8.6. 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 odst. 8.7. 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. Zadavatel tak rovněž v odst. 8.6. až 8.8. návrhu Smlouvy zavazuje Poskytovatele k součinnosti, nikoli k uzavření budoucí smlouvy.

Pro vyloučení pochybností Zadavatel uvádí, že v rámci veřejné zakázky nestanovuje žádné další požadavky na zajištění kybernetické bezpečnosti mimo stanovený předmět plnění smlouvy, a že zadavatel nebude po dodavateli v rámci plnění smlouvy požadovat žádná další bezpečnostní opatření kromě těch, které dodavatel jako odborník zavede ze své vlastní iniciativy.

K další části dotazu Zadavatel uvádí, že v závazném návrhu smlouvy, konkrétně v čl. 8.8. došlo nedopatřením k administrativní chybě při kopírování textu. V článku 8.8. se nahrazuje pojem „Prováděcí smlouva“ pojmem „Dodatek“. Poslední věta článku se ruší. Zadavatel zveřejňuje aktualizované znění návrhu smlouvy; opravený odstavec 8.8. tak nově zní:

8.8 Jestliže vznikne v souvislosti se zavedením a prováděním bezpečnostních opatření podle právních předpisů uvedených v předchozím odstavci potřeba formulovat příslušná ujednání v rámci **Dodatku k této Smlouvě**, zavazuje se Poskytovatel poskytnout veškerou součinnost nezbytnou k formulaci takových ujednání a uzavření **Dodatku** v příslušném znění. ~~Vznikne-li taková potřeba po uzavření Dodatku, zavazuje se Poskytovatel k obdobné součinnosti směřující k uzavření odpovídajícího dodatku k Prováděcí smlouvě.~~

Otázka č. 3

Zadavatel v odst. 10.8 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 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 zvážil funkci náhrady škody při posuzování přiměřenosti výše náhrady škody a přihlédl k celkovým okolnostem úkonu, jeho pohnutkám a účelu, který byl zadavatelem sledován.

Dodavatel si je vědom toho, že 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, nicméně z toho automaticky nevyplývá povinnost požadovat neomezenou náhradu škody po dodavateli ve veřejné zakázce. 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. Takto bude zadavatel z veřejných prostředků sanovat náklady na risk budget. Pokud bude zadavatel tyto náklady přenášet na dodavatele, pak měl zadavatel tyto náklady zakalkulovat do předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a navýšit ji.

Odpověď zadavatele

Ustanovení odst. 10.8. 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. 10.8. smlouvy.

S ohledem na charakter vysvětlení zadávací dokumentace se zadavatel rozhodl ponechat původní lhůtu pro podání nabídek. Nabídky je tedy možné podat do 2. 9. 2022, 10:00.

V Praze, datum dle el. podpisu

Česká republika – Ministerstvo zemědělství

Ing. Vladimír Velas

ředitel Odboru informačních a komunikačních technologií