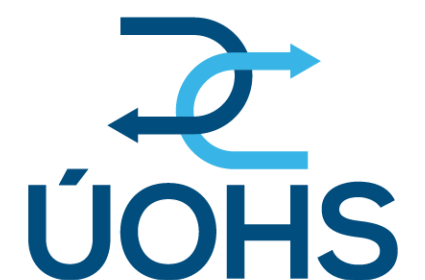


VYBRANÉ PŘÍKLADY ROZHODOVACÍ PRAXE ÚOHS – K DNS A RÁMCOVÝM DOHODÁM

PETR VÉVODA
ŘEDITEL ODBORU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK III
SEKCE VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK



Struktura prezentace

- **Obecně ke zvláštním postupům - DNS a RD**
- **S534/2021 – aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS**
- **S350/2022 – možnost uzavření RD v DNS**

Obecně ke zvláštním postupům – DNS a RD

□ poptávání opakujícího se **plnění dle aktuálních potřeb zadavatele**, speciální úprava v ZZVZ, **dvoufázový průběh** zadání VZ

- 1. fáze - **realizace ZŘ** (zavedení DNS, uzavření dohody)
- 2. fáze – „**minitendry**“ (zadání VZ, u RD lze i bez soutěže)

➤ **dynamický nákupní systém**

- lze ho zavést i na **dobu neurčitou**, po celou dobu je **otevřený**, pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je **pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací**, konkrétní specifikace předmětu VZ stačí v rámci „minitendru“

➤ **rámcová dohoda**

- mimo odůvodněné případy může být uzavřena jen na **dobu určitou** (standardně na 4 roky), po dobu účinnosti **nesmí být rozšířen okruh zadavatelů či dodavatelů**, plnění je **fixně popsáno** již v rámcové dohodě

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

S534/2021

Vymezení předmětu VZ

- plnění spojená s **podporou a rozvojem** programového vybavení ASPE (v rámci DNS), stávající zadavatelem využívaný IS pro přípravu a řízení staveb

Další požadavky zadavatele

- respektovat pravidla partnerského programu výrobce programu při poskytování maintenance produktů (oprávnění realizovat prodej a podporu produktů ASPE - nezbytnost **uzavření partnerské smlouvy**)

Návrh na zahájení SŘ

- pravidla programu nejsou stanovena objektivně, **nejedná se o běžné, obecně dostupné zboží, služby nebo stavební práce**, neboť zadavatel podporu a údržbu programového vybavení ASPE **zatížil tolika podmínkami**, jako jsou certifikace, partnerské podmínky, oprávnění prodávat produkty ASPE, že se již rozhodně nejedná a o běžné a obecně dostupné služby

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

S534/2021 – závěry I. stupně (první rozhodnutí ze dne 1.3.2022)

- **oprávněnost požadavku** na členství v partnerském programu (byť zadavatel nezvolil zcela ideální postup – projevily se specifika ZŘ pro zavedení DNS) – vyvoláno **charakterem předmětu VZ** (autorskoprávní důvody), vytvořena **otevřená partnerská síť** opravňující její členy k poskytování předmětu plnění, **provedeno šetření** k podmínkám uzavření partnerské smlouvy (**objektivně nastavené, nediskriminační, navrhovatel nečinil žádné kroky k jejímu uzavření**), zadavatel svým postupem **nevytvořil stav exkluzivity** zvýhodňující výrobce programu a zakládající situaci vendor lock-in.
- **plnění softwarové podpory a další služby typické pro správu softwarových systémů**, tedy i činnosti IT specialistů působících v této oblasti, **odpovídá pravidlu vyplývajícímu z § 138 odst. 1 ZZVZ**, podle kterého má dynamický nákupní systém sloužit pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací, **příkladem zboží** nakupovaného v dynamickém nákupním systému **mohou být i dodávky a služby související s IT technologií a softwarem**, **další požadavky nečiní z předmětu plnění nic mimořádného či neobvyklého**, resp. tato skutečnost sama o sobě nemá vliv na charakter a podstatu předmětu plnění

- **návrh byl zamítnut**

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

R37/2022 – závěry II. stupně (první rozhodnutí ze dne 22.4.2022)

- odkaz na směrniceovou úpravu a „upřesňující“ náhled na vymezení předmětu VZ
- dovozeno, že se I. stupeň **zabýval spíše podporou a servisem** programového vybavení, **nikoliv jeho rozvojem**, který byl taktéž předmětem plnění v rámci dílčích zakázek zadávaných v DNS, **rozvoj programového vybavení je totiž zcela odlišným plněním**, které nelze shrnout do jedné kategorie s prostým servisem systému.
- je **obtížné stanovit přesnou linii** a obecně určit, které plnění běžným je a které už nikoliv, aby byla naplněna dikce zákona
- pro možnost jejího poskytování je navíc nutné, aby **byl dodavatel zapojen v partnerském programu výrobce programu, což samo o sobě může vylučovat obecnou dostupnost**. Jednoznačná odpověď na tuto otázku však není nezbytná, neboť pro zrušení napadeného rozhodnutí byly shledány jiné důvody
- **rozhodnutí I. stupně bylo zrušeno** - znovu bude posouzeno, zda lze postup zadavatele spočívající v poptávání služeb rozvoje programového vybavení ASPE v dynamickém nákupním systému považovat za souladný se zákonem.

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

S534/2021 – pokračování v řízení

Vyjádření zadavatele

- nastíněný výklad by dle zadavatele **vedl k silně restriktivnímu výkladu** k možnosti aplikace dynamického nákupního systému
- poptávaná **služba základního rozvoje** se svým charakterem a složitostí **limitně blíží poskytování služeb podpory či údržby** informačního systému
- **rozvoj prostřednictvím výrobcem vyvíjených komponent**, které se do stávajícího systému pouze implementují a samotní **účastníci dynamického nákupního systému tyto komponenty nevytváří**

Šetření k předmětu VZ

- jak je ze strany dodavatelů vnímán požadavek na rozvoj + vyjádření výrobce SW k možnosti zásahu do programového vybavení ze strany členů partnerského programu
- **vyjádření dodavatelů a výrobce** (rozlišení rozvoje Frontend a Backend)

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

S534/2021 – závěry I. stupně (druhé rozhodnutí ze dne 8.9.2022)

- opětovné **potvrzení oprávněnosti požadavku na členství v partnerském programu**
- **vyjasnění, co je součástí zadávací dokumentace** z hlediska vymezení předmětu VZ
- existuje poměrně rozsáhlá „zahalená oblast“, v rámci které **je nutno posuzovat náročnost a obvyklost plnění ad hoc**
- z vyjádření oslovených subjektů vyplynulo, že v daném případě rozvoj samotný spočívá **de facto v implementaci aktualizací vyvíjených a poskytovaných výrobcem IS** a jejich navázání na zadavatelem používané systémy třetích stran, **nikoliv v samostatném rozvoji systému jednotlivými dodavateli.**
- **nebylo shledáno**, že by ze zadávací dokumentace vyplývalo, že předmětem dynamického nákupního systému **je významný rozvoj softwarového vybavení**, ať už v části „Frontend“ (úprava uživatelského rozhraní), nebo „Backend“ (úprava v samotné architektuře softwaru)

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

S534/2021 – závěry I. stupně (druhé rozhodnutí ze dne 8.9.2022)

- rozhodnutí o rozkladu **nelze vyložit v tom smyslu**, že by za všech okolností **každý (byť minimální) rozvoj automaticky vylučoval** využití institutu dynamického nákupního systému
- služba podpory a údržby spočívá **mimo jiné i v provádění oprav chyb a provádění aktualizací softwaru**, kdy i v rámci tohoto postupu **nevyhnutelně dochází k úpravě programového vybavení a doplnění nových funkcionalit do systému**, a tedy stricto sensu **rozvoji softwaru**, **byť těžiště těchto činností leží zcela jinde**
- **menší a složitější úpravy** - nutné otázku oprávněnosti poptávání předmětu plnění v dynamickém nákupním systému posoudit nikoliv z hlediska pouhé přítomnosti rozvoje, ale „intenzity“ charakteru těchto služeb
- **implementaci aktualizčních balíčků do systému pak z podstaty věci lze přirovnat ke službě podpory a údržby systému. Úpravy většího rozsahu pak naopak představují plnění výrazně složitější (a v konečném důsledku i méně časté), jelikož vyžadují významné zásahy do zdrojového kódu a dochází přitom k zásadnímu rozšiřování funkcionalit systému - návrh byl zamítnut**

Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS

R132/2022 – závěry II. stupně (druhé rozhodnutí ze dne 24.11.2022)

- partnerský program řeší vendor lock-in, vstup do programu otevřený – **trh není omezen**
- ze zjištění **již konkrétně vyplývá, jaký rozvoj má být předmětem plnění**, a že se tento rozvoj **spíše blíží podpoře a údržbě systému**, a nikoliv samostatnému zasahování do zdrojového kódu za účelem povyšování verze programového vybavení, vyvíjení nových funkcionalit a podobně.
- bez informací výrobce SW nemusí být na první pohled zřejmé, jaký rozvoj je skutečně předmětem dokumentace
- pokud jsou **zásahy** účastníků zadávacího řízení do programového vybavení ASPE **omezeny na zmíněné implementace aktualizací a drobné úpravy, takový předmět plnění nelze považovat za rozporný s účelem dynamického nákupního systému**, neboť je na relevantním trhu běžný a obecně dostupný.
- služby podpory a údržby, případně implementace aktualizací **mohou ze své podstaty vyžadovat zásahy do zdrojového kódu**
- **rozhodnutí I. stupně bylo potvrzeno a rozklad zamítnut**

Možnost uzavření RD v DNS

S350/2022

Vymezení předmětu VZ

- zajištění **ICT odborných rolí** v rámci DNS - (konkrétní role - **minitendr**) – poskytování plnění ad-hoc a plnění v podobě předem specifikovaných úkolů

Návrh na zahájení SŘ

- institut **DNS pouze pro zadání VZ**
- v důsledku vzniká **nejistota ohledně reálného průběhu plnění** (blokování kapacit)

Vyjádření zadavatele

- nejedná se o RD
-

Možnost uzavření RD v DNS

S350/2022 – závěry I. stupně (rozhodnutí ze dne 14.11.2022)

- **dovození splnění zákonných podmínek** - požadavek na **provedení ZŘ je splněn**, přičemž pojmu veřejná zakázka v § 138 odst. 1 ZZVZ [„Zadavatel může zavést dynamický nákupní systém (...) pro zadávání veřejných zakázek (...)“] je užit **spíše toliko za účelem dalšího, bližšího vymezení věcného („běžná dostupnost“) charakteru zadávaného plnění**, nikoliv jako protikladný pojem k termínu rámcová dohoda
- **není narušena soutěž** (stejný dopad na alokaci kapacit i v případě zadávání mimo DNS)
- **krátkodobý charakter smlouvy/dohody**
- na základě užití institutu dynamického nákupního systému **nehrozí dodavatelům ucházejícím se o veřejnou zakázku žádná újma**, a proto je navrhovatelem požadované nápravné opatření zjevně nepřiměřené a v tomto kontextu není dán objektivní důvod pro jeho aplikaci.
- **návrh byl zamítnut**

Možnost uzavření RD v DNS

R165/2022 – závěry II. stupně (rozhodnutí ze dne 6.2.2023)

- **RD lze v DNS zadávat** – změna právní úpravy (dříve zákaz), směrniceová úprava nezapovídá tento postup, sousloví zadávání veřejných zakázek v § 138 odst. 1 ZZVZ představuje toliko jazykový prostředek, který má uvozovat účel systému, a to s důrazem právě na charakter pořizovaného plnění, DNS je někdy nazýván elektronickou rámcovou dohodou - text zákona je nutné vyložit v duchu zásady in dubio mitius („v pochybnostech mírněji“), tedy tak, že zákaz stanoven není.
- v daném případě se **nejednalo o typickou RD** (realizační smlouva s odkládací podmínkou), smlouva s rámcovým prvkem (více k rozlišení viz R7/2023)
- aplikace principů z úpravy RD – **časové omezení, uzavřenost RD** (viz obdobně Metodické doporučení ÚOHS pro nákup léčivých přípravků v režimu zákona o zadávání veřejných zakázek)

Možnost uzavření RD v DNS

R165/2022 – závěry II. stupně (rozhodnutí ze dne 6.2.2023)

- navrhovatelem namítané zadávání veřejné zakázky v rámci dynamického nákupního systému **nijak neomezuje hospodářskou soutěž**, závazek v podobě „rezervace kapacity“ na dobu 5-ti měsíců neuzavírá hospodářskou soutěž na nepřiměřeně dlouhou dobu.
- byť se nepochybně jedná o poskytování značného rozsahu IT služeb, lze usoudit, že se **bude jednat o poskytování opakovaných, běžných IT služeb, které jsou na trhu dostupné**, byť ne všichni dodavatelé působící na relevantním trhu mohou být ochotni poskytnout celé zadavatelem poptávané portfolio dotčených služeb. Nicméně z obsahu předmětu poptávaných služeb nevyplývá, že by se jednalo o služby, které by nebylo možno podřadit pod služby zadávané pomocí dynamického nákupního systému, jak stanoví § 138 odst. 1 zákona
- **rozhodnutí I. stupně bylo potvrzeno a rozklad zamítnut**

DĚKUJI ZA POZORNOST

**PETR VÉVODA
ŘEDITEL ODBORU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK III
SEKCE VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK
PETR.VEVODA@UOHS.CZ**

