



Komora  
administrátorů  
veřejných zakázek



# **Postupy zadavatelů při pořizování informačních systémů**

Robert Pergl

předseda Komory administrátorů veřejných zakázek

Konference ISSS 2013

## Základní dokumenty

- Zákon o veřejných zakázkách
- Zákon o informačních systémech veřejné správy
- Poziční dokument KAVZ a Fóra Veřejné zakázky kvalitně z 18.2.2013 – Postupy zadavatelů při pořizování informačních systémů – viz [www.fvzk.cz](http://www.fvzk.cz)
- Poziční dokument ICT Unie – stavíme informační systém – [www.ictu.cz](http://www.ictu.cz)
- Poziční dokument ICT Unie – veřejné zakázky – [www.ictu.cz](http://www.ictu.cz)

## Obsah přednášky

- Použití jednacího řízení bez uveřejnění – JŘBÚ
- Soutěž o návrh
- Dvoufázové zadávání
- Soutěžní dialog
- Jednací řízení s uveřejněním – JŘSU
- Soulad zadávacího řízení s informační koncepcí
- Sdílení služeb

## JŘBÚ

- Při pořizování, resp. dalším rozvoji IS, resp. IT veřejnými zadavateli je v současné době ve velkém rozsahu využíváno zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacního řízení bez uveřejnění (JŘBU) stávajícímu dodavateli.
- Použití JŘBU v sobě nese významná rizika, která jsou dlouhodobě známá:
- vyšší pravděpodobnost napadání způsobu zadání veřejné zakázky ostatními potenciálními uchazeči, kteří neměli ani možnost se blíže seznámit s předmětem zakázky
- neexistence předpokladů pro použití JŘBU, možnost zrušení veřejné zakázky, popř. zneplatnění již uzavřené smlouvy a udělení pokuty až do výše 10% z ceny zakázky ze strany ÚOHS, popř. i povinnost vracení dotace z fondů EU

## JŘBÚ

- Méně známým, avšak s vážnějšími důsledky pro dodavatele, a to i se značným časovým odstupem, může být riziko neslučitelnosti s pravidly o veřejné podpoře/hospodářské soutěži, popř. i trestněprávního postihu:
- cena hrazená veřejným zadavatelem je považována za slučitelnou s pravidly o veřejné podpoře, je-li stanovena na základě zadávacího řízení, které umožňuje efektivní soutěž
- v případě JŘBU nelze na tento předpoklad spoléhat<sup>[1]</sup> a existuje tak riziko, že vyplacená cena může být považována za veřejnou podporu poskytnutou v rozporu s pravidly pro její poskytování s následkem vzniku povinnosti cenu i úroky vrátit (ve výši rozdílu mezi cenou obvyklou a stanovenou na základě výsledku JŘBU, která již představuje nepovolenou veřejnou podporu)
- od prosince 2012 nově ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže (§ 19a zákona č. 143/2001 Sb.), stanoví, že „orgány veřejné správy nesmí podporou zvýhodňující určitého soutěžitele nebo jiným způsobem narušit hospodářskou soutěž“ – porušení je postihováno jako správní delikt orgánu veřejné správy s pokutou až 10 000 000 Kč (§ 22aa zákona č. 143/2001 Sb.)
- praxe ukáže, do jaké míry bude v důsledku nedávného zavedení trestní odpovědnosti právnických osob (zákon č. 418/2011 Sb.), snazší postihovat trestněprávní delikty tam, kde dochází k sjednání výhody pro určitého dodavatele ze strany zadavatele (§ 256 trestního zákona), přičemž v případě odsouzení právnické osoby hrozí mimo jiné zákaz plnění veřejných zakázek až na 20 let.

## JŘBÚ

- Podmínky JŘBÚ jsou uvedeny v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.
- Zadavatel může zadat veřejnou zakázku v JŘBÚ tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z
- technických či uměleckých důvodů,
- z důvodu ochrany výhradních práv nebo
- z důvodu vyplývajícího ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
- Musí jít o objektivní nemožnost získat takové plnění od jiného dodavatele ( v případech, kdy je to smysluplné, pak je nutné zkoumání z pohledu území EU)!
- Pokračování soutěže o návrh

## JŘBÚ

- Z pohledu IT zakázek zadávaných v rámci JŘBÚ je především důležité zkoumat, zda jejich obsah podléhá nutnosti vypořádání práv k duševnímu vlastnictví. Může tak jít nejčastěji o ochranu autorského díla (např. počítačové programy) či o ochranu průmyslových práv (např. patenty). K užití takových předmětů ochrany je třeba získat patřičné oprávnění (licenci). Hledisko obdržení licencí k užití je podstatné především v okamžiku zavádění nových systémů či počítačových programů nebo v okamžiku úprav a dalšího rozvoje. V tomto kontextu je tedy rozhodné stanovení zda daný obsah podléhá autorskoprávní či jiné ochraně nebo nikoli a především pak do jaké míry je jeho uživatel omezen s jeho nakládáním.

# JŘBÚ

- **Jak dosvědčit a obhájit výběr JŘBÚ?**
- Zřadavatel musí důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace (právní či technické) JŘBÚ, a to např. znaleckým posudkem z oboru právo či znaleckým posudkem z oboru IT. Uvedené dokumenty jsou důležité pro následné doložení důvodů volby JŘBU ve vztahu k případnému zkoumání ze strany ÚOHS (omezení hospodářské soutěže).
- **Zkušenosti v praxi...**
- Rozhodnutí ÚOHS z 22.7. 2010
- č.j. ÚOHS-R159/2009/VZ-11166/2010/310-Asc
- Autorské dílo
- Kompatibilita
- Smluvní podmínky zásahu do díla
- Ekonomická výhodnost x ochrana autora
- Č.j. ÚOHS-R34/2010/VZ-10796/2010/310/Eku
- Požadavek na kompatibilitu předmětu plnění se stávajícím vybavením je legitimní
- Č.j. S221/2008/VZ-21846/2008/510/Od
- Požadavek na kompatibilitu ano, i uvedení konkrétních produktů ano, ale je třeba zcela jednoznačně uvést, kdy a kde je přípustné nahrazení jiným řešením



## JŘBÚ

### VZ navazující na stávající informační systém

Existence dosavadního IS požívajícího autorskoprávní ochrany není důvodem pro JŘBÚ

- ÚOHS dovozuje povinnost zadavatele nastavit si licenční podmínky tak, aby navazující VZ mohl realizovat subjekt nezávislý na původním dodavateli
- v krajním případě ÚOHS preferuje i úplné nahrazení původního systému

„...pokud licenční smlouva neobsahuje ustanovení o možnosti další úpravy a změny informačního systému, výrazným způsobem se zhorší postavení státní organizace při aktualizaci a podpoře takového systému a zároveň se sníží možnost zajistit bezpečné fungování informačního systému, negativní ekonomické důsledky nepočítaje. V této souvislosti je vhodné podotknout, že i kdyby díla vzniklá při realizaci předchozích veřejných zakázek byla „označena“ za díla autorská, mohl zadavatel postupovat tak, že by zadání předmětné veřejné zakázky upravil tím způsobem, aby nebylo nutné využít předchozích děl (chráněných autorským zákonem), a to i bez podstatné změny výsledného plnění veřejné zakázky za předpokladu, že by v rámci takového postupu nahradil celé původní stávající programové vybavení. V tom případě by zadavatel nepotřeboval svolení nositele autorských práv stávajícího programového vybavení ke změně a zpracování původního autorského díla, poněvadž by je nepoužil. Je zřejmé, že i když by daný postup nemusel být ekonomicky nejvýhodnější, nedošlo by v jeho důsledku k porušení zákona (a zásady zákazu diskriminace).“

(rozhodnutí ÚOHS č. j.: ÚOHS-R159/2009/VZ-11166/2010/310-ASc ze dne 22. 7. 2010)

## JŘBÚ a zdrojové kódy

**VZ navazující na stávající informační systém – je zadavatel povinen vyžádat si zdrojové kódy?**

- Neexistuje právní předpis, který by přikazoval zadavateli vyžadovat zdrojové kódy, ale:
  - ÚOHS opakovaně doporučuje zdrojové kódy vyžadovat, protože jejich absenci často neakceptuje jako důvod pro JŘBU na rozvoj systému
  - Metodické pokyny MV pro ISVS nepřímou doporučují zdrojové kódy mít v dispozici zadavatele k udržení dlouhodobého rozvoje ISVS
- Na druhou stranu je však třeba vyvážit požadavek na rozsah licence a zdrojové kódy tak, aby byla VZ realizovatelná i prostřednictvím standardizovaného komerčního SW, k němuž není předávání zdrojových kódů obvyklé. Pokud by zadavatel trval na zdrojových kódech, může jít o nepřípustné omezení soutěžitelů.
- Pokud zadavatel požaduje v rámci ZD vytvoření vzorového příkladu (analýzy, vzoru zdrojového kódu apd.), musí stanovit takovou lhůtu, která objektivně postačuje k vytvoření takové analýzy či zdrojového kódu.

## Soutěž o návrh

- Dle ZVZ účinného do 31. 3. 2012 mohla být podrobná pravidla pro postup v soutěži o návrh stanovena v soutěžním řádu. S účinností od 1. 4. 2012 již však nejde o možnost, ale o povinnost stanovenou v § 103 odst. 7 ZVZ („*Podrobná pravidla pro postup v soutěži o návrh stanoví prováděcí právní předpis.*“). K provedení tohoto ustanovení Ministerstvo pro místní rozvoj připravuje v současné době vyhlášku o stanovení náležitostí průběhu soutěže o návrh. Z jejího textu však vyplývá, že má být omezena pouze na architektonické, urbanistické a územně plánovací, krajinářské, inženýrsko-konstrukční (stavitelské) soutěže o návrh a dále pro výtvarné nebo užité umění. Podrobná pravidla pro postup v soutěži o návrh, jehož předmětem by měl být například informační systém nebo IT infrastruktura tedy touto vyhláškou stanovena nebudou, tj. i nadále bude panovat nejistota ohledně postupu zadavatelů v případě, že se rozhodnou tento institut využít právě v oblasti IS/IT.

## Dvoufázové zadávání

- V případě rozsáhlých IS nebo IT projektů lze předpokládat vysokou komplexnost veřejné zakázky (kdy teprve až v průběhu plnění může objektivně dojít ke specifikování dalších parametrů projektu), a tudíž i vyšší nároky na kvalitu smluvní dokumentace. Z tohoto důvodu se jeví jako nejvhodnější používat následující dva typy zadávacích řízení podle ZVZ:

## Soutěžní dialog

- pokud není veřejný zadavatel objektivně schopen přesně vymezit technické podmínky popř. i právní nebo finanční podmínky
- Cílem je nalézt vhodné řešení způsobilá splnit potřeby
- je možné změnit na základě jednání zadávací dokumentaci na základě jednání s uchazeči

## Soutěžní dialog

- soutěžní dialog další omezování počtu uchazečů sice neumožňuje, avšak lze správně poptat vyhovující řešení, tj. v dialogu s uchazeči připravit odpovídající zadávací dokumentaci (což s sebou přináší de facto možnost odmítnout takového uchazeče, který není schopen nabídnout v rámci dialogu specifikované řešení, jelikož takový uchazeč v zásadě po soutěžním dialogu nepodá nabídku, přestože k tomu bude vyzván)
- Zásadním nedostatkem otevřeného řízení je nemožnost eliminovat nabídky nedostatečně kvalifikovaných dodavatelů (jednokolovost), a dále nemožnost specifikovat ve spolupráci s dodavatelem zadávací dokumentaci (soutěžní dialog), resp. dále vylepšovat nabídky, včetně kvalitativních kritérií (JRSU). V případě nemožnosti využití JRSU nebo soutěžního dialogu, doporučujeme alespoň využití užšího řízení (dvoukolovost – vyřazení nedostatečně kvalifikovaných dodavatelů) a dále využití institutu průzkumu trhu dle ZVZ před zahájením zadávacího řízení (i v případě otevřeného řízení).

## Jednací řízení s uveřejněním (JŘSU)

- ve výjimečných případech, pokud s ohledem na povahu dodávek, služeb či stavebních prací nebo rizika s nimi spojená lze důvodně předpokládat, **že nabídkové ceny uchazečů budou navzájem nesrovnatelné**, nebo
- povaha zejména projektových či jiných podobných služeb **neumožňuje dostatečně přesně určit předmět veřejné zakázky** předem tak, aby jí bylo možné zadat postupy stanovenými ZVZ pro otevřené řízení či užší řízení, a to zejména pokud jde o stanovení hodnotících kritérií již při zahájení otevřeného řízení či užšího řízení
- v JŘSU je možné měnit smlouvu NE zadávací dokumentaci



## JŘSU a Soutěžní dialog

- Oba druhy zadávacího řízení jsou z povahy věci dvoufázové, tj. po podání žádostí o účast v řízeních a prokázání splnění kvalifikace jsou pouze kvalifikovaní uchazeči vyzváni k podání nabídek, resp. účasti v soutěžním dialogu (tj. není nutno se zabývat nabídkami nedostatečně kvalifikovaných dodavatelů):
- ačkoliv pouze v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti (tato možnost je vždy dána sektorovému zadavateli) je možné dále omezit počet kvalifikovaných uchazečů, umožňuje JŘSU zejména jednat o nabídkách uchazečů a tyto dále vylepšovat, a to nejen pokud jde o cenu, ale i pokud jde o necenová kritéria (např. dodatečné funkcionality, míra požadované součinnosti, SLA)



## Soulad s informační koncepcí

- Nutno upozornit na skutečnost, že pořizování IS nebo IT v případě, že se dotýká informačních systémů veřejné správy tak, jak je definuje zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (ISVS), musí být v souladu s informační koncepcí, kterou jsou orgány veřejné správy povinny podle § 5a ISVS mít vypracovanu. Podle prováděcí vyhlášky č. 529/2006 Sb. obsahuje informační koncepce záměry na pořízení a vytvoření nových informačních systémů, resp. údaje o údržbě či změnách stávajících informačních systémů. V případě, že právě uvedené je zajišťováno dodavatelsky, musí informační koncepce obsahovat údaje o tom:
- jakou dokumentaci a jaká oprávnění nezbytná pro provádění údržby a změn v informačním systému veřejné správy je nutné v rámci dodávek vyžadovat, a to i s ohledem na to, zda správce informačního systému veřejné správy hodlá případné změny v tomto systému nebo odstraňování poruch provádět vlastními silami,
- jaké požadavky na projektové řízení uplatňuje u dodavatele,
- požadavky na testování informačního systému veřejné správy a akceptaci dodávky před jejím převzetím od dodavatele
- Výše uvedenému by pak měl odpovídat i způsob zadávání, resp. definování obsahu zadávací dokumentace.

## Sdílení služeb

- Běžně se stává, že konkrétní řešení, realizované prostřednictvím veřejné zakázky u jednoho veřejného zadavatele, se natolik osvědčí, že o něj projeví zájem i jiní zadavatelé. V tuto chvíli však neexistuje systémové řešení, které by tuto přirozenou praxi umožňovalo řešit bez rizik porušení právních předpisů. Zejména lze zmínit následující problematické situace:
- druhý zadavatel poptá stejného dodavatele prostřednictvím JŘBU, aniž by byly splněny předpoklady (nelze doložit, že stejné řešení od daného dodavatele je technicky jedinečné – existuje pouze domněnka, že poptávané řešení bude ekonomicky nejvýhodnější např. proto, že dodavatel je již obeznámen s typickými problémy veřejné instituce, bude řešena obdobná agenda aj.)
- instituty centrálního zadavatele, resp. sdružení zadavatelů je možné využít pouze předem, tj. v námi popsaném případě je zřejmé, že v okamžiku vzniku/ověření potřeby pořízení IT/IS již nelze uzavřít smlouvu o centrálním zadávání mezi původním zadavatelem a novým zadavatelem
- teoretickou možností je sdílení nevyužitých kapacit: první zadavatel využívá pouze část vysoutěženého plnění, nevyužitou část tak za stejných podmínek napřímou poptá (od prvního zadavatele či přímo od dodavatele) druhý zadavatel – kromě problematických aspektů zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích by zde však bylo nutno revidovat smluvní vztah s dodavatelem, pokud nebylo s takovou eventualitou ve smlouvě počítáno předem (např. ve formě opce na sublicenci resp. postoupení využitelných práv), avšak úplatné nabytí ze strany druhého zadavatele je problematické i z pohledu ZVZ

## Sdílení služeb

- Stávající ZVZ obsahuje de facto pouze koncept centrálního zadavatele, který však neposkytuje dostatečnou flexibilitu zejména v případě, že dobrý produkt či služba je identifikován dodatečně, po realizaci u jiného zadavatele. Ačkoliv by zadavatelé mohli s takovým vývojem počítat a sjednávat např. různé opční doložky pro rozšíření objemu dodávek či služeb, není takové řešení jednoznačně bezproblémové, pokud jde o práva a povinnosti zadavatele, který by takto chtěl opce – dojednané jiným subjektem – využít.
- Řešením by mohla být buď
- **legislativní změna:** umožnění „přistoupení“ k centrálnímu zadavateli a čerpání plnění tímto centrálním zadavatelem již v minulosti objednaného (zadavatelé by tak v zadávacím řízení formulovali smluvní dokumentaci s dodavatelem s výhledem na potenciálně budoucí rozšíření služeb i pro jiné zadavatele, s nimiž teprve v budoucnu uzavřou smlouvu o centrálním zadávání (jak ji dnes upravuje § 3 ZVZ), anebo
- **pragmatický přístup:** druhý zadavatel ověří parametry poptávaného plnění u prvního zadavatele a při dodržení zásad transparentnosti i nediskriminace nadefinuje předmět veřejné zakázky shodně s plněním, které odebírá první zadavatel; takové plnění může nabídnout i jiný než dodavatel prvního zadavatele, částečně však lze očekávat, že nabídky jiných dodavatelů nebudou moci zohlednit např. množstevní úsporu při správě podobných/stejných systémů u více zadavatelů jedním dodavatelem, což by mělo vést k tomu, že stávající dodavatel nabídne ekonomicky nejvýhodnější řešení; nelze však ani vyloučit, že jiný dodavatel, který poskytne funkčně stejné, ale vlastní řešení, nabídne cenově výhodnější plnění.

- Děkuji za pozornost
- Hodně štěstí při zadávání veřejných zakázek v IT