

Vysvětlení / doplnění / změna zadávací dokumentace č. 2

Veřejná zakázka:	„Poskytování telekomunikačních služeb pro Královéhradecký kraj“
Ev. č. VVZ:	Z2022-025299
Centrální zadavatel:	Královéhradecký kraj, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové, IČO 708 89 546 (dále tak jen „zadavatel“)
Způsob zadání:	Otevřené nadlimitní řízení veřejné zakázky na služby podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)

Zadavatel poskytuje vysvětlení / doplnění / změnu zadávací dokumentace v souladu s § 98 a 99 zákona na základě předchozí žádosti dodavatele.

Dotaz č. 1

Zadavatel vydal dne 28. 7. 2022 vysvětlení zadávací dokumentace č. 1. V odpovědi na dotaz č. 17 zadavatel uvedl, že ustanovení zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, v platném znění § 64 odst. 12 (dále jen „ZoEK“) je s ohledem na test kogentnosti právních norem dispozitivním ustanovením a je tedy možné, aby tuto odpovědnost na sebe poskytovatel smluvně převzal, přičemž v rámci smluv s obdobným předmětem plnění se jedná o standardní ustanovení, které zadavatel měl obsaženo již v předchozích veřejných zakázkách.

Dodavatel se neztotožňuje s názorem zadavatele, že se v případě § 64 odst. 12 jedná o dispozitivní ustanovení (ačkoliv se dodavatel s tímto nesprávným názorem již setkal). Předmětný odstavec neobsahuje žádnou formulaci, ze které by se její dispozitivnost dalo vyvozovat (kupř. „nehodnou-li se strany jinak“ apod.). Dispozitivnost daného ustanovení se dá vykládat pouze v tom rozsahu, že poskytovatel služeb elektronických komunikací škodu uhradí, přestože k tomu není povinen.

Dodavatel dodává, že i kdyby se s argumentací zadavatele ztotožnil, přesto nelze odst. 6.7 závazného návrhu rámcové dohody akceptovat, a to z následujících důvodů:

Jedná se o požadavek nepřiměřený. Nelze po dodavateli spravedlivě požadovat, aby nesl odpovědnost za případnou škodu v případě nedostupnosti služby. Vzhledem k širokému předmětu veřejné zakázky a vysokému počtu účastníků rámcové dohody (a s různým předmětem jejich činnosti) nelze z podstaty věci dopředu odhadnout, jak vysoká by mohla být případná škoda vzniklá nedostupností služby. 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 dokonce 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 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 vzniklé nedostupností služby je nepřiměřený povaze, účelu a předmětu 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 upozorňuje zadavatele, že mobilní služby navíc nelze nijak garantovat, a nelze tedy nést odpovědnost za škodu pro případ výpadku (samotná smluvní pokuta jako paušální náhrada škody je dostatečným instrumentem k zajištění závazku dodavatele). Stoprocentního stabilního pokrytí, tedy stavu, kdy je trvale a bez přerušení k dispozici elektromagnetické pole příslušného signálu o potřebné úrovni intenzity, nelze dosáhnout, nebo ho lze dosáhnout jen náhodou a nelze ho zaručit. Elektromagnetické pole vzniká technickými zařízeními a šíří se vnějším prostředím. Přitom žádnou kombinací technických či jiných opatření nelze zajistit stoprocentní spolehlivost žádného zařízení, což vyplývá z elementární teorie spolehlivosti; současně vnější prostředí, kterým se šíří elektromagnetické pole, nemá jednoznačně a trvale definovatelné (stabilní) parametry. Dodavatel musí „vsadit“ na naději, že stabilní stoprocentní dostupnosti dosáhne (nebo že se nezjistí opak), aniž by pro to mohl něco konkrétního učinit; kombinací různých opatření se může požadovanému stavu pouze přiblížit.

Zadavatel na jednu stranu požaduje v případě nedostupnosti služby smluvní pokutu včetně neomezené náhrady škody, ale nepřizpůsobil těmto svým nárokům zadávací podmínky. Zadavateli tedy očividně na stoprocentní dostupnosti služeb elektronických komunikací velmi záleží (jelikož chce vymáhat případnou škodu v plné výši) ovšem zadavatel nepožaduje explicitně po dodavatelích zajištění maximální zálohy všech služeb, resp. k zálohování veškerých služeb nutí dodavatele tím, že odmítá akceptovat ustanovení § 64 odst. 12 ZoEK. Dle názoru dodavatele tím zadavatel porušuje zásadu přiměřenosti. Zadavatel si tímto postupem defacto pořizuje „pojištění“ pro případ, že vybraný dodavatel podstoupí toto neúměrné riziko, a bude mu zpětně hradit smluvní pokuty a náhradu škody ve vzniklých případech nedostupnosti a vzniku škody (kterým, jak je uvedeno výše, nelze nijak zabránit).

Dodavatel upozorňuje zadavatele, že jedinou teoretickou 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. 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.

Dodavatel se pozastavuje nad argumentací, že v rámci smluv s obdobným předmětem plnění se jedná o standardní ustanovení, které zadavatel měl obsaženo již v předchozích veřejných zakázkách. Ovšem častá existence nějakého jevu automaticky přeci neznamená jeho správnost. Naopak se tímto jevem

dá vysvětlit, proč veřejní zadavatelé nedokážou mnohdy vysoutěžit služby za odpovídající cenu (jelikož dodavatelé kalkulují rizika do nabídkových cen).

Dodavatel má za to, že ke stanovení odpovědnosti za škodu v případě nedostupnosti 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 v tomto případě požadavek na náhradu škody nepřiměřený. 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. Jinak se zadavatel může dostat do situace, kdy tato zadávací podmínka způsobí menší počet odevzdaných nabídek.

Odpověď na dotaz č. 1

Součástí tohoto dokumentu je upravený návrh rámcové dohody (příloha č. 6 zadávacích podmínek), který nahrazuje původní přílohu č. 6 zadávacích podmínek uveřejněnou na profilu zadavatele ke dni uveřejnění tohoto dokumentu.

Zadavatel upozorňuje, že dodavatel je povinen podat nabídku ve znění všech změn provedených zadavatelem v průběhu lhůty pro podání nabídek.

Místo a lhůta pro podání nabídek

Lhůta pro podání nabídek se prodlužuje v souladu s § 99 odst. 2 zákona tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

Nově lhůta pro podání nabídek končí dne 8. 9. 2022 v 10:00 hod.

Příloha:

Příloha č. 6 – rámcová dohoda ke dni 3. 8. 2022

Za zástupce zadavatele na základě pověření

V Hradci Králové