

(BEZ)DŮVODNÉ PŘEKÁŽKY HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE PŘI VYMEZOVÁNÍ PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY A KRITÉRIÍ KVALIFIKACE

*konference ISSS
Hradec Králové, 20. 9. 2021*

Mgr. Markéta Dlouhá, místopředsedkyně Úřadu pro ochranu
hospodářské soutěže

Mgr. Mojmír Florian, ředitel Odboru veřejných zakázek II



Přehled prezentace

- I. Vymezení předmětu veřejné zakázky – obecně
- II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS



I. Vymezení předmětu veřejné zakázky – obecně

Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek

- **3 díly**, první 2 vydány v r. 2019, poslední v březnu 2020

http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2019/Infolist_2019_02.pdf

(co je zadávání, co je veřejná zakázka, základní zásady, předmět veřejné zakázky, předpokládaná hodnota, režim)

http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2019/Infolist_2019_03_pruvodceVZ_II.pdf

(zadávací dokumentace, kvalifikace, hodnocení)

http://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2020/2020_01_infolist_pruvodce3.pdf

(průběh posuzování a hodnocení nabídek, ukončení zadávacího řízení, ochrana proti nesprávnému postupu zadavatele, **zakázkový checklist**)



- **vymezení předmětu veřejné zakázky** – 1. díl, str. 32 a násl.
-

I. Vymezení předmětu veřejné zakázky – obecně

„Všeobecně se ví“, že

- **popis** toho, co zadavatel poptává, musí **být jednoznačný, určitý a dostatečný** (zadavatel musí mít jistotu, že vše, co mu bude nabídnuto a co vyhoví stanoveným podmínkám, je tím, co opravdu chce a potřebuje)



- **nelze** (až na výjimky) **přímo nebo nepřímo odkazovat na konkrétní výrobky a jejich výrobce či služby**

„Zadavatelé dostápou“ v tom, že

- **Žádný požadavek** zadavatele na předmět plnění **nesmí vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže**

→ § 36 odst. 1 ZZVZ: „Zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“ (obecné ustanovení části druhé ZZVZ)

I. Vymezení předmětu veřejné zakázky – obecně

- rozhodnutí předsedy Úřadu **R 124/2018 (19. 10. 2018)**: *Obecně lze se zadavatelem souhlasit, že je to právě on, kdo ví nejlépe, jaké plnění potřebuje, a jaké se rozhodne poptávat. Na druhou stranu **zadavatel musí být schopen své požadavky zdůvodnit, aby bylo zpětně přezkoumatelné, zda jeho požadavky nedůvodně neomezují hospodářskou soutěž a zda zadavatel přehnanými požadavky nedůvodně nevylučuje ze soutěže o zakázku dodavatele, kteří jsou zakázku schopni kvalifikovaně plnit.***
- rozhodnutí předsedy Úřadu **R 216/2019 (24. 1. 2020)**: *Předně platí, že je to zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám a tedy reflektovaly jeho požadavky na předmět plnění. Zadavatel je rovněž osobou, která je oprávněna stanovit zadávací podmínky tak, aby předmětná veřejná zakázka byla schopna zajistit nezbytné potřeby zadavatele. Zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, na straně druhé aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Je tedy nesporné, že **po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad, nicméně případné omezení by mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele.***

→ ZLATÉ ZADAVATELSKÉ PRAVIDLO: vím, co dělám, a proč to dělám

I. Vymezení předmětu veřejné zakázky – obecně



Objektivně zdůvodnit = racionálně obhájit ve vztahu ke svým potřebám, „*Takto to chci!*“, není relevantní odpověď!

Čím více je požadavek pro trh omezující, tím více ho bude třeba hájit!

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

Co udělá Úřad, je-li tvrzeno, že zadavatel vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže?

- **bude zjišťovat, nakolik je zadávací podmínka pro trh limitující** – jaké části dodavatelů působících na relevantním trhu působí daná podmínka problémy (typicky se soutěže o zakázku nemohou vůbec účastnit) – šetření na relevantním trhu
- **bude zjišťovat, čím zadavatel danou zadávací podmínku zdůvodňuje** – na jaké své potřeby odkazuje – *toto by ideálně mělo být obsahem již rozhodnutí o námitkách, resp. vyjádření k návrhu*
- **bude se snažit tvrzení zadavatele objektivizovat** – *notoriety (úvaha Úřadu), odborné vyjádření, znalecký posudek*

Čím lépe bude zadavatel připraven (čím aktivnější bude), tím rychleji svůj postup (pokud bude zákonný) obhájí!

- sám by měl vědět, jak moc soutěž omezuje (v ideálním případě mít připravený seznam dodavatelů, kteří jsou schopni jeho potřeby uspokojit)
 - měl by mít připravenou racionální argumentaci a případně i navrhnout důkazy k prokázání její relevance (odborná vyjádření renomovaných pracovišť apod.)
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 361/2019 (11. 11. 2019), potvrzeno R 0215/2019 (6. 2. 2020)

Zadavatel poptával **personální informační systém**

- **smluvní podmínky** – ke všem částem plnění, které jsou autorským dílem, je dodavatel povinen **poskytnout nevýhradní a neomezené licence a předat zadavateli zdrojový kód každé jednotlivé části autorského díla, která je počítačovým programem, a která je zadavateli poskytována na základě uzavřené smlouvy**
 - připustil možnost dodat v rámci předmětu **plnění software s uzavřeným kódem (proprietární software)**. V případě proprietárního software stanovena podmínka **buď zajištění partnerské sítě tří nezávislých vzájemně nepropojených dodavatelů, kteří mohou takový software upravovat nebo k takovému software dodavatel poskytne zadavateli garanci, že další rozvoj celého systému bude možné provádět i bez nutnosti zásahu do zdrojových kódů tohoto software a nebo dodavatel zadavateli k danému software poskytne úplné zdrojové kódy a bezpodmínečné právo provádět jakékoliv modifikace, úpravy, změny software**
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 361/2019 (11. 11. 2019), potvrzeno R 0215/2019 (6. 2. 2020)

Návrh proti zadávacím podmínkám

- stanovenými podmínkami zadavatel **porušil zásadu zákazu diskriminace**
 - zadavatel navrhovatele **omezil v účasti v předmětném zadávacím řízení**, když provedl **svévolně rozšíření definice proprietárního software**, neboť obecně platné definice proprietárního software neberou v potaz, zda je na daném trhu proprietární software nabízen a udržován autorem (vlastníkem autorských práv) v individuálním postavení či vícero subjekty souběžně
 - navrhovatel software nabízí na území České republiky samostatně a **nedisponuje dalšími nezávislými a nepropojenými partnery, kteří by měli oprávnění jeho proprietární software upravovat**. Pro navrhovatele je **zcela nepřijatelné, aby jakékoliv třetí straně poskytl kompletní zdrojový kód svého klíčového software tvořícího kmenový výrobní prostředek společnosti**
 - navrhovatel dále namítá, že **požadavek zadavatele na poskytnutí zdrojových kódů k takto extenzivně definovanému proprietárnímu software povede k omezení hospodářské soutěže**, neboť nejenom navrhovatel, ale dle jeho názoru i další potenciální dodavatelé v obdobném postavení se zadávacího řízení nezúčastní a zadavatel tak obdrží méně (a pravděpodobně výrazně dražších) nabídek
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 361/2019 (11. 11. 2019), potvrzeno R 0215/2019 (6. 2. 2020)

Zadavatel uvedl, že

- požadavky mají zadavateli **zajistit svobodu rozhodování a možnost v rámci případného následného zadávacího řízení zadávat provoz, podporu, údržbu a rozvoj dle zákona**
 - k takto nastaveným smluvním podmínkám přistoupil „***z důvodu získání oprávnění k výkonu majetkových práv k autorskému dílu, aby mohl v budoucnu garantovat dostatečnou otevřenou soutěž hospodářských subjektů (...)***“ a dále mj. doplnil: „***K požadavku na předání zdrojových kódů, nebo na partnerskou síť tří na sobě nezávislých a vzájemně nepropojených subjektů na území České republiky zadavatel uvádí, že tyto skutečnosti usnadní zadavateli realizovat požadované případné propojení personálního informačního systému na software spisové služby, ekonomický systém, docházkový systém, a všechny další systémy (...).***“
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 361/2019 (11. 11. 2019), potvrzeno R 0215/2019 (6. 2. 2020)

Závěr – Úřad návrh zamítl

- „S ohledem na obsah stanovených smluvních podmínek v návrhu smlouvy lze dovodit, že **pro zadavatele je rozhodující, aby k PIS, který získá v rámci předmětné veřejné zakázky, získal rovněž dostatečnou záruku, že tento systém bude moci** (zadavatel i další subjekty) v budoucnu **upravovat nebo do něj v případě potřeby zasahovat** (např. při navazujících či jinak souvisejících veřejných zakázkách), **a že v tomto ohledu tedy zadavatel nebude žádným způsobem omezen a závislý na konkrétním dodavateli.**“
- „Zadavatelem stanovené zadávací podmínky pouze (zcela v mezích zákona) způsobily, že se **předmětného zadávacího řízení zúčastní jen takoví dodavatelé, kteří budou moci zadavatelem stanovené podmínky splnit.** Pokud tedy navrhovatel argumentuje, že v návaznosti na jím rozporovanou smluvní podmínku zadavatel obdrží méně a navíc dražších nabídek, nelze než konstatovat, že tato situace je možná, ale lze současně rovněž konstatovat, že jejím důvodem nebude nezákonný postup zadavatele.“



Ne každé omezení soutěže znamená porušení § 36 ZZVZ či zákazu diskriminace, pakliže je **omezení soutěže důvodné.**

- zadavatel smluvní podmínku stanovil z důvodu prevence vendor-lock-in!
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 80/2020 (9. 6. 2020), potvrzeno R 130/2020 (27. 8. 2020)

Zadavatel (nemocnice okresního významu) poptával **dodávku a zavedení klinického informačního systému**

- v rámci kritérií kvalifikace požadoval alespoň **3 referenční zakázky** (dodávka, implementace nebo technická podpora NIS), každou min. za 1,5 mil. Kč, kdy v součtu prokáže nasazení NIS min. ve stejném rozsahu 57 požadovaných funkcionalit, přičemž jedna zakázka musí pokrýt alespoň 50 % funkcionalit, přičemž každá funkcionalita musí být nasazena v rutinním provozu nejméně 3 měsíce u poskytovatele zdravotní péče minimálně s 300 uživateli z řad zdravotnického personálu
 - **navrhovatel** pokládal **nastavení technické kvalifikace za příliš přísné** s tím, že omezuje okruh dodavatele jen na ty, jejichž zákazníci shodou okolností požadují stejný rozsah funkcionalit
 - **zadavatel** argumentoval tím, že jeho **zájmem bylo obdržet plnění od skutečně kvalifikovaného dodavatele**, přičemž umožnil rozložit referenční plnění do 3 zakázek
 - **Úřad** provedl **rozsáhlé šetření na relevantním trhu**, přičemž zjistil, že **zadavatelovy požadavky by splnil jen jeden dodavatel na trhu**
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 80/2020 (9. 6. 2020), potvrzeno R 130/2020 (27. 8. 2020)

- dodavatelům přitom zejména **vadil požadavek na referenční pokrytí všech 57 oblastí**; některým dodavatelům chyběla třeba jen jedna nebo několik málo oblastí
 - kritéria kvalifikace by nesplnil ani dodavatel, který implementoval NIS v krajské nemocnici, ve dvou fakultních nemocnicích a v několika nemocnicích okresního významu → **zadávací řízení bylo rozhodnutím Úřadu zrušeno, protože předmětné požadavky na kvalifikaci ve svém souhrnu představovaly nedůvodnou překážku hospodářské soutěže (v podstatě zcela uzavíraly trh)**
 - z rozhodnutí předsedy Úřadu: *„Skutečnost, že příslušný dodavatel má zkušenost s dodávkami, implementacemi a/nebo poskytováním technické podpory NIS, které ve svém souhrnu sestávaly z menšího počtu nebo jiných funkcionalit, než zadavatelem požadovaných 57 konkrétních funkcionalit, však sama o sobě neznamena, že není způsobilý splnit posuzovanou veřejnou zakázku řádně a včas. Informační systémy se standardně dělají na míru, a proto je běžné, že dodavatel musí svůj základní produkt doplnit a upravit podle potřeb konkrétního zákazníka.“*
 - *„Pokud by všichni zadavatelé postupovali stejně jako zadavatel v nyní šetřeném případě, došlo by k uzavření trhu ve prospěch jednoho či několika málo dodavatelů, kteří již požadovanými referencemi disponují. Další dodavatelé by již neměli možnost požadované reference získat, a proto by se nemohli zadávacích řízení na obdobné veřejné zakázky účastnit. Takový přístup, který vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, je v rozporu s § 36 odst. 1 zákona a jeho zásadami.“*
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 0317/2018 (31. 3. 2020), po rozhodnutí R 0223/2018 (1. 3. 2019)

- **Zadavatel** poptával NIS, k prokázání technické kvalifikace mj. požadoval doložit seznam významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, kdy jednou z požadovaných referenčních zakázek prokáže realizaci NISu v nemocnici čítající více než 600 lůžek.
 - V uvedené věci bylo **nutno posoudit** i to
 - zda je pro vývoj, dodání a servis specifikovaného nemocničního informačního systému (tj. pro plnění veřejné zakázky) **rozhodný údaj o počtu lůžek?**
 - Úřad prováděl jednak **šetření na trhu**, jednak za účelem zodpovězení mj. předmětné otázky **oslovil znalce**.
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 0317/2018 (31. 3. 2020), po rozhodnutí R 0223/2018 (1. 3. 2019)

Ze znaleckého zkoumání vyplynulo k této části návrhu následující

- *„V rámci šetření **nebyl prokázán prostý vztah mezi počtem lůžek a vlivem na vývoj/dodávku/servis, neboť tyto činnosti nesouvisí přímo s počtem lůžek, ale jak bylo uvedeno výše, s objemem dat, požadovanou rychlostí, strukturou databáze, počtem záznamů, počtem uživatelů, počtem lokalit a mnoha dalšími parametry. Počet lůžek sám o sobě, bez informací o typu oddělení na které patří, kolik se na nich vystřídá pacientů, zda jsou připojeny na IS, jaké informace se o nich evidují..., nemůže nijak činnosti vývoje/servisu či dodávky ovlivnit. V rámci šetření, nebyla nalezena ani legislativní omezení, která by na základě parametru 600 lůžek nějakým způsobem omezovala dodavatele či mu určovala nějaké speciální činnosti, které by při menším počtu lůžek neměl. Význam tak může být pouze pro představu o velikosti nemocnice, agendách s tím spojených apod. nicméně tuto představu si dokáže potenciální dodavatel udělat lépe na základě kritérií kladených na IS.“***
-

II. (Bez)důvodné překážky hospodářské soutěže – řízení před ÚOHS

S 0317/2018 (31. 3. 2020), po rozhodnutí po R 0223/2018 (1. 3. 2019)

Závěr Úřadu k této **dílčí části** návrhu

- „Úřad tedy uvádí, že pokud údaj o počtu lůžek nemocnice bez dalšího nemá pro potenciální dodavatele daného informačního systému žádný význam a neexistuje rozdíl v tom, zda je vyvíjen, dodáván a servisován nemocniční informační systém pro nemocnici disponující 600 lůžky a více v porovnání s méně než 600 lůžky kromě hranice 800 lůžek, kdy zadavatel musí dodržet některá bezpečnostní opatření, která se ovšem neváží přímo k informačnímu systému, ale k organizaci jako takové a funkčnost informačního systému je přitom stále stejná, takže potenciální dodavatel nebude mít se systémem více či méně práce, došel Úřad k závěru, že **dané kritérium technické kvalifikace tak není přiměřené předmětu veřejné zakázky, když při samotném plnění předmětu veřejné zakázky pouhý počet lůžek bez dalšího nehraje žádnou roli. Jinými slovy uvedený požadavek na počet lůžek bez dalšího, který je obsažen v daném kritériu technické kvalifikace, nemá žádnou vypovídací hodnotu ohledně schopnosti potenciálních dodavatelů plnit veřejnou zakázku. Dané kritérium technické kvalifikace je tak nejenom zjevně nepřiměřené předmětu veřejné zakázky, ale zároveň i diskriminační, když bezdůvodně omezuje vstup na daný trh potenciálním dodavatelům veřejné zakázky, kteří by byli schopni veřejnou zakázku plnit, nicméně nejsou schopni prokázat uvedený počet lůžek, který je ovšem, jak Úřad vyvodil v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, bez dalších specifikací naprosto bezvýznamný z hlediska prokázání schopnosti potenciálních dodavatelů plnit veřejnou zakázku.**“
-



... děkujeme za pozornost

marketa.dlouha@uohs.cz

mojmir.florian@uohs.cz