

Dodatečné informace č. 7

Název veřejné zakázky:	„Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro období 1. 10. 2015 – 31. 12. 2017“
Uveřejněna:	Ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 5. 2015 pod evidenčním číslem 404517 a v Úředním věstníku Evropské unie (TED) dne 13. 05. 2015 pod značkou 2015/S 092-165845
Zadavatel:	Česká republika – Ministerstvo financí
Sídlo:	Letenská 15/525, Praha 1
IČ:	00006947
DIČ:	CZ00006947
Osoba oprávněná jednat za zadavatele:	Ing. Andrej Babiš, 1. místopředseda vlády a ministr financí

Zadavatel v souladu s ustanovením § 49 zákona 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) poskytuje tyto dodatečné informace:

Přesné znění dotazů:

Opakovaně jsme podrobili zadávací podmínky této veřejné zakázky detailnímu (jak technickému, tak právnímu) posouzení, při kterém jsme identifikovali některá ustanovení závazného vzoru Smlouvy o poskytování služeb podpory provozu IISSP, který je přílohou č. 3 zadávací dokumentace veřejné zakázky (dále jen „**Smlouva**“), která jsou podle našeho názoru formulována nadbytečně široce či naopak ve Smlouvě absentují a reálně tak znemožňují některým dodavatelům podat nabídku na plnění této veřejné zakázky.

Takovými ustanoveními podle našeho názoru jsou:

- ustanovení odst. 10.3 Smlouvy, podle kterého se poskytovatel zavazuje, že na objednatele převede oprávnění k výkonu majetkových práv v souladu s § 58 odst. 1 autorského zákona ke všem součástem plnění, ke kterému je poskytovatel podle Smlouvy povinen;
- ustanovení odst. 10.4 Smlouvy, podle kterého je poskytovatel povinen poskytnout objednateli výhradní licenci k autorským dílům vzniklým na základě plnění Smlouvy, nelze-li převést oprávnění dle předchozího bodu; a
- absence smluvní limitace náhrady škody a sankcí.

Ve věci uvedených ustanovení jsme vznesli dodatečné dotazy k zadávacím podmínkám a navrhovali jejich adekvátní úpravu. Zadavatel odmítnutí úprav ve vztahu ke skutečnostem ad a) a b) shora odůvodnil tak, že systém IISSP je natolik kritickým systémem, že si zadavatel nedokáže představit situaci, kdy by jednotlivé prvky, a zvláště ty, které se mohou týkat bezpečnosti celého systému, mohly být poskytovány i dalším osobám, a že by mělo poskytnutím výhradní licence či dokonce převedením oprávnění k výkonu majetkových práv dojít k omezení budoucí svobodné podnikatelské činnosti či k poškození obchodních zájmů. Třetí úprava (ad c) shora) byla odmítnuta z důvodu toho, že systém IISSP je natolik zásadním systémem, že jsou stanoveny poměrně přísné pokuty v případě neplnění parametrů SLA, absence limitace náhrady újmy a sankcí je stanovena přesně podle charakteru a smyslu systému IISSP, a že zadavatel je vázán zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku ČR, který nepřipouští budoucí vzdání se práva na náhradu škody a sankcí, a to ani ve formě limitace.

Jakkoliv plně respektujeme názor zadavatele, dovolujeme si níže srovnat smluvní úpravu těchto ustanovení v předchozích smlouvách uzavíraných ze strany zadavatele v souvislosti s vytvořením a provozem systému IISSP:

- v odst. 3.1 Přílohy č. 1 (Licenční smlouva) Smlouvy o dodávce integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) a souvisejících služeb ze dne 22. 12. 2008 je k systému IISSP udělena licence nevýhradní; a dále

- v čl. XII odst. 1 písm. i) Smlouvy o poskytování služeb ze dne 22. 03. 2013 (dále jen „**První smlouva provozní**“) je udělena licence nevýhradní; a dále
- v odst. 10.5 Smlouvy o poskytování služeb podpory provozu IISSP ze dne 18. 04. 2014 (dále jen „**Druhá smlouva provozní**“) je udělena licence nevýhradní; a dále
- v čl. IX odst. 2 písm. a) První smlouvy provozní je uvedeno, že úhrnná výše škody, jež by mohla vzniknout, je omezena na částku rovnající se ceně plnění dle této smlouvy; a dále
- v odst. 15.6 Druhé smlouvy provozní je uvedeno, že výše náhrady škody, kterou bude smluvní strana povinna uhradit, nepřekročí celkovou částku za poskytování služeb po dobu trvání této smlouvy.

Z textace uvedených ustanovení vyplývá, že v těchto smlouvách nebyla takto extenzivní práva (jako v případě Smlouvy) zadavatelem požadována.

Ke skutečnostem ad a) a b) shora Jakkoliv dodavatel nepochybně zásadní význam systému IISSP pro celou Českou republiku, určitě se nabízí otázka, proč zadavatel požaduje postoupení oprávnění k výkonu majetkových práv či výhradní licenci právě a jenom k té části systému IISSP, která může potenciálně vzniknout na základě plnění Smlouvy, když ve zbytku disponuje ve vztahu k systému IISSP licencí nevýhradní. Dodavatel má tak za to, že aplikováním stávající textace by bylo dosaženo stavu, kdy zadavatel bude mít k marginální části systému IISSP licenci výhradní a v (převážném zbytku) by zadavatel disponoval licencí nevýhradní. Tato situace by dle přesvědčení dodavatele s ohledem na komplexitu systému IISSP znamenala právní nemožnost určit vzniklé licenční rozhraní v rámci systému IISSP a práva vzniklá na základě Smlouvy by z tohoto důvodu byla v zásadě nevymahatelná.

Dodavatel je obeznámen se způsobem a povahou plnění dosavadních smluv a je přesvědčen, že při plnění Smlouvy bude v převážné většině případů docházet ke změně či úpravám autorských děl vytvořených v minulosti předchozími dodavateli, ke kterým zadavatel disponuje toliko licencí nevýhradní. Jak vyplývá z autorského zákona, nemůže budoucí dodavatel změnou autorského díla předchozího dodavatele v budoucnu rozšířit licenční oprávnění zadavatele k takovému dílu z nevýhradní licence na licenci výhradní. Dále je třeba uvést, že pokud kterékoliv entita svá práva v uvedeném smyslu postupuje či uděluje výhradní licenci, ztrácí tímto možnost s výsledkem své duševní činnosti jakkoliv dále vládnout. Taková skutečnost se pak zcela po právu projevuje na úvaze dodavatele o ceně poskytovaného plnění.

Shrneme-li shora uvedené, dojdeme k tomu, že pokud by zadavatel ponechal textaci uvedených ustanovení Smlouvy ve stávajícím znění, nastane situace, kdy:

- bude disponovat bez jakéhokoli důvodu a jakékoliv přidané hodnoty z tohoto jednání výhradní licencí pouze k minoritní části systému IISSP, ve zbytku pak licencí nevýhradní;
- s ohledem na komplexitu systému IISSP a práv k němu se vztahujících bude z jeho strany výhradní právo právě k této části systému IISSP naprosto nevymahatelné;
- může tato skutečnost mít vliv na úvahu dodavatelů o výši nabídkové ceny.

Jakkoliv je třeba dát zadavateli za pravdu o zásadní roli systému IISSP a chápat jeho snahu o ochranu dosavadních investic do systému IISSP, jeho požadavky formulované ustanoveními 10. 3 a 10. 4 Smlouvy jsou velmi extenzivní a nadbytečné a nezakládají se na jeho reálné potřebě.

Naopak, pokud by zadavatel upravil zadávací podmínky veřejné zakázky dále uvedeným způsobem, dojde ke sjednocení licenčního režimu celého systému IISSP v souladu se všemi předchozími smlouvami souvisejícími se systémem IISSP, závazek poskytnutí nevýhradní licence bude pro zadavatele vymahatelný a současně se zadavatel bude se chovat s péčí řádného hospodáře a bude šetrný při vynakládání veřejných prostředků – nebude požadovat nadbytečná plnění.

Nad rámec výše uvedeného by tyto úpravy měly zjevně pozitivní vliv na otevřenost soutěže mezi dodavateli, kteří jsou reálně schopni plnit předmět této veřejné zakázky, neboť dle povědomí dodavatele není žádný z autorizovaných SAP VAR partnerů, resp. smluvních partnerů společnosti SAP s oprávněním k poskytnutí sublicence k Software SAP (včetně společnosti SAP ČR, spol. s r.o. samotné) na základě stávajících smluvních závazků vůči společnosti SAP SE oprávněn poskytnout koncovým uživatelům produktů SAP výhradní licenci, resp. postoupit výkon majetkových autorských práv k autorským dílům založeným na produktech SAP. Pokud by zadavatel trval na stávajícím znění Smlouvy, není žádný z autorizovaných SAP VAR partnerů schopen podat nabídku na plnění veřejné zakázky, a pokud by přeci jen nabídku podal, učiní tak s plným vědomím, že musí porušit své smluvní závazky vůči společnosti SAP. Je zároveň nepochybné, že plnění takového dodavatele by trpělo právními vadami.

Věříme, že rozhodně není záměrem zadavatele nastolit protiprávní stav, resp. jsme přesvědčeni, že zadavatel nehodlá riskovat a svěřit správu tak kritického informačního systému dodavateli, který není autorizovaným reseller partnerem společnosti SAP SE, a proto zdvořile prosíme zadavatele o zvážení našich dotazů položených níže ve světle předchozí argumentace.

Ke skutečnosti ad c) Je všeobecně známo, že na trhu, z kterého se rekrutují potenciální uchazeči o plnění veřejné zakázky, se pohybují dodavatelé (mezi které se řadí dodavatel), kteří jsou více než kvalifikovaní pro plnění veřejné zakázky, nicméně mají vnitropodniková pravidla nastavena tak, že nesmí uzavírat smlouvy,

ve kterých není obsažena limitace náhrady škody a sankcí, a pokud, tak se značnými obtížemi, resp. s výrazným dopadem na cenu.

Jakkoliv je samozřejmě ekonomickým právem zadavatele trvat na tom, aby ve Smlouvě taková limitace nebyla obsažena, je třeba uvést, že tento požadavek je způsobilý nést prvky nerovného zacházení s některými dodavateli. Pokud by zadavatel do Smlouvy zakotvil limitaci v uvedeném smyslu, nestavěl by některým dodavatelům neodůvodněné překážky a bezesporu by se zachoval jako řádný hospodář a šetrně by vynakládal veřejné prostředky, neboť platí, že pokud taková limitace není ve Smlouvě obsažena, dodavatelé pozitivně zohlední limitované riziko v nabídkové ceně.

Máme za to, že uvedenou úpravu by měl zadavatel zvážit i s ohledem na to, že obdobné smlouvy, jako je nyní zadavatelem uzavírána, tj. První i Druhá smlouva provozní limitaci náhrady škody a sankcí obsahovaly, a to i přesto, že systém IISSP je natolik zásadním systémem, že byly stanoveny poměrně přísné pokuty v případě neplnění parametrů SLA, a že zadavatel je vázán zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku ČR, ve znění pozdějších předpisů.

Z veřejně dostupných zdrojů má dodavatel též za to, že od samého vzniku systému IISSP nedošlo ke vzniku škody, která by se byť jen blížila limitaci uvedené v První i Druhé smlouvě provozní, a je tak poněkud překvapivé, že zadavatel ve Smlouvě nyní tuto limitaci nezahrnul.

S ohledem na vše shora uvedené tímto dodavatel ve smyslu § 49 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, předkládá svojí žádost o poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám:

Dotaz č. 1: (odst. 10.3 a 10.4 Smlouvy)

Upraví zadavatel zadávací podmínky veřejné zakázky nepodstatným způsobem tak, že:

- bez náhrady vypustí ustanovení odst. 10.3 Smlouvy; a zároveň
- upraví ustanovení odst. 10.4 Smlouvy v tom smyslu, že poskytovatel bude povinen udělit nevýhradní licenci, tak, že na všech místech dotčeného ustanovení nahradí výraz „výhradní“ za „nevýhradní“?

Pokud zadavatel dojde k závěru, že našemu požadavku nevyhoví, dovoluujeme si ho požádat o ucelenou odpověď a reakci na všechny skutečnosti uvedené v této žádosti o poskytnutí dodatečných informací, ze které bude dodavateli zřejmý objektivní důvod ponechání uvedených ustanovení Smlouvy ve stávající textaci.

Odpověď:

Navrhovanou úpravu zadávací dokumentace týkající se odstranění odst. 10.3 smlouvy zadavatel neakceptuje.

Zadavatel akceptuje pouze úpravu ustanovení 10.4. smlouvy tak, že za první větu, která zní „Pakliže pro povahu autorského díla nelze na Objednatele převést oprávnění k výkonu majetkových práv podle předcházejícího článku, Poskytovatel se zavazuje k poskytnutí výhradní a časově neomezené licence k autorskému dílu vzniklému na základě plnění podle této Smlouvy.“ se vkládá následující věta: „V případě, že nelze oprávnění k výkonu majetkových práv převést prostřednictvím výhradní licence, bude toto oprávnění poskytnuto jako licence nevýhradní.“ Současně předposlední věta v odst. 10.4., která zní: „Licence k autorskému dílu je poskytována jako výhradní“ se doplňuje o další text: „nebo dle výše uvedeného jako nevýhradní“.

Po této úpravě odst. 10.4 nově zní takto:

„Pakliže pro povahu autorského díla nelze na Objednatele převést oprávnění k výkonu majetkových práv podle předcházejícího článku, Poskytovatel se zavazuje k poskytnutí výhradní a časově neomezené licence k autorskému dílu vzniklému na základě plnění podle této Smlouvy. V případě, že nelze oprávnění k výkonu majetkových práv převést prostřednictvím výhradní licence, bude toto oprávnění poskytnuto jako licence nevýhradní. Objednatel je oprávněn od okamžiku účinnosti poskytnutí licence k autorskému dílu užívat

toto autorské dílo v rozsahu, v jakém uzná za nezbytné, vhodné či přiměřené s ohledem na účel této Smlouvy. Pro vyloučení pochybností to znamená, že Objednatel je s ohledem na účel této Smlouvy oprávněn užívat autorské dílo v neomezeném územním rozsahu v rámci resortu Ministerstva financí ČR a pro dotčené subjekty veřejné správy, a to všemi v úvahu přicházejícími způsoby a s časovým rozsahem omezeným pouze dobou trvání majetkových autorských práv k takovému autorskému dílu. Součástí licence je neomezené oprávnění Objednatele provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny autorského díla tvořícího součást plnění dle této Smlouvy a dle svého uvážení do něj zasahovat, zapracovávat do dalších autorských děl, zařazovat do databází apod., a to přímo nebo prostřednictvím třetích osob. Objednatel je bez potřeby jakéhokoliv dalšího svolení Poskytovatele oprávněn udělit třetí osobě podlicenci k užití autorského díla nebo svoje oprávnění k užití autorského díla třetí osobě postoupit, avšak pouze za předpokladu, že tím bude docházet k užití autorského díla v souladu s účelem, pro který byl Software vytvořen. Licence k autorskému dílu je poskytována jako výhradní nebo dle výše uvedeného jako nevýhradní. Objednatel není povinen licenci využít.“

Dotaz č. 2: (článek 16 Smlouvy)

Upraví zadavatel zadávací podmínky veřejné zakázky nepodstatným způsobem tak, že do vzoru Smlouvy vloží nové ustanovení článku 16 limitující náhradu škody a sankcí např. následujícího (obdobného jako v Druhé smlouvě provozní) znění:

„Celková výše náhrady škody a celková výše sankcí, vzniknuvších v souvislosti s touto Smlouvou, kterou bude smluvní strana povinna uhradit, podléhá následujícím omezením:

- úhrnná předvídatelná škoda, jež by mohla vzniknout v souvislosti s poskytováním Služeb dle Smlouvy a úhrnná předvídatelná výše sankcí, jež by mohla vzniknout v souvislosti s poskytováním Služeb dle Smlouvy, může činit dohromady maximálně částku rovnající se celkové částce za poskytování Služeb po dobu účinnosti Smlouvy dle čl. 8.4 této Smlouvy.*
- Při stanovení rozsahu odpovědnosti je nezbytné zohlednit případný podíl druhé smluvní strany na vzniku škody či na porušení smluvní povinnosti.“?*

Pokud zadavatel dojde k závěru, že našemu požadavku nevyhoví, dovoluujeme si ho požádat o ucelenou odpověď a reakci na všechny skutečnosti uvedené v této žádosti o poskytnutí dodatečných informací, ze které bude dodavateli zřejmý objektivní důvod nevložení uvedeného ustanovení do Smlouvy.

Odpověď:

Navrhovanou úpravu zadávací dokumentace k zavedení limitace sankcí zadavatel neakceptuje, a to z důvodu nadbytečnosti. Stávající znění zadávací dokumentace již připouští limitaci sankcí. Konkrétně:

- článek 17.1.smlouvy limituje výši pokuty za nedodržení parametrů SLA maximálně cenou plnění za vyhodnocovací období (jedná se o tzv. měsíční paušální poplatek); výpočet pokuty za porušení SLA je dán přílohou č. 1 smlouvy – Technická specifikace služeb a SLA (bod 3.3. Konkrétní parametry SLA pro jednotlivé Služby) s vazbou na přílohu č. 2 zadávací dokumentace – víceúrovňová SLA parametry, která obsahuje limitaci pokuty v případě konkrétního porušení;*
- články 17.2. až 17.8. pevně stanoví výši pokuty v případě konkrétního porušení.*

Navrhovaná úprava zadávací dokumentaci k zavedení limitace škody (článek 16 smlouvy) je primárně ze strany zadavatele neakceptovatelná v plném rozsahu, a to v souladu

s ustanovením § 14 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb. o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.

Dotaz č. 3:

Součástí technických kvalifikačních předpokladů v článku 5.5 písm. e) je uvedena podmínka "e) součástí předmětu plnění poskytovaného dodavatelem nejméně jedné (1) takové významné služby bylo také poskytování služeb migrace informačního systému na novou verzi produktů platformy SAP."

Dle našeho názoru je toto znění nejasné, neboť není zřejmé, zda se jedná o migraci informačního systému SAP do nového prostředí HW infrastruktury a/nebo upgrade na novou verzi produktu platformy SAP.

Může zadavatel potvrdit, že původní formulací zamýšlel "migraci informačního systému SAP do nového prostředí HW infrastruktury a zároveň upgrade na novou verzi produktu platformy SAP" v rámci jedné významné služby?

Odpověď:

Ano, v původní formulaci v článku 5.5 písm. e) zamýšlel zadavatel "migraci informačního systému SAP do nového prostředí HW infrastruktury a zároveň upgrade na novou verzi produktu platformy SAP".

Dotaz č. 4:

V kap 5.5. Zadávací dokumentace -Technické kvalifikační předpoklady, písm. i), zní následovně:

i) Seznam alespoň pěti (5) významných služeb poskytnutých uchazečem v posledních třech (3) letech (tj. v období mezi dubnem 2012 a datem uveřejnění VZ) s uvedením jejich rozsahu, doby poskytnutí a názvu objednatele, jemuž byly služby poskytnuty.

Dle této formulace je rozhodné období pro poskytnutí významné služby **"v posledních třech (3) letech"** vnímáno jako **"období mezi dubnem 2012 a datem uveřejnění VZ"**.

Dle Dodatečné informace č. 4 bod 5.5. Zadávací dokumentace - Technické kvalifikační předpoklady, písm. i) nově zní:

„i) Seznam alespoň pěti (5) významných služeb poskytnutých uchazečem v posledních třech (3) letech v oblasti ICT s uvedením jejich rozsahu, doby poskytnutí a názvu objednatele, jemuž byly služby poskytnuty. Má se za to, že významná služba byla poskytnuta v posledních třech (3) letech, pokud splňuje alespoň jednu z následujících podmínek:”

Formulace „(tj. v období mezi dubnem 2012 a datem uveřejnění VZ)“ byla vypuštěna.

Může Zadavatel upřesnit jaké je rozhodné období pro poskytnutí významné služby **"v posledních třech (3) letech"** po vydání Dodatečné informace č. 4.

Odpověď:

Rozhodné datum pro poskytnutí významné služby "v posledních třech (3) letech" je dáno obdobím 36 měsíců předcházejících lhůtě pro podání nabídek, stanoveném v bodě 13.1 platné Zadávací dokumentace.

Informace zadavatele:

V souladu s § 40 odst. 3 zákona se prodlužuje lhůta pro podání nabídek do 14.9.2015 do 10:00 hodin.

Otevírání obálek se uskuteční dne 14.9.2015 v 10:30 hodin. Sraz účastníků bude dne 14.9.2015 v 10:25 hodin u recepce.

V Praze dne 6. 8. 2015

Ing. Andrej Babiš
ministr financí