

Otázka č. 3:

Vo zverejnených súťažných podkladoch v dokumente „Zmluva o energetickej efektívnosti pre verejný sektor (vzor)_stupava.docx“ je v článku „1. Definície a výklad pojmov“ uvedené:

„**Odmena za služby**“ znamená odmenu Poskytovateľa za poskytovanie Služieb podľa tejto Zmluvy, vo výške [bude doplnené pred podpisom zmluvy s úspešným uchádzačom] EUR (vrátane dane z pridanej hodnoty) za Ročnú úsporovú periódu (resp. v príslušnej zníženej výške v zmysle ustanovení tejto Zmluvy). Ak počas Obdobia garancie percentuálna zmena v jednotnom indexe spotrebiteľských cien eurozóny, zverejnenom Eurostatom (alebo akýmkoľvek indexom takýto index nahradzujúci) za príslušný kalendárny rok, ktorý celý pripadol do Obdobia garancie, prekročí 2 %, bude Poskytovateľ oprávnený proporčne zvýšiť výšku Odmeny za služby v rozsahu, v akom príslušná percentuálna zmena presahuje 2 %, a to s účinnosťou pre nasledujúcu Ročnú úsporovú periódu. Oznámenie o takomto zvýšení je Poskytovateľ povinný doručiť Prijímateľovi najneskôr do 60 dní odo dňa zverejnenia príslušnej percentuálnej zmeny v jednotnom indexe spotrebiteľských cien eurozóny za príslušný kalendárny rok Eurostatom, inak jeho nárok na zvýšenie Odmeny za služby zaniká.

V súvislosti s daným odsekom Zmluvy o energetickej efektívnosti pre verejný sektor (ďalej ako „Zmluva GES“) je tak dané, že Poskytovateľ akceptuje zníženie svojej finančnej odmeny za poskytované služby v podobe Odmeny za

služby, za 11 rokov v rozsahu 22% (keďže index spotrebiteľských cien eurozóny, zverejnený Eurostatom, sa v prípade zvýšenia do 2% p.a. neberie do úvahy).

Ustanovenie § 2 ods. 1 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, definuje podnikanie takto:

- (1) Podnikaním sa rozumie sústavná činnosť vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku alebo na účel dosiahnutia merateľného pozitívneho sociálneho vplyvu, ak ide o hospodársku činnosť registrovaného sociálneho podniku podľa osobitného predpisu.

Osoba, podnikajúca na území Slovenskej republiky, má v zmysle cit. ustanovenia Obchodného zákonníka, ako aj v zmysle príslušných právnych aktov práva Európskej únie, právo na primeraný zisk, ktorý primerane prevyšuje mieru oprávnených ekonomických nákladov subjektu. Ak však výška Odmeny za služby môže v zmysle citovaných súťažných podkladov a Zmluvy GES klesnúť počas 11 rokov až o 22% (teda takmer štvrtina hodnoty plnení), existuje dôvodná obava, že Poskytovateľ sa môže dostať do situácie, že za ním poskytované služby mu bude uhrádzaná suma Odmeny za službu, ktorá sa v priebehu času dostane pod mieru oprávnených ekonomických nákladov, čo môže byť v rozpore so základnými atribútmi definície podnikania v zmysle Obchodného zákonníka a príslušných aktov práva EÚ. Navyše, podľa Zmluvy GES sa má brať do úvahy inflácia (index spotrebiteľských cien) vyhlasovaná Eurostatom, v rámci krajín eurozóny, avšak podľa dostupných ekonomických makroukazovateľov a údajov a predikcií budúceho vývoja inflácie, inflácia v rámci Slovenskej republiky bola, je a má byť vyššia, ako je priemer inflácie krajín eurozóny.

Zároveň sú v rámci Služby poskytované práce a dodávky zo slovenských zdrojov a preto je aj naviazanie na index spotrebiteľských cien celej eurozóny skresľujúce a bude na strane Poskytovateľa vytvárať ďalšiu výraznú stratu. Rozdiel v indexe spotrebiteľských cien medzi eurozónou a Slovenskou republikou je najvyšší v rámci celej eurozóny, pretože inflácia v Slovenskej republike je z celej eurozóny najvyššia.

HICP - annual data (average index and rate of change)						Settings:	
▼		(online data code: prc_hicp_aind)					
		Source of data: Eurostat					
Table		Line		Bar		Map	
↑↓	✕	TIME		2020 ↓	2021 ↓	2022 ↓	
GEO ↓							
European Union (EU6-1958, EU9-1973, EU10-1981, EU1...				0.7	2.9	9.2	
Euro area (EA11-1999, EA12-2001, EA13-2007, EA15-20...				0.3	2.6	8.4	
Slovakia				2.0	2.8	12.1	

Nie je zadefinovaním aplikácie uvedeného znenia tzv. inflačnej doložky, jednak naviazanej na stav inflácie v krajinách eurozóny, a taktiež s automatickým vylúčením zohľadnenia inflácie do výšky 2% ročne (t.j. 22% za 11 rokov), negovaný resp. porušovaný základný atribút definície podnikania (možnosť dosahovania primeraného zisku), ako ho definuje slovenský Obchodný zákonník, ale aj príslušné právne akty a ustálená judikatúra úniijného práva krajín Európskej únie?

Otázka č. 4:

Obe zmluvy, tak Zmluva o dielo, ako aj Zmluva GES, obsahujú zásadné ustanovenia, týkajúce sa práv duševného vlastníctva v zmysle zákona č. 185/2015 Z.z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov.

V rámci Zmluvy o dielo ide o bod 5.:

5.4 Práva duševného vlastníctva

- 5.4.1 Pokiaľ je súčasťou plnenia podľa Zmluvy výsledok tvorivej činnosti autora chránený ako predmet duševného vlastníctva v zmysle ustanovenia § 3 Autorského zákona, Zhotoviteľovi zostávajú jeho výhradné osobnostné a majetkové práva podľa Autorského zákona a zároveň Objednávateľovi poskytuje časovo a teritoriálne neobmedzenú licenciu (súhlas) na použitie akejkoľvek dokumentácie vytvorenej Zhotoviteľom alebo ktorejkoľvek jej časti na účel vyplývajúci zo Zmluvy v rozsahu prípravy, realizácie, užívania, prevádzky, údržby, opráv či úprav Diela, vrátane vyhotovovania rozmnoženín, verejného vystavovania a verejnej prezentácie, zmien a spracovania takejto dokumentácie, pričom zmeny a spracovanie dokumentácie a/alebo jej druhov, častí a stupňov sa uskutočnia najmä za účelom vykonania úprav a prác v rozsahu užívania, prevádzky, údržby, opráv či úprav Diela resp. jeho častí. Objednávateľ je oprávnený modifikovať, prepracovať alebo zmeniť takúto dokumentáciu, s čím Zhotoviteľ podpisom tejto Zmluvy vyjadruje svoj súhlas.
- 5.4.2 Zhotoviteľ týmto v súlade s § 72 Autorského zákona ďalej Objednávateľovi udeľuje výslovný predchádzajúci súhlas na udelenie súhlasu tretej osobe na použitie predmetnej dokumentácie v rozsahu udelennej licencie podľa bodu 5.4.1, ako aj na postúpenie licencie tretím osobám a Objednávateľovi zaručuje, že v prípade, ak autorom dokumentácie je osoba iná ako Zhotoviteľ (Subdodávateľ), boli Zhotoviteľovi udelené súhlasy a oprávnenia zo strany autora dokumentácie k úkonom Zhotoviteľa podľa bodu 5.4.1a tohto bodu 5.4.2.
- 5.4.3 Ak je predmetom Zmluvy aj dodanie akýchkoľvek počítačových programov, Zhotoviteľ udeľuje Objednávateľovi výslovne užívateľské licencie k počítačovým programom dodaným Objednávateľovi v zmysle tejto Zmluvy.
- 5.4.4 Zhotoviteľ vyhlasuje, že dodaním (i) akéhokoľvek softwarového či systémového vybavenia poskytnutého na základe tejto Zmluvy a (ii) akéhokoľvek technického alebo akéhokoľvek iného zariadenia alebo dokumentácie, ktoré je súčasťou Diela nedochádza k porušovaniu ani ohrozovaniu žiadnych práv duševného vlastníctva tretích osôb vrátane práv priemyselného vlastníctva a iných obdobných práv. Zhotoviteľ odškodní a ochráni Objednávateľa pred akýmikoľvek prípadnými nárokmi tretích strán voči Objednávateľovi v súvislosti s inštaláciou a prevádzkou Diela.
- 5.4.5 Zhotoviteľ sa zaväzuje, že zabezpečí akékoľvek a všetky potrebné licencie či iné súhlasy od akýchkoľvek, výrobcov a prevádzkovateľov systémov, softwarov, zariadení Diela, či akýchkoľvek iných osôb, potrebné pre prevádzkovanie Diela.
- 5.4.6 Objednávateľ prevzatím Diela nepreberá žiadnu zodpovednosť za prípadne porušenie akýchkoľvek majetkových a/alebo autorských a priemyselných práv tretích osôb Zhotoviteľom v súvislosti s plnením tejto Zmluvy.
- 5.4.7 Zhotoviteľ sa zaväzuje Objednávateľa odškodniť pred každým nárokom tretej osoby z porušenia akéhokoľvek patentového práva, registrovaného návrhu, autorského práva, ochrannej známky, obchodného záväzku, obchodného tajomstva, alebo iných duševných a priemyselných práv súvisiacich s Dielom, ktorý vznikne z alebo v súvislosti s Dokumentáciou Zhotoviteľa, výrobou alebo vyhotovením Diela alebo používaním Diela Objednávateľom. Zhotoviteľ v plnej miere zodpovedá za škodu, ktorá Objednávateľovi vznikne v súvislosti s porušením akýchkoľvek povinností Zhotoviteľa podľa tohto bodu Zmluvy.
- 5.4.8 Všetky a akékoľvek náklady a odplaty za plnenia Zhotoviteľa v súvislosti s týmto bodom 5.4 sú zahrnuté v Zmluvnej cene Diela a Zhotoviteľ nie je oprávnený uplatňovať si voči Objednávateľovi v tejto súvislosti žiadne ďalšie nároky alebo požiadavky.

V rámci Zmluvy GES ide o článok 19, body 19.1 a 19.2:

19. Právo duševného vlastníctva k Projektu

- 19.1 Pokiaľ je súčasťou plnenia podľa Zmluvy výsledok tvorivej činnosti autora chránený ako predmet duševného vlastníctva v zmysle ustanovenia § 3 Autorského zákona, Poskytovateľ poskytuje Prijímateľovi výhradnú (Poskytovateľ sa zaväzuje neudeliť súhlas na jej použitie inej osobe bez písomného súhlasu Prijímateľa), časovo a teritoriálne neobmedzenú licenciu na použitie akejkoľvek dokumentácie vytvorenej Poskytovateľom alebo ktorejkoľvek jej časti a na účel vyplývajúci zo Zmluvy v rozsahu príprava, realizácia, užívanie, prevádzka, údržba, oprava, úprava Obnovy, vrátane vyhotovovania rozmnoženín, verejného vystavovania a verejnej prezentácie, zmien a spracovania takejto dokumentácie, pričom zmeny a spracovanie dokumentácie alebo/a jej druhov, častí a stupňov sa uskutočnia najmä za účelom vykonania

úprav a prác v rozsahu opráv, úprav, obnovy alebo rozšírenia Obnovy alebo jej časti. Prijímateľ je oprávnený modifikovať, prepracovať alebo zmeniť takúto dokumentáciu, s čím Poskytovateľ podpisom tejto Zmluvy vyjadruje svoj súhlas.

19.2 Poskytovateľ týmto v súlade s § 72 Autorského zákona ďalej Prijímateľovi udeľuje výslovný predchádzajúci súhlas na udelenie súhlasu tretej osobe na použitie predmetnej dokumentácie v rozsahu udelennej licencie podľa odseku 19.1, ako aj na postúpenie licencie.

19.3 Licencia podľa tohto článku 19 tejto Zmluvy sa poskytuje bezodplatne.

Obe zmluvy definujú v daných ustanoveniach možnosť nakladania s výsledkom tvorivej duševnej činnosti (autorské dielo), pokiaľ bude takéto dielo súčasťou plnení v rámci verejného obstarávania.

Obe zmluvy sú však v časti práv duševného vlastníctva definované značne extenzívne a požadujú od Poskytovateľa/Zhotoviteľa, aby Objednávateľovi garantoval (udelil) súhlas (licenciu) jednak na časovo a teritoriálne neobmedzenú možnosť používania diela a príslušnej dokumentácie, a taktiež na akúkoľvek modifikáciu, úpravu či zmenu danej dokumentácie.

Naviac, v následných ustanoveniach je požadované, aby boli Objednávateľovi poskytnuté licencie aj v prospech akýchkoľvek tretích osôb, ktoré by taktiež autorské dielo a dokumentáciu mali mať právo využívať v rozsahu poskytnutej licencie, teda v časovom a teritoriálne neobmedzenom rozsahu.

Poskytovateľ/Zhotoviteľ bude v rámci svojich plnení nepochybne používať autorské diela (softvérové zostavy, technológie), ktoré sú bežne dostupné na trhu a sú určené širokému okruhu užívateľov. Ide teda o diela výrobcov softvéru, ktorí ich so štandardnými licenčnými podmienkami poskytujú konečným užívateľom, za účelom užívania pre vlastnú potrebu. Licenčné zmluvy k takýmto štandardným autorským dielam (príkladom Microsoft Office) umožňujú ich užívanie pre vlastnú potrebu, a naopak, neumožňujú, aby oprávnený užívateľ licencie tieto práva postupoval ďalej.

V rámci plnení však Zhotoviteľ môže používať aj autorské diela, resp. softvérové riešenia, vyvinuté „na mieru“ pre daného zákazníka (tailor made). V danom prípade môže ísť o softvér riadiaceho centra pre riadenie verejného osvetlenia verejného obstarávateľa. Poskytovateľ/Zhotoviteľ však nemôže licenciu na takýto „tailor made“ softvér poskytovať bez obmedzení akýmkoľvek tretím osobám, keďže by hrozilo porušenie práv oprávneného držiteľa autorských práv a zároveň sám nebude disponovať takým rozsahom práv, aby ich mohol ďalej sublicencovať tretej osobe.

Otázka preto znie, či verejný obstarávateľ v citovaných odsekoch oboch zmlúv naozaj požaduje poskytnutie takých (časovo a teritoriálne) neobmedzených licencií na užívanie autorských diel súvisiacich s verejným obstarávaním, verejnemu obstarávateľovi ako aj tretím osobám, na ktorých poskytnutie Poskytovateľ/Zhotoviteľ nemá oprávnenie, keďže to vylučuje koncepcia práv duševného vlastníctva týchto autorských diel (bez ohľadu na to, či ide o štandardné autorské diela alebo „tailor made“ autorské diela)?