

Veřejné investování v oblasti ICT pohledem ÚOHS

*Internet ve státní správě a samosprávě
Hradec Králové, 13.4.2015*

Mojmír Florian
ředitel Odboru veřejných zakázek II



- 1. Úvod**
- 2. Stanovení zadávacích podmínek [§ 44 ZVZ]**
- 3. Použití JŘBU při „následných“ zakázkách
[§ 23 odst. 4 písm. a) ZVZ]**
- 4. Doporučení**

Úvod

- **zakázky v oblasti ICT**
 - z pohledu dotčených trhů jsou spolu se zakázkami v oblasti stavebnictví a dopravy nejčastějším předmětem přezkumu ze strany Úřadu
 - specifika:
 - technická složitost
 - úzká souvislost s právem duševního vlastnictví

Stanovení zadávacích podmínek

- **§ 44 odst. 1 ZVZ:** *Zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.*

Stanovení zadávacích podmínek

- **KS v Brně sp.zn. 62 Ca 33/2007 z 20.3.2008:** *základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl. Pokud mohou být předmětem hodnocení (...) toliko nabídky, které odpovídají zadávací dokumentaci, pokud každá nabídka vyhovující požadavkům stanoveným v zadávací dokumentaci je nabídkou vhodnou a pokud má zadávací dokumentace rozhodující význam i pro konečnou podobu smlouvy o realizaci veřejné zakázky (...), pak na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci je třeba klást klíčová důraz*

Stanovení zadávacích podmínek

- **§ 44 odst. 11 ZVZ:** Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. ...

Stanovení zadávacích podmínek

- **KS v Brně sp.zn. 62 Ca 27/2009 z 28.4.2011:** (1) *Povinnost vymezit v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky je bezvýjimečná ...* (2) Zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů, pokud to pro jasnou identifikaci poptávaného plnění není nezbytně nutné. (3) *V zadávací dokumentaci nelze odkazovat na obchodní označení jako Intel či AMD, a to dokonce ani v případech, kdy je připojen dovětek „nebo ekvivalentní“.*

Stanovení zadávacích podmínek

KS v Brně sp.zn. 62 Ca 51/2007 z 11.12.2009: *K technické specifikaci předmětu veřejné zakázky prostřednictvím stanovení a provázání předmětu veřejné zakázky s určitým výrobcem či výrobkem lze přistoupit pouze a výhradně při splnění určitých striktně vymezených podmínek spočívajících ve zvláštnosti předmětu veřejné zakázky a v tom, že jeho popis stanovený obecnými technickými podmínkami plnění by nebyl přesný a srozumitelný. Pouze za těchto podmínek zadavatel může v zadávací dokumentaci odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky např. pro bližší určení standardu jakosti či dalších vlastností výrobků. Odkaz na konkrétní firmu či výrobek je typicky přípustný např. při zadání VZ na dodávku softwarového vybavení, jež musí být kompatibilní s operačním systémem, které již zadavatel využívá.*

Použití JŘBU

- *§ 23 odst. 4 písm. a) ZVZ: Zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže ... veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem ...*
- *využitelné při rozšiřování a upgrade stávajícího programového vybavení ???*

Použití JŘBU

- **KS v Brně sp.zn. 62 Af 65/2011 ze dne 8.2.2013:** *Ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných okolností odůvodňujících výjimku z jinak předepsaných postupů (v daném případě tedy postup v JŘBU) nese ten, kdo se výjimky dovolává.*

Použití JŘBU

- **KS v Brně sp.zn. 31 Af 54/2012 ze dne 9.4.2013, NSS sp.zn. 5 Afs 48/2013 ze dne 30.5.2014: JŘBU představuje druh zadávacího řízení s nejnižší mírou transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže. I z tohoto důvodu právní úprava ZVZ i zadávacích směrnic omezuje možnosti jeho využití a taktéž judikatura Soudního dvora se ustálila na výkladu, že právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění nelze vykládat jinak než restriktivně. Z povahy jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá zákaz rozšiřujícího výkladu tohoto institutu, přičemž platí, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití.**

Použití JŘBU

- **NSS sp.zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013**
 - Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil.

Použití JŘBU

- **NSS sp.zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013**
 - *Nejvyšší správní soud uvádí, že je nutno na toto žalobcovo chování hledět z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Pokud zadavatel bude požadovat, například komentovaný zdrojový kód a povolení k tomu, aby dál mohl rozvíjet software pomocí třetí osoby či širší licenční oprávnění, tak bude zajisté předchozí veřejná zakázka finančně náročnější, protože dodavatel bude požadovat finanční prostředky navíc. Je proto otázkou účelnosti takto vynaložených veřejných prostředků, jestli je správné, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou...*

Použití JŘBU

○ NSS sp.zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013

výklad – klíčová je povaha pořizovaného softwaru

- Pokud zadavatel pořizuje „jednorázový“ software, tj. programové vybavení, který má plnit objektivně stanovené úkoly v určitém omezeném čase, po jehož uplynutí bude vyřazen, přičemž nelze předpokládat, že po dobu jeho plánované životnosti jej nebude třeba upravovat, lze v souladu se zásadou hospodárného vynakládání veřejných prostředků akceptovat, aby si zadavatel nevyhrazoval v zadávacích podmínkách široká licenční oprávnění (a případné nepředvídatelné změny řešil prostřednictvím JŘBU)
- **Zadavatel však vždy ponese důkazní břemeno ohledně naplnění celé shora uvedené hypotézy**

Použití JŘBU

- NSS sp.zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11.1.2013
výklad – klíčová je povaha pořizovaného softwaru
 - Ve všech ostatních případech, kdy předmětná hypotéza nebude naplněna (komplexní software pro dlouhodobé použití, software používaný v oblastech dotčených častými legislativními změnami atd.), **lze důrazně doporučit, aby si zadavatel stanovil takové zadávací (obchodní) podmínky (ve smyslu licenčních ujednání), které mu umožní další úpravy a rozvoj software bez omezení hospodářské soutěže, tedy bez exkluzivity vybraného uchazeče.**

Doporučení

- **Poptávaný předmět veřejné zakázky popsat v zadávacích podmínkách jednoznačně a přesně, ale ne natolik „přesně“, aby odkazoval na konkrétní produkty/výrobce (není-li to nezbytně nutné) (Lze se obejít bez experta na danou oblast???)**
- **Již při pořizování nového programového vybavení myslet na pravděpodobnost/nutnost jeho budoucích úprav (a podle toho formulovat zadávací podmínky včetně rozsahu požadovaných licencí)**

Děkuji Vám za pozornost ...



mojmir.florian@compet.cz