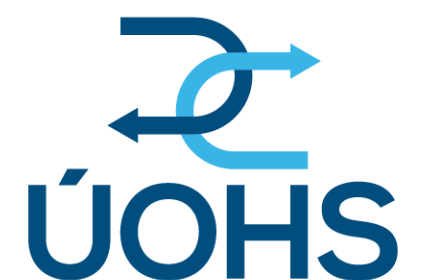


VEŘEJNÉ ZAKÁZKY V OBLASTI IT Z POHLEDU ÚOHS

Mgr. Michal Kobza

ředitel Odboru veřejné zakázky I
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Konference Veřejné zakázky ve zdravotnictví
Olomouc, 21. 9. 2022

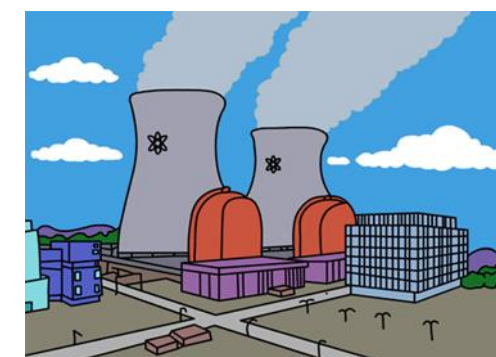


Struktura prezentace

- **Povaha veřejných zakázek (VZ) v oblasti IT**
- **Aktuální rozhodovací praxe**
- **Doporučení pro zadávání VZ v oblasti IT**

Povaha veřejných zakázek v oblasti IT

- Z pohledu ÚOHS a ZZVZ nejsou VZ v oblasti IT ničím specifické
- Problematické otázky a obtíže při zadávání řeší téměř každý zadavatel u téměř každé VZ



- Vyšší významnost VZ pro zadavatele?
- Nedostatek informací na straně zadavatele? Je schopen veřejný sektor zaplatit IT odborníky?
- Outsourcing v minulosti ve větší míře než bylo nezbytné?

Povaha veřejných zakázek v oblasti IT

Specifické otázky a obtíže při zadávání

- předcházení tzv. vendor lock-in efektu
- software jako autorské dílo a právo na jeho užívání, úpravy, dokončení, rozvíjení (licenční smlouva)
- zajištění technické podpory
- vymezení předmětu VZ
 - rozsah a podrobnost poskytovaných/zpřístupňovaných informací
 - zákaz odkazovat na konkrétní výrobky, služby, dodavatele, ... výjimky ze zákazu a restriktivní výklad (viz ustálená rozhodovací praxe ÚOHS a soudů)
- zajištění kybernetické bezpečnosti informačních a komunikačních systémů (technické i programové prostředky) dle požadavků legislativy
 - zejm. zákon o kybernetické bezpečnosti a prováděcí předpisy,
 - zohledňování opatření NÚKIB (přijetí bezpečnostních opatření a jejich promítnutí do zadávacích podmínek vč. smlouvy),
 - současně potřeba dostát požadavkům ZZVZ

Povaha veřejných zakázek v oblasti IT

- metodické materiály NÚKIB (Zadávání veřejných zakázek v oblasti ICT a kybernetická bezpečnost, Zohlednění varování ze dne 17. prosince 2018 v zadávacím řízení, ...)
- rozhodovací praxe ÚOHS v souvislosti se zohledňováním varování NÚKIB (viz případy v materiálu NÚKIB „Zohlednění varování ze dne 17. prosince 2018 v zadávacím řízení“)

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- **Příklad z činnosti ÚOHS: S0406/2021, R0044/2022**
- **Zadavatel:** Všeobecná fakultní nemocnice v Praze
- **Navrhovatel:** STAPRO s. r. o.
- **VZ:** Technologie pro běh NIS a zajištění funkční systémové integrace
- **Výchozí stav u zadavatele při zadávání VZ:**
Zadavatel při modernizaci svého NIS rozhodl, že namísto externího dodání a vývoje zcela nového NIS **bezplatně využije stávající státní majetek jiného nemocničního zařízení** – nemocničním zařízením IKEM dlouhodobě vyvíjený a provozovaný SW – **NIS ZLATOKOP**



V rámci šetřené VZ externě **poptával** již pouze **dodání licencí** k dílčímu SW nezbytné integrační platformy

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- **Závěry Úřadu v I. stupni (S0406/2021):**
- předmět plnění VZ mohou dodat min. 3 další dodavatelé odlišní od výrobce poptávaného softwaru (plyne z předběžných tržních konzultací provedených jiným zadavatelem v dřívější VZ na téměř totožné plnění)
- zadávací podmínky (předmět plnění) byly pro HS omezující, jednalo se však o omezení oprávněné, neboť bylo legitimně odůvodněno objektivními potřebami zadavatele (zmírnění efektu tzv. vendor lock-in, možnost spolupráce s jinými zdravotnickými zařízeními provozujícími NIS Zlatokop nebo ekonomická výhodnost zvoleného postupu vzhledem k poptávanému počtu licencí (zvážení alternativ – Cost Benefit analýza)
- za daných okolností nebylo možné zadavatele nutit, aby v zájmu co nejširší HS poptával nový NIS



Nezjištěny důvody pro uložení nápravného opatření → **návrh zamítnut**



Navrhovatel podal rozklad proti rozhodnutí Úřadu

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- **Závěry z rozhodnutí předsedy č. j.: ÚOHS-19075/2022/161 z 9.6.2022**
- Prvostupňové rozhodnutí bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu a vráceno k novému projednání
- Bez licencí výrobce InterSystems pro produkt InterSystems IRIS for Health nemůže zadavatel naplnit svou potřebu –zajistit si nový NIS
- Postup získávání NIS Zlatokop probíhá fakticky ve dvou fázích (převzetí NIS a soutěžení licencí k SW nezbytné platformy), na tyto fáze nutno nahlížet jako na jedno plnění (fungování NIS Zlatokop je podmíněno licencemi – jeden funkční celek)
- Volbou konkrétního NIS s poptáváním pouze licencí, které však nejsou na trhu zjevně zcela volně dostupné → HS omezena, nebo vyloučena (vyloučení všichni dodavatelé NIS)
- Důvody zadavatele pro volbu NIS Zlatokop – možnost následně si takový systém rozvíjet vlastními silami a deklarovaná hospodárnost takového řešení není důvodem pro vyloučení či nedůvodné omezení HS o dodání nového NIS (není vyloučeno, že by takovou možnost mohli zadavatelé nabídnout i další dodavatelé)
- **Postup zadavatele provedený ve dvou fázích, musí být posuzován společně**

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- **K bezplatnému převzetí NIS Zlatokop**
- horizontální spolupráce mezi zadavateli dle § 12 ZZVZ?
- podmínka úplatnosti dle § 2 ZZVZ není naplněna jen zdánlivě (*protiplněním závazek poskytnout protistraně případný update/upgrade NIS Zlatokop, a závazek zadavatele uhradit IKEM náklady na proškolení zaměstnanců zadavatele na NIS Zlatokop*)
- stanovisko gen. advokáta SDEU ve věci C-796/18 (*úplatnost i v případě závazku každé ze stran poskytovat druhé straně budoucí úpravy a rozšíření softwaru a tyto úpravy a rozšíření jsou nevyhnutelné*) → jde o VZ → nutno posoudit, zda v důsledku této VZ (ve spojení s platformou) došlo k omezení HS, jakému a zda je důvodné
- následkem spolupráce mezi veřejnými zadavateli nesmí být v souladu se zásadou rovného zacházení zvýhodnění soukromého podniku oproti jeho konkurentům (rozsudek SDEU C-796/18)

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- Získání NIS Zlatokop spojeno s dodáním nezbytné platformy + ani na základě případné horizontální spolupráce nelze připustit zvýhodnění určitého dodavatele → **zadavatel povinen zajistit hospodářskou soutěž alespoň v některé z fází získání NIS Zlatokop**
- **V rozhodnutí předsedy Úřadu vyloženy 3 možnosti zajištění HS:**
 1. **provedení výběru dodavatele licencí k platformě v ZŘ na počátku vývoje NIS** (cena licencí by byla stanovena i pro všechny další uživatele NIS Zlatokop). Existence HS v případě dodávky licencí pro platformu již nerozhodná (HS zajištěna již ve fázi výběru tohoto produktu). Nejde o tento případ – NIS Zlatokop převzat s vytvořenou vazbou na konkrétní platformu, IKEM jako autor NIS ale nevysoutěžil dodavatele licencí k platformě pro všechny další potenciální uživatele NIS Zlatokop
 2. **v případě existence více dodavatelů platformy – NIS Zlatokop možno získat od IKEM, ale v další fázi by nedošlo k zvýhodnění jednoho dodavatele platformy.** Když pouze několik dodavatelů (HS omezena, ale nikoliv vyloučena) → omezení HS možno odůvodnit dalšími důvody (hospodárnost řešení, možnost vlastních úprav). Jde o stav, z něhož vycházel Úřad v I. stupni (v případě správnosti skutkových zjištění možno aprobovat – o správnosti však pochybnosti předsedy Úřadu)

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- 3. v případě neexistence HS na dodávku licencí pro platformu – ZŘ na nový NIS** (poměrování různých řešení nového NIS, jedním z takových řešení by mohlo být i případné bezplatné či výhodné převzetí NIS Zlatokop spolu s nákupem potřebného počtu licencí k platformě). Zadavatelem provedené srovnání řešení vypracováním Cost Benefit analýzy nemůže z pohledu ZZVZ nahradit provedení řádného ZŘ
- Podklady pro rozhodnutí v I. stupni jsou nedostatečné
 - k postupu dle bodů 1. a 3 – zadavatel dle nich zjevně nepostupoval
 - k postupu dle bodu 2. – zjištěné podklady a skutečnosti nevylučují závěr o absenci soutěže o předmět plnění VZ, která by zajišťovala neoprávněnou konkurenční výhodu výrobcí softwaru, resp. **nebylo prokázáno, že o předmět plnění VZ proběhla HS** (alespoň v důvodně omezené formě) a zároveň realizací VZ hrozí vytvoření specifické závislosti na jednom dodavateli licencí, přičemž tento postup by mohl být opakován i dalšími zadavateli → třeba posoudit všechny okolnosti případu a řádně zjistit skutkový stav

Aktuální rozhodovací praxe ÚOHS

- indicie, že o předmět plnění VZ (a tedy ani o celý nový NIS) neprobíhá zákonem vyžadovaná soutěž
 - vyjádření dodavatelů opatřená v řízení o rozkladu (odpovědi na dotazy na podmíněnost podat nabídku souhlasem výrobce softwaru + důvod nepodání nabídky v ZŘ a v ZŘ na dřívější VZ jiného dodavatele na téměř totožné plnění) nasvědčují skutečnosti, že v daném případě je omezována soutěž ze strany výrobce softwaru
 - v šetřeném ZŘ i v ZŘ na dřívější VZ jiného dodavatele podána vždy jen jedna nabídka, a to nabídka uskupení, v němž figuruje výrobce softwaru



„Je tedy na Úřadu, aby opětovně přezkoumal svá východiska, a pokud zjistí, že je ve věci předmětu plnění veřejné zakázky vyloučena hospodářská soutěž, případně že tato soutěž v omezené míře existuje, ale není omezena důvodně, je na místě zadávací řízení zrušit.“



SŘ zastaveno podle § 257 písm. g) ZZVZ - zadavatel zrušil zadávací řízení, s odkazem na § 127 odst. 2 písm. h) zákona - „v zadávacím řízení je jediný účastník zadávacího řízení“.

Doporučení pro zadávání VZ v oblasti IT

- Právníci, poslouchejte „ajt’áky“!



- **Ajt’áci, poslouchejte právníky/zakázkáře!**
- **Definujte si společně předem cíl a potřebu, kterou chcete zajistit a získejte pro ně podporu top managementu!**
- **Používejte předběžné tržní konzultace!**
- **Používejte správně předběžné tržní konzultace!**
- **Přemýšlejte nad požadavky na kvalifikaci!**
- **Přemýšlejte při vymezení předmětu VZ!**
- **Není chyba si včas přiznat chybu! Chybou je špatně zadat veřejnou zakázku!**

Děkuji Vám za pozornost.

