

Vysvětlení a změna zadávací dokumentace č. 1

Zajištění podpory provozu a rozvoje sady chytrých cyklistických aplikací „Na kole Prahou“

zadávanou dle ust. § 56 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“)

Identifikační údaje zadavatele

| | |
|------------|------------------------------------|
| Zadavatel: | Operátor ICT, a.s. |
| Sídlo: | Dělnická 213/12, PSČ 17000 Praha 7 |
| IČO: | 02795281 |
| DIČ: | CZ02795281 |

Zadavatel v rámci shora označené veřejné zakázky obdržel dne 22. 10. 2021 níže uvedenou žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. V souladu s bodem 8. zadávací dokumentace tedy zadavatel poskytuje vysvětlení zadávací dokumentace, které zveřejňuje na profilu zadavatele.

Dotaz č. 1

1. Vzorový návrh smlouvy je „mixem“ již uzavřené prozatímní smlouvy s poskytovatelem Umotional s.r.o. a nového vzorového návrhu smlouvy

Tazatel v první řadě poukazuje na skutečnost, že zadavatelem uveřejněná Příloha č. 3 zadávací dokumentace – Vzorový návrh smlouvy obsahuje řadu nesrovnalostí neodpovídajících stávajícímu zadávacímu řízení na Veřejnou zakázku. Zejm. je tak ve vzorovém návrhu smlouvy jako vybraný dodavatel – poskytovatel již předem označena společnost Umotional s.r.o., IČO: 03974618, se sídlem Bělehradská 858/23, 120 00 Praha 2 (dále jen „Umotional“), přičemž jsou i vyplněny identifikační údaje této společnosti. Umotional je vývojářem a stávajícím poskytovatelem služeb podpory provozu a rozvoje systému „Na kole Prahou“ (dále jen „Systém“).

Dále dle odst. 1.3 předmětného vzorového návrhu smlouvy má být výsledný smluvní vztah uzavřen jako prozatímní, a to na základě výjimky udělené dle vlastních vnitřních předpisů zadavatele na dobu nezbytně nutnou do výběru nového poskytovatele služeb v souladu s pravidly stanovenými zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v z.p.p. (dále jen „ZZVZ“), přičemž smlouva údajně nepřekračuje rámec veřejné zakázky malého rozsahu dle § 27 ZZVZ. Vzorový návrh smlouvy pak obsahuje i další nesrovnalosti.

Zadavatel tak patrně při přípravě vzorového návrhu smlouvy vycházel ze Smlouvy o poskytování služeb podpory provozu a rozvoje cyklistických aplikací ze dne 25. 6. 2021, kterou v režimu zakázky malého rozsahu uzavřel se společností Umotional za účelem prozatímního poskytování služeb podpory provozu a rozvoje Systému. Tato smlouva je uveřejněna v registru smluv na následující adrese: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/17047439?backlink=nsx2x>.

Tazatel proto žádá zadavatele, aby pečlivě zrevidoval stávající vzorový návrh smlouvy a aby na profilu zadavatele uveřejnil nový vzorový návrh smlouvy, který bude odpovídat stávajícímu zadávacímu řízení na Veřejnou zakázku. Tazatel v tomto kontextu poukazuje zejm. na předvyplněné identifikační údaje společnosti Umotional jakožto vybraného dodavatele a poskytovatele, což může zavadat důvodné pochybnosti o nestrannosti zadavatele při stanovení zadávacích podmínek v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ.

Tazatel zároveň žádá zadavatele, aby současně s uveřejněním nového vzorového návrhu smlouvy adekvátně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, neboť dodavatelé budou nuceni znovu pečlivě prostudovat vzorový návrh smlouvy s ohledem na provedené změny a jejich reflexi v nabídkách.

Vysvětlení zadávací dokumentace poskytnuté zadavatelem

Zadavatel děkuje za upozornění. Jedná se o administrativní pochybení, které vzniklo uveřejněním neaktuální verze návrhu smluvního vztahu, kdy pochybení se týkalo pouze úvodního čl. 1 návrhu smlouvy.

Zadavatel tímto přikládá novou přílohu č. 3 k zadávací dokumentaci – Vzorový návrh smlouvy – který v plném rozsahu nahrazuje původní přílohu č. 3 zadávací dokumentace.

S ohledem na výše uvedené, kdy nedochází ke změně smluvních a obchodních podmínek, není z tohoto důvodu podstatné významné navýšení lhůty pro podání nabídek.

Dotaz č. 2

2. Zadavatel v rozporu se zákonem požaduje fyzický podpis a doručení NDA

Dle čl. 8 zadávací dokumentace Veřejné zakázky zadavatel poskytne dodavatelům Přílohy č. 5 – 7 zadávací dokumentace Veřejné zakázky (tj. technické přílohy popisující stávající Systém, které jsou pro tvorbu nabídky stěžejní) pouze oproti předložení podepsané dohody o mlčenlivosti (dále jen „NDA“) dle vzoru uvedeného v Příloze č. 8 zadávací dokumentace Veřejné zakázky. NDA je přitom dle požadavku zadavatele **„třeba doručit podepsané ze strany dodavatele osobně do sídla zadavatele ke kontaktní osobě této veřejné zakázky. Která obratem zajistí podpis na straně zadavatele a předá dodavateli požadované přílohy. S ohledem na důvěrnost předávaných informací je nezbytné, aby osoba, která osobně doručí podepsané NDA zadavateli měla zároveň i písemné zmocnění k úkonu převzetí dokumentace obsahující důvěrné informace zadavatele, není-li tato osoba členem statutárního orgánu dodavatele.“**

Zadavatel je přesvědčen, že tento požadavek zadavatele je v rozporu s pravidly uvedenými v § 211 ZZVZ. Dle § 211 odst. 1 ZZVZ totiž platí, že **„[k]omunikace mezi zadavatelem a dodavateli v zadávacím řízení a při zvláštních postupech podle části šesté probíhá písemně; není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, lze použít i ústní komunikaci, je-li obsah v dostatečné míře zdokumentován, zejména zápisy, zvukovými nahrávkami nebo souhrny hlavních prvků komunikace.“**

Dle § 211 odst. 3 ZZVZ pak **„[p]ísemná komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem musí probíhat elektronicky s výjimkou případů, kdy**

a) použití elektronické komunikace s ohledem na zvláštní povahu veřejné zakázky vyžaduje zvláštní nástroje, zařízení nebo formáty souborů, jež nejsou obecně dostupné nebo podporované obecně dostupnými aplikacemi; za obecně dostupné se nepovažují aplikace používané k popisu předmětu plnění, které používají formáty souborů, jež nelze zpracovat pomocí žádné jiné aplikace s otevřeným zdrojovým kódem nebo obecně dostupné aplikace, nebo se na ně vztahují komerčně poskytované licence a zadavatel je nemůže zpřístupnit pro stažení nebo používání na dálku,

b) použití elektronické komunikace vyžaduje zvláštní kancelářské vybavení, které zadavatelé běžně nemají k dispozici,

c) zadávací podmínky vyžadují předložení vzorků nebo modelů, které nemohou být předloženy za použití elektronické komunikace, nebo

d) použití jiné než elektronické komunikace je nezbytné z důvodu narušení zabezpečení elektronické komunikace nebo z důvodu ochrany zvláště citlivé povahy informací, přičemž požadovanou úroveň zabezpečení nelze řádně zajistit běžně dostupnými elektronickými nástroji nebo nástroji podle § 103 odst. 3.“

Zadavatel je přesvědčen, že ani jedna ze shora uvedených podmínek uplatnění výjimky z povinnosti elektronické komunikace mezi zadavatelem a dodavateli není naplněna. Podpis NDA a zpřístupnění technické dokumentace Systému zjevně nevyžaduje zvláštní nástroje, zařízení nebo formáty souborů, jež nejsou obecně dostupné nebo podporované obecně dostupnými aplikacemi ve smyslu definice dle § 211 odst. 3 písm. a) ZZVZ věty za středníkem, stejně tak nevyžaduje zvláštní kancelářské vybavení, které zadavatelé běžně nemají k dispozici.

V rámci zadávacího řízení Veřejné zakázky rovněž dodavatelé dle zadávací dokumentace nepředkládají žádné vzorky ani modely.

Dle přesvědčení tazatele pak není naplněna ani podmínka ad d) výše. Samotný podpis a doručení NDA směrem od dodavatelů k zadavateli jistě není úkonem vyžadujícím zvláštní utajení, neboť samotné NDA žádné důvěrné informace neobsahuje. Poskytnutí technických podkladů obsažených v Přílohách č. 5 – 7 zadávací dokumentace Veřejné zakázky pak dle zadavatele vyžaduje určitý stupeň utajení a obezřetnosti, nicméně tazatel je přesvědčen, že použití elektronického nástroje či datové schránky dostatečnou úroveň zabezpečení a utajení zajišťuje, neboť tento způsob komunikace je zadavateli k tomuto účelu běžně využíván. V neposlední řadě se tazatel nedomnívá, že by technická dokumentace Systému obsahovala materiálně natolik citlivé a tajné informace, pro které by nebylo možné k jejich poskytnutí využít standardních prostředků elektronické komunikace (elektronický nástroj, datová schránka).

Zadavatelův požadavek na fyzický podpis a osobní doručení NDA rovněž představuje porušení zásady přiměřenosti a zejm. rovného zacházení a zákazu diskriminace, neboť pro dodavatele se sídlem např. v Brně (tedy také pro tazatele) je zjevně mnohem komplikovanější dostavit se osobně do sídla zadavatele pouze za účelem předání podepsaného NDA a převzetí předmětných příloh zadávací dokumentace Veřejné zakázky, než tomu tak je např. pro dodavatele se sídlem v Praze či okolí. Ve spojení s velice krátkou lhůtou pro podání nabídek (k tomu viz níže) se pak tazatel opět nemůže ubránit dojmu, že zadavatel záměrně stanovuje zadávací podmínky tak, aby favorizoval jím preferovaného dodavatele – společnost Umotional, a naopak aby ostatním dodavatelům podání nabídky co nejvíce znesnadnil a znepríjemnil či přímo znemožnil.

Tazatel proto s ohledem na shora uvedené uvádí, že požadavek na fyzické vyhotovení a předání NDA, jakož i následné převzetí technické dokumentace Systému je rozporný s § 211 ZZVZ, jakož i se zásadami přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a proto žádá zadavatele, aby umožnil podpis a doručení NDA prostřednictvím elektronického nástroje či datové schránky, a aby stejným způsobem poskytl dodavatelům Přílohy č. 5 – 7 zadávací dokumentace Veřejné zakázky.

Vysvětlení zadávací dokumentace poskytnuté zadavatelem

Zadavatel nesouhlasí se závěry tazatele, neboť se zejména nezabývá problematikou ochrany zdrojových kódů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, které zadavatel uchovává pod přílohou č. 7 zadávací dokumentace. Zdrojové kódy samy o sobě nelze slučovat s obecnou technickou specifikací, byť tato také podléhá specifické ochraně. Zdrojové kódy spadají do odlišného, přísnějšího, režimu předání a manipulace, než prostý, byť chráněný, dokument. Z tohoto důvodu zadavatel vyžadoval osobní doručení NDA (přičemž v žádném případě neomezoval elektronické uzavření), navíc tímto krokem mělo dojít k předání chráněných příloh v jednom okamžiku s uzavřením NDA. Ve výsledku tedy tímto krokem mělo dojít ke zkrácení prodlení mezi elektronickým doručením NDA a elektronickým zpřístupněním chráněné dokumentace. Zadavatel tedy jednal nediskriminačně a ve prospěch dodavatelů.

Dodáváme, že posouzení míry ochrany důvěrnosti předávaných informací pak neleží na straně tazatele, ale na straně zadavatele, jakožto vlastníka práv k těmto součástem předmětu plnění. Zadavatel tak uvádí, že přílohy č. 5 – 7 zadávací dokumentace náleží do obchodního tajemství zadavatele a jako takové i nadále podléhají specifické ochraně.

I přes výše uvedené však Zadavatel vyvinul maximální možné úsilí pro usnadnění přístupu dodavatelů k přílohám č. 5 – 7 zadávací dokumentace. Zejména s ohledem na specifický režim přílohy č. 7 zadávací dokumentace tak nyní dochází ke zpřístupnění těchto příloh v odlišných režimech, kdy tyto jsou popsány v příloze č. 8 zadávací dokumentace – vzor NDA, který v plném rozsahu nahrazuje původní přílohu č. 8 zadávací dokumentace.

Důvěrné informace budou ze strany Zadavatele poskytnuty dodavateli elektronicky:
- prostřednictvím datové schránky – příloha č. 5 a 6 zadávací dokumentace

- formou zřízení vzdáleného přístupu k příloze 7 Zadávací dokumentace, prostřednictvím e-mailového kontaktu Dodavatele [DOPLNÍ DODAVATEL], ke kterému bude zřízen účet do SW GitLab s právy úrovně „Guest“, a to po dobu trvání lhůty pro podání nabídek.

Dotaz č. 3

3. Lhůta pro podání nabídek je s ohledem na zpřístupnění technické dokumentace Systému až po podpisu NDA nepřiměřeně krátká

Dle čl. 9 zadávací dokumentace Veřejné zakázky je lhůta pro podání nabídek stanovena na 2. 11. 2021 do 10:00 hod., tedy na 3 kalendářní týdny od zahájení zadávacího řízení dne 12. 10. 2021, resp. na 18 kalendářních dnů od uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek v pátek 15. 10. 2021.

Zadavatel tak dle § 56 odst. 2 písm. a) ZZVZ přistoupil ke zkrácení minimální lhůty pro podání nabídek s ohledem na uveřejnění předběžného oznámení, které ve Věstníku veřejných zakázek uveřejnil dne 6. 5. 2021 pod ev. č. formuláře F2021-015928. Ačkoli zadavatel nepřistoupil ke zkrácení lhůty pro podání nabídek až na zákonné minimum (15 dnů), přesto dle názoru tazatele nepostupoval přiměřeně.

I v případě uveřejnění předběžného oznámení za účelem následného zkrácení lhůty pro podání nabídek totiž zadavatel musí postupovat v souladu se zásadou přiměřenosti, která se v konkrétním případě projevuje povinností zohlednit specifika předmětné Veřejné zakázky, a to i s ohledem na stanovení dostatečné lhůty pro podání nabídek tak, aby dodavatelé měli objektivně možnost seznámit se se zadávacími podmínkami Veřejné zakázky a řádně připravit svou nabídku. Jelikož však zadavatel dodavatelům neposkytl technickou dokumentaci Systému (Přílohy č. 5 – 7 zadávací dokumentace Veřejné zakázky), resp. poskytuje ji pouze oproti fyzickému podpisu a osobnímu doručení NDA (viz dotaz č. 2 výše), nemají dodavatelé k dispozici dostatek času pro tvorbu a podání nabídky.

Technická dokumentace Systému je totiž pro přípravu a podání nabídky zcela klíčová. Po jejím obdržení (což je zejm. pro mimopražské dodavatele významně ztíženo požadavkem na fyzický podpis a osobní dodání NDA zadavateli) je nezbytné technickou dokumentaci Systému pečlivě a důsledně prostudovat (tazatel předpokládá, že technická dokumentace Systému bude po obsahové stránce značně rozsáhlá) a v případě jakýchkoli nejasností (což bývá v obdobných IT projektech spíše pravidlem) připravit žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. Veškeré tyto činnosti přitom z povahy věci vyžadují určitý čas. Zadavatelem stanovená lhůta pro podání nabídek však tento potřebný čas v žádném případě objektivně neposkytuje.

Na shora uvedeném přitom nic nemění ani skutečnost, že zadavatel již v květnu 2021 uveřejnil předběžné oznámení o Veřejné zakázce. Zadavatel však v dostatečném předstihu nezveřejnil technickou dokumentaci Systému, dodavatelé se tak s ní nemohli v dostatečném předstihu seznámit. Tazatel v tomto ohledu připomíná, že zneužití práva nepožívá právní ochrany – ačkoli zadavatel formálně postupoval v souladu s § 57 odst. 2 písm. a) ZZVZ, materiální podmínky pro tento postup dle přesvědčení tazatele nebyly naplněny – zadavatel nezohlednil povahu Veřejné zakázky a svým jednáním v rozporu se zásadami přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace znevýhodnil dodavatele s výjimkou společnosti Umotional, resp. jim potenciálně znemožnil podat konkurenční nabídku na plnění Veřejné zakázky.

Zadavatel pro zadání Veřejné zakázky zvolil otevřené řízení dle § 56 ZZVZ, musí tedy v rámci zadávacího řízení postupovat co možná nejvíce otevřeně. Stanovením krátké lhůty pro podání nabídek však zadavatel postupuje nepřiměřeně a opět pouze posiluje domněnky, že jeho skutečným záměrem je zvýhodnit stávajícího dodavatele, společnost Umotional (která samozřejmě technickou dokumentaci Systému zná do nejmenších podrobností, neboť je jejím autorem) na úkor jiných dodavatelů, a těmto co nejvíce znepríjemnit až znemožnit podání konkurenceschopné nabídky.

S ohledem na shora uvedené proto tazatel žádá zadavatele, aby prodloužil lhůtu k podání nabídek, a to alespoň o 14 dní, tj. do 16. 11. 2021, aby bylo dodavatelům odlišným od společnosti Umotional

umožněno řádně se seznámit s technickou dokumentací Systému a na jejím základě připravit svou nabídku. V opačném případě by tazatel byl za účelem nezbytné obrany svých práv nucen přistoupit k podání námitek proti stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky a ultimativně i návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Vysvětlení zadávací dokumentace poskytnuté zadavatelem

Zadavatel přezkoumal svůj předchozí a stávající postup v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku a konstatuje, že i přes „výtky“ tazatele se zadavatel nedopustil porušení zákonných předpisů ani zákonných zásad.

V souladu s uveřejněným oznámením na profilu zadavatele byla předmětná veřejná zakázka zahájena dne 12.10.2021. Od tohoto data tedy samotný zákon určuje počítání lhůt. Zadavatel při svých úvahách o lhůtě pro podání nabídek zohlednil zejména skutečnosti, že část dokumentace není dostupná veřejně, dále však posoudil i rozsah požadovaného plnění a další lhůty stanovené smluvními a zadávacími podmínkami. Má tak za to, že stanovená lhůta byla dostatečná.

Tazatel však se zpracováním (nikoliv však odesláním) svého dotazu vyčkával nejméně do 20.10.2021, tj. alespoň 5 dní po uveřejnění předmětné dokumentace.

V případě, kdy by skutečně situace byla tak závažná, jak se tazatel domnívá, bylo by jistě nasnadě zvolit postup, kdy tazatel zároveň zažádá o příslušné utajované dokumenty a zároveň podá žádost o prodloužení lhůty. Tato nečinnost tazatele je pak pro zadavatele indikací správnosti zvoleného postupu.

I přes výše uvedené zadavatel zohledňuje zejména aktualizaci vzoru NDA dle přílohy č. 8 zadávací dokumentace a v této souvislosti prodlužuje lhůtu pro podání nabídek na 9.11.2021 do 10.00 hod.

V Praze

Operátor ICT, a.s.
 JUDr. Matej Šandor, Ph.D.
 místopředseda představenstva