

Veřejné zakázky v IT

VENDULA SOCHOROVÁ
KRAJSKÝ SOUD V BRNĚ

18. května 2022

OBSAH

1. Úvod
2. Vendor lock-in
3. JŘBU
4. Aktuality

1. Úvod

- ▶ EK: Open Standards for ICT Procurement, Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in
- ▶ Změny v ČR v oblasti IT: Projekt Transformace koordinace a řízení digitalizace
 - ▶ Národní datové centrum, Národní digitální agentura
 - ▶ Nahrazení odboru hlavního architekta eGovernmentu

2. Stav uzamčení a následné veřejné zakázky

- ▶ Provázanost stavu uzamčení a nutnosti zadávat navazující zakázky v JŘBU
- ▶ Úvaha zadavatele o nutnosti budoucích zásahů do IS/programu již v okamžiku zadávání původní zakázky (zohlednění specifík případu – co poptává, na jakou dobu, zda lze očekávat dodatečné zakázky apod.)
- ▶ Předběžné tržní konzultace - § 33 ZZVZ – představa o reálných možnostech poptávaného řešení
- ▶ Snaha o nastavení takových podmínek, aby nedošlo ke stavu uzamčení - ovšem za jakou cenu?
 - ▶ Přiměřenost zadávacích podmínek - § 6, § 36/1 ZZVZ – nesmí vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže
 - ▶ Vyžadování neomezené a výhradní licence a zdrojových kódů u IT veřejných zakázek může vést k vyloučení soutěže, neboť např. většina dodavatelů není ochotna své zdrojové kódy k produktu poskytnout

2. Stav uzamčení a následné veřejné zakázky

- ▶ 30 Af 23/2020 Solitea (Vema)- cíl zadavatele vyhnout se stavu uzamčení nemusí být za všech okolností souladný se zásadou přiměřenosti! (§ 6 ZZVZ)
 - ▶ Přiměřenost zadávacích podmínek může být nezbytné prověřit průzkumem trhu – Úřad nedisponuje dostatečnou odborností v oblasti IT
 - ▶ Nastavení zadávacích podmínek je v dispozici zadavatele - Úřad ani soud nemohou určovat, zda zadavateli postačují exitové mechanismy nebo zda je nutné poskytnutí zdrojových kódů
 - ▶ ÚOHS - S0530/2020/VZ Tesco SW (Národní energetický klastr, z. s.) - odůvodnění požadavku na výhradnost licence motivované snahou zadavatele předejít vendor lock-in efektu by samo o sobě nemohlo obstát

2. Vendor lock-in

- ▶ Základní pravidlo: nedostat se do stavu uzamčení!
 - ▶ Nastavení vstupních a výstupních mechanismů, možnost změny dodavatele (licence, zdrojové kódy), preferovat kratší časový horizont, atd.
- ▶ Stav uzamčení (exkluzivita dodavatele) = neschopnost zadavatele změnit či zpřístupnit dílo vytvořené dodavatelem bez jeho souhlasu nebo poplatků (tzv. exit costs) – vznik závislosti zadavatele na konkrétním dodavateli
- ▶ Náklady životního cyklu poptávaného řešení – v nich zahrnuty náklady na přechod na nový systém – např. IS na 10 let bez nutnosti poskytnutí zdrojových kódů/licenčních oprávnění, poté přechod na nově vysoutěžený systém
- ▶ Licence výhradní × nevýhradní × kombinace (nevýhradní licence spojená s licencí výhradní k modulům tvořeným na míru)

2. Doba vzniku stavu uzamčení

- ▶ U posuzování přičitatelnosti vzniku stavu uzamčení zadavateli jsou důležité okolnosti konkrétního případu!
 - ▶ předmět zakázky, délka trvání smluvního vztahu, očekávatelnou potřebu budoucích změn, doba vzniku stavu exkluzivity atd.
- ▶ 62 Af 30/2018 (10 As 372/2019) - nelze akceptovat navždy stav (po několik desetiletí) trvajících, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené „kdysi dávno“
- ▶ 29 Af 12/2018 – nevědomost o potřebě budoucího rozšiřování v době uzavírání původní smlouvy se během doby může změnit ve vědomost
 - ▶ vyhodnocení celkové situace v okamžiku zadání navazující veřejné zakázky v JŘBU, přičemž podmínky pro její zadání je třeba posuzovat s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době jejího zadávání a se zohledněním rozhodovací praxe žalovaného a soudů známé v tu dobu
- ▶ 30 Af 30/2019 (Moravskoslezský kraj) – VZ z roku 2012 s předpokládanou dobou trvání min. do roku 2020 v oblasti IT
 - ▶ podle soudu zde bylo obecně možné předpokládat nutnost rozvoje a budoucího rozšiřování předmětu plnění
- ▶ 3 As 60/2020 – při posuzování otázky, zda zadavatel veřejné zakázky zavinil svým jednáním „stav exkluzivity“, je třeba přihlížet rovněž k době vzniku vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, k relevantní právní úpravě v dané době, k obchodním zvyklostem
 - ▶ Statutární město Brno - Rozšíření a rozvoj systému GINIS, smlouva uzavřena v roce 1998 (navazující smlouvy uzavírány téměř každý další rok)
 - ▶ Následné rozhodnutí ÚOHS ze 6. 4. 2022, č. j. ÚOHS-11869/2022/500, řízení zastaveno (ochrana legitimního očekávání)
 - ▶ Soudobé požadavky na kvalitu smluv uzavíraných v rámci veřejných zakázek totiž nelze mechanicky vztahovat zpět do minulosti

2. Doba vzniku stavu uzamčení

Příklady:

1. Informační systém k účtování specifického dotačních prostředků
 - ▶ Pořízeno v roce 2000, čerpání dotace předpokládáno v letech 2002 – 2004
 - ▶ v roce 2010 nová legislativa vyžadující změnu systému, čerpání dotací do té doby ještě nebylo ukončeno
2. Identity management (IDM) pro obec
 - ▶ IDM pořízený v roce 2010 na 10 let
 - ▶ v roce 2015 vznikne potřeba na rozšíření počtu licencí, doplnění funkcionalit související s tím, že bylo rozhodnuto o začlenění i korporací vlastněných obcí do systému (původně jen pro aparát obce)
 - ▶ nutnost rozšíření systému iniciována obcí × legislativními změnami
3. Personální informační systém (PIS) pro ministerstvo
 - ▶ Pořízený v roce 2018 na 5 let bez požadavku na výhradní licenci, zdrojové kódy
 - ▶ Změna zdanění v roce 2020 vyvolá nutnost změny PIS, k níž nemá zadavatel oprávnění
 - ▶ Liší se odpověď, pokud by šlo o PIS pořízený v roce 2000 na 2 roky?

3. JŘBU

- ▶ Nejméně formalizovaný postup - § 63 a násl. ZZVZ
- ▶ Zadavatel vstupuje do smluvního vztahu s konkrétním předem vybraným dodavatelem a nestíhá ho povinnost před tím oslovit více dodavatelů, kteří mezi sebou budou o smluvní vztah "soutěžit"
- ▶ Restriktivní výklad podmínek
- ▶ Kumulativní splnění podmínek ZZVZ (rozsudek SDEU ze dne 28. 3. 1996, Komise v. Německo, C-318/94)
- ▶ Podmínky obecné (§ 63/3 ZZVZ) × zvláštní (§ 64, § 65, § 66 ZZVZ)

3. JŘBU

- ▶ Podmínky formální (tech. důvody, výhradní práva) vs. materiální (přičitatelnost zadavateli)
- ▶ Podmínky musí splňovat celý předmět plnění (rozhodnutí ÚOHS ze dne 24. 8. 2007, sp. zn. S178/2007)
- ▶ Nejčastěji u IT zakázek: § 63 odst. 3 písm. c) ZZVZ technické důvody a výhradní práva (krajní nouze většinou ne, jen např. v případě krachu stávajícího dodavatele, pokud zadavatel nedisponuje zdrojovými kódy)
- ▶ Oprávněným důvodem není pohodlnost či neochota zadavatele měnit stávající systém
- ▶ Nutnost předpokládat budoucí změny systému
- ▶ Rozvoj v oblasti informačních technologií často může vést k zastarání programu/systému a nutnosti jeho výměny za nový – zde se náklady na získání majetkových práv stanou neodůvodněnou investicí
- ▶ Problémy starších smluv, dříve pořízených IS – vyměnit kompletně za nový nebo riskovat nezákonnost JŘBU na dílčí změny systému?
 - ▶ Kdy byla smlouva uzavřena – zda v dané době bylo možné změny systému očekávat?
 - ▶ Na jak dlouho byla uzavřena – nutnost přizpůsobit předmět a podmínky VZ

3. Důkazní břemeno v JŘBU

- ▶ DB k prokázání podmínek leží na zadavateli – ideálně vysvětlit důvody již v zadávací dokumentaci
 - ▶ C-199/85 - Komise proti Itálii, C-385/02 - Komise proti Itálii - objektivní nemožnost splnění veřejné zakázky více dodavateli musí existovat k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění
 - ▶ 62 Af 93/2017, 1 As 108/2021 (ČR-MF, IS Viola) – argumentovat lze i podklady vzniklémi po zahájení zadávacího řízení
 - ▶ 5 Afs 48/2013 – Úřad podle potřeby může sám doplnit důkazy
 - ▶ 31 Af 35/2015 - Úřad nese DB, pokud hodlá zpochybnit skutečnosti prokázané zadavatelem

3. JŘBU – přičitatelnost zadavateli

- ▶ Zadavatel zákonný důvod umožňující použití jednacího řízení bez uveřejnění nesmí sám vytvořit, resp. tento stav mu nesmí být přičitatelný (viz např. úprava v čl. 32 směrnice 2014/24/EU)
 - ▶ tzv. objektivní výlučnost = pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám zadavatel svým neobežretným jednáním, např. tím že v původní veřejné zakázce nepředvídal možnost dalšího rozšiřování předmětu plnění a smluvními podmínkami založil stav exkluzivity vybraného dodavatele
- ▶ Důvod postupu v JŘBU musí vyplývat přirozeně z předmětu plnění původní veřejné zakázky, ze které vzniklo autorské dílo, a nesmí být vytvořen za přispění zadavatele
 - ▶ Mohl si zadavatel být v době zadání původní zakázky vědom, že nastane potřeba rozšíření díla?
 - ▶ Bylo JŘBU odůvodněno objektivní změnou okolností, kterou v době původní veřejné zakázky nebylo možné předpokládat?

3. JŘBU – přičitatelnost zadavateli

- ▶ Modelové situace (62 Af 93/2017) – nešikovnost × účelovost × zavinění
 1. nutnost použití JŘBU vyvolána porušením zákona při zadávání původní veřejné zakázky
 2. vědomé způsobení stavu exkluzivity zadavatelem s úmyslem vytvořit podmínky pro použití JŘBU u navazujících VZ (nedojde k porušení zákona)
 - ▶ 1 AS 256/2015 Opencard
 3. zadavatel musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, ale akceptuje taková licenční či jiná smluvní ujednání, která vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným dodavatelem (nedojde k porušení zákona)
 4. zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky objektivně nemůže přepokládat budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky, avšak z důvodu objektivní změny okolností je nucen zadat navazující veřejnou zakázku v JŘBÚ

3. JŘBU – zásada hospodárnosti (3E)

- ▶ Primární je ochrana hospodářské soutěže, zásada hospodárnosti však může postup ospravedlnit – 3E (effectiveness, economy, efficiency)
 - ▶ dovozeno judikaturou, zákon tuto možnost nepřipouští – 5 As 26/2017, 5 Afs 42/2012, 62 Af 15/2018, 31 Af 18/2018, 62 Af 65/2011
 - ▶ Jen tehdy, jsou-li naplněny ostatní podmínky pro JŘBU (2 As 292/2017)
- ▶ Zadavatel je povinen doložit přesvědčivé důkazy prokazující ekonomickou výhodnost – nestačí tvrzení (ZP, ekonomická analýza)
- ▶ Nutnost doložení hospodárnosti řešení jako celku! – tj. výhodnost zvoleného řešení při zohlednění původní i navazujících VZ, nikoliv výhodnost řešení v situaci, kdy zadavatel již je uzamčen (30 Af 19/2019, Moravskoslezský kraj)

4. Aktuality...

30 Af 6/2021 CROSS Zlín - 5. 5. 2022 rozhodnuto o položení
předběžné otázky

(C-303/22)

- ▶ **Je v souladu se čl. 2 odst. 3 a čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS vykládaným ve světle čl. 47 Listiny základních práv EU, pokud česká právní úprava umožňuje zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku před podáním žaloby k soudu příslušnému k přezkumu zákonnosti druhostupňového rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o vyloučení uchazeče?**