



Rozdeľovník

Váš list zn./zo dňa	Naša značka	Vybavuje	Dátum
		Mgr. Martin Garaj, PhD.	08.07.2022

V e c : Oznámenie o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu

V rámci postupu zadávania zákazky na zabezpečenie predmetu obstarávania „**Služby mobilného operátora**“ nám prostredníctvom komunikačného rozhrania systému JOSEPHINE bola dňa 06.07.2022 doručená žiadosť o nápravu podľa § 164 ods. 1, písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“ v príslušnom gramatickom tvare).

Na základe tejto doručenej žiadosti o nápravu predkladá verejný obstarávateľ v súlade s § 165 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní výsledok vybavenie žiadosti o nápravu k nadlimitnej zákazke, ktorá bola zverejnené vo Vestníku EÚ dňa 22.06.2022 pod číslom 2022/S 119-335771 a vo Vestníku verejného obstarávania ÚVO číslo 143/2022 dňa 23.06.2022 pod značkou 30211 – MSS.

Žiadateľ podal žiadosť o nápravu v nasledovných bodoch:

1. V čl. IV bode 4.5. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora a zároveň v Prílohe č.1 dohody sa od úspešného uchádzača požaduje úhrada prípadného zostatku finančného záväzku objednávateľa voči predchádzajúcemu poskytovateľovi cit. *“Zmluvné strany sa dohodli, že poskytovateľ v prípade zmeny mobilného operátora uhradí prípadný zostatok finančného záväzku objednávateľa voči predchádzajúcemu poskytovateľovi verejných telekomunikačných služieb, t. j. zmluvnú pokutu za nedodržanie doby viazanosti u predchádzajúceho poskytovateľa verejných telekomunikačných služieb, v plnej výške na náklady poskytovateľa ku dňu nadobudnutia účinnosti tejto dohody.”*

Máme za to, že účelom verejného obstarávania nie je prenesenie povinnosti splniť záväzkov za verejného obstarávateľa úspešným uchádzačom akokoľvek vyjadrený v zmluvných podmienkach (resp. v súťažných podkladoch). Neexistuje žiaden objektívny dôvod, prečo by mal úspešný uchádzač plniť záväzky verejného obstarávateľa, ktoré mu vznikli z iného zmluvného vzťahu, keďže verejné obstarávanie takému účelu neslúži. Tento záver vyplýva aj zo Všeoobecného metodického usmernenia Úradu pre verejné obstarávanie č. 1-2017 z 26.01.2017, podľa ktorého vyžadovaním úhrady takejto zmluvnej pokuty zo strany verejného obstarávateľa dochádza k porušovaniu princípov verejného obstarávania, najmä princípu nediskriminácie a princípu rovnakého zaobchádzania. V konečnom dôsledku môže byť tento postup verejného obstarávateľa tiež v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa, aby čl. IV bod 4.5.návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora a zároveň v Prílohe č.1 dohody bola požiadavka na úhradu takejto zmluvnej pokuty vypustená v plnom rozsahu.

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ vyhovuje žiadosti žiadateľa v plnom rozsahu a uvedenú požiadavku vypúšťa v celom rozsahu z Rámcovej dohody, ako i jej prílohy č. 1.

2. V čl. VI bode 6.6.návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora verejný obstarávateľ uvádza, cit.: *„V prípade, ak sa po uzatvorení tejto dohody preukáže, že na relevantnom trhu existuje cena (ďalej tiež ako „nižšia cena“) za rovnaké alebo porovnateľné plnenie ako je obsiahnuté v tejto dohode a dodávateľ už preukázateľne v minulosti za takúto nižšiu cenu plnenie poskytol, resp. ešte stále poskytuje, pričom rozdiel medzi nižšou cenou a cenou podľa tejto dohody je viac ako 5% v neprospech ceny podľa tejto dohody, zaväzuje sa dodávateľ poskytnúť objednávateľovi pre takého plnenie objednané po preukázaní tejto skutočnosti dodatočnú zľavu vo výške rozdielu medzi ním poskytovanou cenou podľa tejto dohody a nižšiu cenou.“*

Tento bod považujeme za v rozpore s princípom transparentnosti, ktorého cieľom je, aby verejné obstarávanie prebiehalo prehľadným spôsobom, ktorý zabezpečí, že všetci potenciálni záujemcovia budú informovaní o podmienkach zákazky takým spôsobom, aby mohli vyhodnotiť, či majú záujem uchádzať sa o takúto zákazku. Osobitne platí, že všetky dokumenty, ktoré sú potrebné na prípravu ponuky, musia byť pripravené tak, aby neboli nejednoznačné a aby umožňovali jednotný výklad. Nejednoznačné znenie sporného bodu pripúšťa rozdielny výklad, a to najmä pri následnom plnení rámcovej dohody, a nedáva tak potenciálnym uchádzačom šancu kvalifikovane sa rozhodnúť, či sa zúčastnia na tomto verejnom obstarávaní. Za porušenie princípu transparentnosti sa pritom považuje aj neurčité formulovanie ustanovení súťažných podkladov, ktoré takýto rôzny výklad umožňujú. Zo sporného bodu nevyplýva, čo predstavuje porovnateľné plnenie (jeho predmet, časový, množstevný a vecný rozsah, ostatné podmienky, za ktorých sa plnenie poskytuje a pod.), voči ktorému je možné ceny porovnávať. Na základe takto zadefinovaného znenia nie je jednoznačne identifikovateľná „porovnateľná“ služba a najmä jej rozhodujúce parametre, na ktorú sa toto ustanovenie má vzťahovať. Navyše, porovnávať výšku vysúťaženej ceny je možné len voči cene uplatňovanej na trhu v čase uzatvárania rámcovej dohody.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa, aby čl. VI bod 6.6. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora vypustil bez náhrady.

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Uvedená požiadavka je premietnutím požiadavky jediného akcionára verejného obstarávateľa, ktorý v zmysle Príkazu ministra č. 3/2021 v platnom znení požaduje, aby uvedené ustanovenie bolo uvedené v každej rámcovej dohode, ktorú verejný obstarávateľ uzatvára. Verejný obstarávateľ uvádza, že tento postup nemožno považovať za v rozpore s princípom transparentnosti, ako uvádza žiadateľ. Uvedené ustanovenie zaväzuje úspešného uchádzača,

že v prípade, ak poskytne výhodnejšie podmienky inému účastníkovi na trhu, tak je povinný ich poskytnúť aj verejnému obstarávateľovi. Z tohto dôvodu verejný obstarávateľ nemôže vyhovieť tejto vašej žiadosti, lebo mu to neumožňujú interné normy, ktorými je viazaný k jedinému akcionárovi.

3. V čl. VIII bod 8.1. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora verejný obstarávateľ uvádza, cit.: „Poskytovateľ a objednávateľ vyhlasujú, že pri plnení predmetu dohody nebudú spracúvané osobné údaje. Ak pri plnení predmetu zmluvy dôjde k náhodnému kontaktu s osobnými údajmi, sú poskytovateľ a jeho prípadní subdodávatelia povinní dodržiavať ustanovenia Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov v konsolidovanom znení a zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.“

Rámcová dohoda ako taká obsahuje osobné údaje, avšak každá zmluvná strana ich spracúva ako samostatný prevádzkovateľ a medzi zmluvnými stranami preto nevzniká vzťah prevádzkovateľ a jeho sprostredkovateľ podľa čl. 28 GDPR.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa, aby čl. VIII bod 8.1. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb znel nasledovne:

„Poskytovateľ a objednávateľ vyhlasujú, že pri plnení predmetu dohody nebudú spracúvané osobné údaje vo vzťahu prevádzkovateľ a jeho sprostredkovateľ podľa čl. 28 Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov v konsolidovanom znení. Bez ohľadu na vyššie uvedené bude každá zmluvná strana spracúvať osobné údaje poskytnuté druhou zmluvnou stranou v tejto Rámcovej dohode ako samostatný prevádzkovateľ na zmluvné účely (napr. údaje kontaktných osôb uvedených v tejto Rámcovej dohode, osobné údaje podpísaných osôb atď.). Každá zmluvná strana zverejní zásady spracúvania osobných údajov a práva dotknutých osôb na svojom verejnom webovom sídle, resp. v prípade, ak takéto webové sídlo neprevádzkuje, tak ich bezodkladne poskytne druhej Zmluvnej strane. Ďalej sa zmluvné strany dohodli, že ak pri plnení predmetu zmluvy dôjde k náhodnému kontaktu s osobnými údajmi, sú poskytovateľ a jeho prípadní subdodávatelia povinní dodržiavať ustanovenia Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov v konsolidovanom znení a zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.“

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Predmetné ustanovenie rámcovej dohody hovorí o skutočnosti, že v rámci plnenia predmetu tejto rámcovej dohody nepredpokladáme spracovanie osobných údajov zamestnancov verejného obstarávateľa, jeho zmluvných partnerov alebo tretích osôb zo strany úspešného uchádzača pre verejného obstarávateľa. Z uvedeného dôvodu je konštatované, že nebudú osobné údaje spracúvané. Zároveň v prípade náhodného kontaktu s osobnými údajmi dotknutých osôb požadujeme dodržanie ustanovení Nariadenia a zákona. Máme za to, že nie je dôvod na úpravu tohto ustanovenia a vašej požiadavke nevyhovujeme.

4. V čl. VIII bode 8.7.návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora verejný obstarávateľ uvádza cit.: „Zmluvné strany sa zaväzujú, že kedykoľvek na základe žiadosti druhej zmluvnej strany preukázateľne zlikvidujú všetky písomnosti (vrátane písomností v elektronickej podobe) ňou alebo osobami na jej druhej strane vytvorené, ktoré obsahujú dôverné informácie, ktoré jej boli poskytnuté druhou zmluvnou stranou.“

Požiadavka na likvidáciu poskytnutých dôverných informácií kedykoľvek, a to aj počas trvania a plnenia rámcovej dohody, nepovažujeme za primeranú, keďže tieto informácie môžu byť nevyhnutné na poskytovanie dohodnutého plnenia podľa rámcovej dohody, ako aj na presadzovanie práv a obranu oprávnených záujmov žiadateľa v pozícii poskytovateľa ako dotknutej zmluvnej strany.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa aby čl. VIII bod 8.7. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb znel nasledovne:

„Zmluvné strany sa zaväzujú, že kedykoľvek na základe žiadosti druhej zmluvnej strany preukázateľne zlikvidujú všetky písomnosti (vrátane písomností v elektronickej podobe) ňou alebo osobami na jej druhej strane vytvorené, ktoré obsahujú dôverné informácie, ktoré jej boli poskytnuté druhou zmluvnou stranou, ibaže by týmito písomnosťami obsahujúcimi dôverné informácie prijímajúca zmluvná strana chránila svoje práva a právom chránené záujmy, najmä ale nie výlučne v prípade reklamácie, civilného súdneho konania alebo trestného konania, pre tieto prípady sa povinnosť likvidácie neaplikuje.

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ vyhovuje žiadosti žiadateľa v plnom rozsahu a uvedenú požiadavku premietne do Rámcovej dohody.

5. V čl. VIII bode 8.10. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora verejný obstarávateľ uvádza, cit.: „Poskytovateľ sa zaväzuje, že zabezpečí dostatočné poučenie pre všetky osoby, ktoré sa budú zúčastňovať na plnení predmetu tejto dohody, o podstate dôvernej informácie v zmysle tejto dohody a príslušných právnych predpisov a nevyhnutnosti ich utajenia v súlade s touto dohodou. Splnenie tejto povinnosti je poskytovateľ povinný preukázať, ak ho o to objednávateľ požiada.“

Zamestnanci žiadateľa majú v pracovnej zmluve stanovenú povinnosť zachovávať mlčanlivosť o skutočnostiach, o ktorých sa dozvedeli pri plnení pracovných úloh alebo v súvislosti s ním. Zamestnanec sa tam zaväzuje, že informácie kvalifikované zamestnávateľom ako chránené informácie, najmä ale nie výlučne osobné údaje zamestnancov, užívateľov služieb zamestnávateľa a zmluvných partnerov zamestnávateľa, informácie ktoré sú predmetom telekomunikačného alebo obchodného tajomstva, ako aj informácie technickej a obchodnej povahy, súvisiace s činnosťou zamestnávateľa bude využívať výlučne za účelom plnenia pracovných úloh alebo v súvislosti s ním a tieto neposkytne, nezverejní ani žiadnym iným spôsobom nezneužije pre svoju osobnú potrebu ani potrebu tretích osôb. Táto povinnosť trvá aj po skončení výkonu činnosti/pozície podľa tejto pracovnej zmluvy, ako aj po skončení pracovného pomeru so zamestnávateľom. Dodatočné ďalšie poučenie zamestnancov

žiadateľa považujeme preto za nadbytočné a neúčelné, a predstavovalo by žiadateľa nedôvodnú dodatočnú finančnú záťaž.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa, aby čl. 8 bod 8.10. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora vypustil bez náhrady.

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Žiadateľom uvádzaná povinnosť zachovávať mlčanlivosť, uvedená v pracovných zmluvách zamestnancov, spĺňa podľa nášho názoru podmienku dostatočnosti poučenia, preto predmetné ustanovenie v zmluve ponechávame a žiadosti nevyhovujeme.

6. V čl. X bode 10.4. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora verejný obstarávateľ požaduje od poskytovateľa odstránenie väd v lehote do 14 dní odo dňa doručenia reklamácie.

Podľa § 91 ods. 1 písm. c) zákona č. 452/2021 Z.z. o elektronických komunikáciách, podnik v reklamačnom poriadku upraví najmä lehotu na podanie reklamácie a lehotu na jej vybavenie. Podľa ods. 4 citovaného ustanovenia je podnik povinný oznámiť účastníkovi výsledok prešetrenia jeho reklamácie v lehote, ktorá nesmie byť dlhšia ako 30 dní. Lehota na vybavenie reklamácie sa v prípade poskytovania mobilných telekomunikačných služieb riadi zo zákona o elektronických komunikáciách reklamačným poriadkom úspešného uchádzača, ktorým môže byť len jeden z telekomunikačných podnikov (mobilných operátorov), a túto lehotu nie je možné upraviť odlišne v súťažných podkladoch, v tomto prípade v návrhu rámcovej dohody, ktorá sa má uzavrieť s úspešným uchádzačom.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Týmto žiadame verejného obstarávateľa aby čl. X bod 10.4. návrhu Rámcovej dohody o poskytovaní služieb mobilného operátora znel nasledovne:

„Poskytovateľ je povinný v prípade reklamácie zabezpečiť odstránenie väd v lehote ktorá nesmie byť dlhšia ako 30 dní odo dňa doručenia reklamácie, prevzatia predmetu plnenia a podpísania preberacieho reklamačného protokolu a to aj v prípade, ak sa domnieva, že za reklamované vady nezodpovedá. V zložitých prípadoch môže poskytovateľ túto lehotu predĺžiť, najviac však o 30 dní; poskytovateľ je povinný o predĺžení informovať objednávateľa pred uplynutím pôvodnej 30 dňovej lehoty s uvedením dôvodov. V takomto prípade až do doby právoplatného rozhodnutia súdu o spornej reklamacii znáša náklady na odstránenie reklamovaných väd poskytovateľ.“

Rozhodnutie verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ vyhovuje žiadosti žiadateľa v plnom rozsahu a uvedenú požiadavku premietne do Rámcovej dohody.

S úctou

Mgr. Martin Garaj, PhD.
riaditeľ OVO

