4. 1. 2016

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Otázky zákonnosti postupu zadavatele při zadávání ICT veřejných zakázek v případě pořízení komplexního informačního systému v soutěži o návrh

Na úvod nechť je uvedeno, že účelem tohoto pojednání není popis nebo vytvoření nevyvratitelného právního závěru, už vůbec ne návodu, ale příspěvek do diskuse o možnostech zadavatele pořídit v soutěži o návrh komplexní informační systém.

Výhrada, že nelze předvídat rozhodnutí soudu nebo orgánů dohledu a že v podstatě nic nelze říct najisto a každý případ je třeba posuzovat podle konkrétních okolností, je v oblasti ICT více pravdivá než alibistická. Zadávání komplexních veřejných zakázek v oblasti ICT má totiž sice specifický charakter, nikoliv však specifickou právní regulaci.

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), vymezuje jednoznačně podobu specifikace předmětu veřejné zakázky a také podobu technických podmínek, na druhou stranu je problematické, jak má zadavatel popsat své požadavky v případě, kdy na trhu existuje jen omezený počet výrobců (u procesorů fakticky dva) a požadované plnění musí být kompatibilní se stávajícím vybavením zadavatele. Zadavatel je tedy odkázán zcela logicky na obecně platná pravidla v ZVZ, který ale podrobněji nereguluje a ani z povahy věci nemůže regulovat, do jaké míry se uplatní pravidla na formulaci zadávacích, resp. soutěžních podmínek při zadávání veřejné zakázky v návaznosti na soutěž o návrh. ZVZ vymezuje obecná pravidla pro spojení soutěže o návrh a souvisejícího jednacího řízení bez uveřejnění, nejsou však podrobně stanovena pravidla pro případy, kdy už samotný návrh předložený v soutěži o návrh je fakticky částečnou realizací veřejné zakázky, která ovšem musí být dokončena, aby splnila svou požadovanou funkci.

V kombinaci se skutečností, mnohdy oblasti ICT zadavatelé ani nezřídka i kontrolní orgány nerozumí více než uživatelsky, bývá pak zákonnost postupu zadavatele posuzována zejména na základě závěrů dovozených v dřívějších případech, které mohou být aplikovány až příliš mechanicky, bez podrobného posouzení konkrétních skutkových okolností.

Vzhledem ke složitosti problematiky uvádím příkladmým výčtem okruhy, které je rozhodně potřeba hlubší analýze, případně odborné diskuzi s tím, zda nejde o již zažitou interpretaci, která však v konkrétních případech komplexních a složitějších systémů neumožňuje efektivní zadání veřejné zakázky.

- Hardware musí zadavatel specifikovat prostřednictvím benchmarků?
- V JŘBU navazujícím na soutěž o návrh zadavatel nemůže pořídit dodávky, pokud jejich hodnota přesahuje hodnotu služeb?
- Licence je dodávka?

Pro účely tohoto příspěvku není možné provést rozbor každého z těchto závěrů, vybírám jen jeden z nich, a to nemožnost v řízení navazujícím na soutěž o návrh zadat hardware o předpokládané

hodnotě vyšší než předpokládaná hodnota služeb. Ostatní shora uvedené závěry ponechávám „se třemi tečkami“ k případnému dalšímu rozboru.

Proklamovaná nemožnost pořízení veřejných zakázek na dodávky v JŘBU v návaznosti na soutěž o návrh dle § 23 odst. 6 ZVZ je „kámen úrazu“ při pořizování komplexních informačních systémů. Ty totiž ve větší nebo menší míře podle poptávky zadavatele mohou obsahovat dodávky - hardware, na kterém má být informační systém vyvíjen, testován a na kterém má být funkční, případně licence nebo „krabicový“ software, které samy o sobě současná aplikační doktrína považuje za dodávky.

Lze dojít k závěru, že limitace použití (na soutěž o návrh navazujícího) JŘBU jen na veřejné zakázky na služby, která by znemožnila v JŘBU pořídit komplexní informační systém, není v oblasti ICT vždy aplikovatelná na všechny případy, jak je § 23 odst. 6 ZVZ předvídá. Nejenže lze tento závěr dovodit jazykovým, logickým a teleologickým výkladem příslušných ustanovení ZVZ, v praxi může být také v některých (spíše ojedinělých) případech jediný možný a s ohledem na objektivní potřeby zadavatele i žádoucí.

Právní regulace JŘBU navazujícího na soutěž o návrh

Pro přehlednost nechť je uvedeno, že pořízení informačního systému, který zadavatel sám není schopen navrhnout a vytvořit, musí nutně sestávat z

- fáze navržení informačního systému a
- fáze realizační, v jejímž rámci bude informační systém (dle požadavků zadavatele) vytvořen, implementován, testován a provozován.

V některých případech může platit, že už návrh informačního systému je natolik provázán s „realizační“ fází, že není možné, aby realizaci prováděl jiný subjekt než ten, který informační systém navrhoval. Vytvoření samotného návrhu musí být de facto považováno za součást „realizační“ fáze.

Soutěž o návrh

ZVZ ve svém § 103 odst. 1 definuje soutěž o návrh jako „postup *zadavatele směřující k získání návrhu, projektu či plánu (dále jen "návrh"). Návrhem se rozumí písemně nebo graficky vyjádřený výsledek vlastní tvůrčí činnosti zájemce o účast či účastníka soutěže o návrh*.“

Výsledkem soutěže o návrh je tedy získání návrhu, kterým ZVZ rozumí návrh, projekt či plán, pokud jsou písemně nebo graficky vyjádřeným výsledkem vlastní tvůrčí činnosti účastníka soutěže .

Dle § 103 odst. 3 ZVZ má zadavatel soutěž o návrh užít zejména v oblasti územního plánování, architektury, stavitelství či zpracování dat. ZVZ zde stanoví výčet (podotýkáme, že nikoliv úplný) oblastí, ve kterých se s užitím soutěže o návrh počítá, oblast ICT mezi ně patří jako oblast „zpracování dat.“

Dle § 103 odst. 4 ZVZ na soutěž o návrh může navazovat zadání veřejné zakázky na služby, poskytnutí cen nebo plateb účastníkům soutěže nebo jejich kombinace. S ohledem na úzké zaměření tohoto příspěvku jsou dále uváděny jen případy, kdy na soutěž o návrh má navazovat realizace návrhu.

Dle (zásadního) § 23 odst. 6 ZVZ může zadavatel v JŘBU zadat veřejnou zakázku na služby „*v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. … Předmětem veřejné zakázky na služby navazující na soutěž o návrh nesmí být vlastní realizace návrhu. To neplatí v případech, kdy to odůvodňuje povaha předmětu soutěže o návrh*.“

ZVZ tedy aprobuje dva možné režimy realizace vítězného návrhu podaného v soutěži o návrh.

V prvním z nich na soutěž o návrh navazuje JŘBU na veřejnou zakázku na služby, které nemohou být samotnou realizací návrhu a mají být (toliko) dopracováním návrhu. Zadávací podmínky realizační veřejné zakázky jsou tedy detailně vymezeny až v JŘBU navazujícím na soutěž o návrh dle § 23 odst. 6 ZVZ. Jako výsledek soutěže o návrh lze v tomto režimu (uznávám, že velmi „polopaticky“) označit návrh zadávacích podmínek „realizační“ veřejné zakázky, maximálně však do fáze jeho rozpracování, jeho dopracování může být provedeno v navazujícím JŘBU. Pro účely tohoto příspěvku bude dále tento režim označován jako režim „**klasický**“.

Ve druhém režimu, který musí být odůvodněn povahou předmětu soutěže o návrh, na tuto soutěž o návrh navazuje JŘBU na „realizační“ veřejnou zakázku dle § 23 odst. 6 věty poslední ZVZ. Jako výsledek soutěže o návrh lze v tomto režimu (opět „polopaticky“) označit formulaci zadávacích podmínek „realizační“ veřejné zakázky. Pro účely tohoto příspěvku dále tento režim označován jako režim „zkrácený“.

Princip těžiště

Dle § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ je veřejnou zakázkou na služby veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě poskytnutí služeb také poskytnutí dodávky, pokud předpokládaná hodnota poskytovaných služeb je vyšší než předpokládaná hodnota poskytované dodávky. V případě smíšených zakázek, jejichž předmětem jsou služby i dodávky, je tímto ustanovením formulován tzv. **princip těžiště**.

Formulace zadávacích podmínek

Dle § 44 odst. 1 ZVZ má zadavatel zadávací dokumentaci formulovat tak, aby na jejím základě mohly být podány porovnatelné nabídky. Ustanovení § 44 odst. 11 ZVZ zadavateli zjednodušeně řečeno zakazuje použití nedovolených odkazů, které by zvýhodňovaly nebo znevýhodňovaly určité dodavatele nebo určité výrobky.

Dle § 45 odst. 3 ZVZ nesmí být technické podmínky *„stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže*.“

Odůvodnění zkráceného postupu v případě zadání informačního systému

Jak již bylo řečeno, zkrácený postup musí být odůvodněn povahou předmětu soutěže o návrh.

Povaha některých ICT projektů, mezi nimi často právě vytvoření a implementace informačního systému „na míru“ požadavkům zadavatele, zkrácený postup může odůvodňovat.

V některých případech by bylo velmi obtížné, aby návrh takového informačního systému mohl realizovat někdo jiný než jeho autor – u složitých informačních systémů bude návrh někdy velmi složitý a správně uchopitelný v zásadě právě pouze autorem návrhu. Autor je často jediný schopen návrh provést, jediný také může být schopen návrh už jen pochopit. Uvedení informačního systému do zadavatelem požadovaného a autorem navrhovaného stavu bezprostředně navazuje na samotný návrh. Pokud má požadované plnění (vytvoření software) podobu vytvoření zdrojového kódu, může být prakticky již návrh jako takový chápán jako samotné plnění (tedy realizaci veřejné zakázky). Další stadia pořízení informačního systému (jako např. konsolidace se stávajícím vybavením zadavatele, školení uživatelů) v takovém případě nemohou být odděleny a zadány zvlášť. Funkčnost informačního systému jako celku (včetně návaznosti na reálná uživatelská prostředí a hardware) lze reálně testovat (případné nedostatky napravit) až po jeho spuštění do provozu.

Bez ohledu na rozlišení veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na služby navíc platí, že

samotné sestavení návrhu může v oblasti ICT mít charakter prvotní realizace požadovaného plnění (pokud například návrh obsahuje algoritmus programu obsluhujícího vyvíjený registr).

Zásadní skutečností, která by mohla vést k oprávnění použití JŘBU na plnění na základě soutěže o návrh, je ochrana předpisy práva duševního vlastnictví. Zadavatel, vědom si svých povinností plynoucích z ochrany autorského zákona, může k užití návrhu informačního systému např. v otevřeném řízení přistupovat jen opatrně. Dle § 65 odst. 1 autorského zákona je totiž počítačový program chráněn jako literární dílo bez ohledu na jeho vyjádření, a to včetně přípravných koncepčních materiálů. Pokud tedy návrh podaný v soutěži o návrh obsahuje i návrh počítačového programu, je tento chráněn autorským zákonem. Zde je ale nutné vždy zkoumat, zda skutečně dochází k naplnění materiálního znaku vyžadovaného autorským zákonem.

V případě realizace návrhu informačního systému tedy může být použití JŘBU odůvodněno také důvody ochrany výhradních práv. Zde je ovšem nutno zároveň podrobit zkoumání skutečnost, zda zadavatel nastavením původní soutěže o návrh nezpůsobil takový stav, kdy jedinou možností je právě využití JŘBU.

Se závěrem, že postup ve zrychleném režimu je u pořízení informačního systému přípustný, konvenuje rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ze dne 12. 3. 2009, č.j.ÚOHS-S335/2008/VZ-939/2009/520/JHl, dle kterého *„Jde-li o návrh informačního systému, je neobvyklé, aby ho realizoval jiný dodavatel než autor. Informační systém jakožto předmět návrhu sice lze zachytit - tj. popsat, avšak popis nemůže být vyčerpávajícím způsobem úplný. Oddělení návrhu informačního systému od jeho realizace se v praxi vyskytuje zřídka a někdy je i neproveditelné.*

V této souvislosti je třeba také mít na zřeteli, že podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může dále zadavatel 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.

Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že realizaci komplexního informačního systému je možné zadat ve smyslu § 23 odst. 6 zákona vítězi soutěže o návrh - případně v kombinaci s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona, pokud autorská práva vítěze soutěže o návrh brání realizaci informačního systému jiným subjektem - pokud je zde naplněn základní cíl tohoto ustanovení, tj. dopracování návrhu právě vítězem soutěže o návrh spojené s rozvíjením původní myšlenky uvedené v návrhu.“

Postup v klasickém režimu

V JŘBU navazujícím na soutěž o návrh dle § 23 odst. 6 ZVZ zde může být zadáváno jen dopracování samotného návrhu, které ze své podstaty je službou, **proto také omezení možnosti užití navazujícího JŘBU na veřejné zakázky na služby**. V klasickém režimu na soutěž o návrh navazuje (resp. může navazovat) JŘBU na dopracování vítězného návrhu, ve kterém teprve vzniká konečná podoba řešení. Na základě této konečné podoby řešení pak může zadavatel zadat veřejnou zakázku, jejímž předmětem bude realizace návrhu.

Schematicky lze v klasickém režimu průběh řízení, ve kterém zadavatel dosáhne realizace požadovaného plnění, znázornit následovně.

1. specifikace soutěžních podmínek (požadavků zadavatele na řešení)
→
2. výběr soutěžního návrhu s návrhem řešení připraveného dle soutěžních podmínek

→
3. JŘBU na dopracování soutěžního návrhu do fáze konečného návrhu / projektu /plánu
→
4. nová (samostatná) veřejná zakázka na realizaci požadovaného plnění

V klasickém režimu potom realizace řešení je (resp. může být) zadávána následně a zcela samostatně v některém druhu zadávacího řízení dle § 21 ZVZ, např. v otevřeném řízení. Zadávací podmínky této „realizační“ veřejné zakázky by potom měly odpovídat řešení navrženému v soutěži o návrh a dopracovanému autorem vítězného návrhu v navazujícím JŘBU dle § 23 odst. 6 ZVZ. Předmětem realizační veřejné zakázky mohou být dodávky, služby i stavební práce.

ZVZ nestanoví zadavateli povinnost zadat dopracování vítězného návrhu v JŘBU autorovi vítězného návrhu . Tedy pokud zadavatel bude schopen dopracovat návrh sám, s pomocí externího subjektu (tím není vyloučena autorskoprávní ochrana podaného návrhu) nebo mu postačuje návrh podaný v soutěži o návrh, může bez mezistupně - zahájení JŘBU na dopracování návrhu - zahájit zadávací řízení na „realizační“ veřejnou zakázku (**ta může být veřejnou zakázkou na služby, veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce**). Ze ZVZ zadavateli vlastně ani neplyne povinnost s vybraným návrhem po ukončení soutěže o návrh vůbec dále pokračovat v jakémkoli jednání.

Už vůbec nestanoví ZVZ zadavateli povinnost zadat autorovi návrhu „realizační“ veřejnou zakázku (**veřejnou zakázku na služby, veřejnou zakázku na dodávky nebo veřejnou zakázku na stavební práce**). Pokud bude zadavatel schopen požadované plnění realizovat sám, může tak samozřejmě učinit. Může k tomu využít vlastní zdroje, případně jakýkoli externí subjekt případně vybraný postupem dle ZVZ.

V oblasti ICT ovšem takový postup často bude kolidovat s autorskoprávní ochranou navržených programů, případně nebude zcela výjimečně technicky možné, aby „realizační“ veřejnou zakázku realizoval jiný subjekt než právě autor návrhu.

Postup ve zkráceném režimu

Na soutěž o návrh zde navazuje (resp. může navazovat) JŘBU na „realizační“ veřejnou zakázku. Takový postup musí být odůvodněn povahou soutěže o návrh.

Schematicky lze ve zkráceném režimu průběh řízení, ve kterém zadavatel dosáhne realizace požadovaného plnění, znázornit následovně.

1. specifikace soutěžních podmínek (požadavků zadavatele na řešení)
→
2. výběr soutěžního návrhu s návrhem řešení připraveného dle soutěžních podmínek
→
3. JŘBU na „realizační“ veřejnou zakázku

Ve zkráceném režimu tedy je (resp. může být) „realizační“ veřejná zakázka na realizaci řešení zadávána v JŘBU. jde ovšem o zcela ojedinělé případy, kdy povaha plnění neumožňuje jiný postup.

Ani zde nemá zadavatel povinnost „realizační“ zakázku zadat autorovi vítězného návrhu. ZVZ mu nestanoví povinnost „realizační“ veřejnou zakázku vůbec zadávat. Pokud bude zadavatel schopen požadované plnění realizovat sám, může tak samozřejmě učinit. Může k tomu využít externí subjekt případně vybraný v souladu se ZVZ.

I zde ovšem platí, že v oblasti ICT takový postup často bude kolidovat s autorskoprávní ochranou navržených programů, případně nebude technicky možné, aby „realizační“ veřejnou zakázku realizoval jiný subjekt než autor návrhu. Stále ovšem platí restriktivní přístup k takovému postupu.

Ve zkráceném režimu tedy odpadá fáze dopracování návrhu, které je v klasickém režimu jako veřejná zakázka na služby zadávána dle § 23 odst. 6 ZVZ, a už v JŘBU dle § 23 odst. 6 **věty poslední** ZVZ zde může být zadávána „realizační“ veřejná zakázka.

Na tomto místě je však nutné zdůraznit, že úprava zkráceného režimu (§ 23 odst. 6 věta poslední ZVZ), není transpozicí evropských zadávacích směrnic. Judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) související s použitím JŘBU v návaznosti na soutěž o návrh se týká klasického režimu. To platí i o judikatuře správních soudů včetně Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) a o rozhodovací praxi ÚOHS. V těchto pramenech dovozené závěry tak na zkrácený režim (§ 23 odst. 6 věta poslední ZVZ) lze aplikovat pouze nepřímo.

Nelze popřít, že JŘBU je nejméně transparentním (už vůbec ne nediskriminačním nebo v zacházení rovným) druhem zadávacího řízení a ustanovení ZVZ s regulací podmínek jeho užití by měla být vykládána restriktivně. Potřeba restriktivního výkladu plyne z rozhodovací praxe ÚOHS, který ji opakuje prakticky v každém rozhodnutí ve věci podmínek užití JŘBU, z judikatury správních soudů včetně NSS (například rozsudek ze dne 28. 11. 2012, čj. 1 Afs 23/2012-102) i z judikatury SDEU (například rozsudek ze dne 10. 4. 2003 ve věci C-28/01,Komise proti Německu, rozsudek ze dne 14. 9. 2009 ve věci C-385/02,Komise proti Italské republice).

Ovšem jakkoliv by měl být výklad restriktivní, výjimky umožňující použít JŘBU v zákoně existují, a jeho použití proto vyloučit zcela nelze. Z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 10. 2013, čj. 62 Af 48/2012-160 lze dovodit, že potřeba restriktivního výkladu není absolutní, když Krajský soud vyslovil, že *„míra přísnosti výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se tu nutně musí odvíjet od podmínek, které ZVZ v § 23 odst. 6 pro případ řízení navazujícího na předchozí soutěž o návrh stanoví.*“ Tento rozsudek se sice, jak již bylo naznačeno výše, týkal klasického režimu, připouští ale, že stanoví-li zákon podmínky, za kterých JŘBU lze realizovat, mohou nastat i při restriktivním výkladu podmínky, které tento postup reálně odůvodňují.

Požadavek na restriktivní výklad plyne z toho, že JŘBU je nejméně transparentním druhem zadávacího řízení, ve kterém je vyloučena soutěž a jeho nadužívání musí být vyloučeno a zejména má JŘBU charakter výjimky, jak ostatně potvrzuje znění nových zadávacích směrnic, kde jsou vyjmenovány přípustné důvody pro JŘBU a není však již procesně regulován průběh.

Zároveň je zde třeba zdůraznit i ústavní zásadu legitimního očekávání (blíže např. viz nálezu Ústavního soudu ze dne 13. 9. 2007, sp. zn. I. ÚS 643/06), která může spočívat v tom, že uvádí-li zákon některé podmínky umožňující použití JŘBU, zadavatel takové podmínky i při restriktivním a objektivním výkladu splňuje, neměl by být sankcionován za to, že JŘBU skutečně použil, ukáže-li se následně při realizaci, že zakázku by teoreticky bylo možné zadat i jinak. Pokud zadavatel při vyhlášení soutěže objektivně podmínky pro postup v JŘBU splňoval, je oprávněn očekávat, že za takový postup nebude sankcionován. Uvedené může být významné i z hlediska vývoje rozhodovací praxe, kdy právě zmíněný nález ÚS poukazuje na vývoj judikatury a povinnost posuzování chování subjektu i nejen z hlediska účinnosti psaného práva, ale i rozhodovací praxe (a nutno podotknout, že možnost použití JŘBU směřuje již delší dobu ke stále restriktivnějšímu výkladu – nelze tak porovnávat rozhodovací praxi např. v roce 2010 a dnešní).

V případě JŘBU navazujícího na soutěž o návrh ve smyslu § 23 odst. 6 ZVZ ale soutěž zcela vyloučena není, jak již bylo poukázáno, do jisté míry probíhá totiž v samotné původní soutěži o návrh (jak již název „soutěž o návrh“ napovídá).

Níže uvedeme argumenty, proč máme za to, že předmětem „realizační“ veřejné zakázky zadávané v odůvodněných případech v JŘBU dle § 23 odst. 6 věty poslední ZVZ (tedy ve zkráceném režimu) může být komplexní informační systém včetně hardware, licencí a „krabicového“ software, a to i pokud jejich hodnota je vyšší než hodnota služeb (vyvíjeného software).

Limitaci na služby ve zkráceném režimu nelze dovodit jazykovým výkladem ZVZ

Jako stěžejní premisu je nezbytné uvést, , že dle § 23 odst. 6 ZVZ *„V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. … Předmětem veřejné zakázky na služby navazující na soutěž o návrh nesmí být vlastní realizace návrhu* [**klasický režim**]. *To neplatí v případech, kdy to odůvodňuje povaha předmětu soutěže o návrh* [**zrychlený režim**].“

Obecně lze akceptovat i výklad, že poslední věta § 23 odst. 6 ZVZ obsahující výhradu (úlevu) u případů odůvodněných předmětem soutěže o návrh se může vztahovat k celé předchozí větě, dle které *„Předmětem veřejné zakázky na služby navazující na soutěž o návrh nesmí být vlastní realizace návrhu.*“ Takovým výkladem by bylo možné dovodit, že v odůvodněných případech může být předmětem navazující veřejné zakázky vlastní realizace návrhu, nemusí jít přitom o veřejnou zakázku na služby.

Citované ustanovení **pro klasický režim** mělo a má zamezit tomu, aby zadavatelé bez soutěže v JŘBU zadávali realizaci veřejné zakázky, která může být soutěžena samostatně a tím levněji. Proto se v ustanovení § 23 odst. 6 ZVZ mluví o

- i. veřejné zakázce na služby, když (jediné přijatelné) dopracování návrhu je službou, a
- ii. nemožnosti vlastní realizace návrhu.

Pokud tyto dva pojmy jsou svou podstatou totéž, není důvod, proč by se výhrada odůvodněním povahou předmětu soutěže o návrh měla vztahovat jen k jednomu z nich. Jinými slovy není důvod, proč by se věta *„To neplatí v případech, kdy to odůvodňuje povaha předmětu soutěže o návrh.*“ měla uplatnit jen na zákaz vlastní realizace návrhu v navazujícím JŘBU, ne už na omezení na veřejné zakázky na služby. Pokud ve zkráceném režimu dle § 23 odst. 6 věta poslední ZVZ je možné v JŘBU zadat vlastní realizaci návrhu, není důvod, proč by zadávaná veřejná zakázka mohla být toliko veřejnou zakázkou na služby.

Navíc když ustanovení § 23 odst. 6 ZVZ v odůvodněných případech připouští vlastní realizaci návrhu v navazujícím JŘBU, poskytuje tuto úlevu nejen pro „realizaci návrhu, pokud je službou.“ Legální definici návrhu poskytuje ZVZ ve svém § 103 odst. 1, dle kterého je návrhem návrh, projekt či plán, pokud se jedná o *„písemně nebo graficky vyjádřený výsledek vlastní tvůrčí činnosti zájemce o účast či účastníka soutěže o návrh*.“ Ze zákonné definice „návrhu“ neplyne, že navrhovaným plněním může být jen služba. Není přitom důvodu, proč by se pojem *„návrh*“ užitý v § 23 odst. 6 věta poslední ZVZ měl vykládat jinak než *„návrh*“ definovaný v § 103 odst. 1 ZVZ.

Limitace na služby ve zkráceném režimu není logická

Rozdíl mezi klasickým režimem a zkráceným režimem spočívá v tom, že **ve zkráceném režimu lze realizační veřejnou zakázku zadat přímo v návaznosti na soutěž o návrh (při správném použití restriktivního výkladu příslušného ustanovení)**.

U klasického režimu konečné plnění nemusí být službou, může být i dodávkou nebo stavební prací. Tuto skutečnost se nikdo ani nesnaží vyvrátit. Ustanovení § 103 odst. 3 ZVZ stanoví standardní

oblasti, ve kterých se pořádá soutěž o návrh, mezi ně spadá také oblast stavitelství. Sám ZVZ tedy předvídá, že plněním, které má být na základě návrhu pořízeno, bude stavba (ne tedy služba).

Není důvodu, proč by ve zkráceném režimu (odůvodněném povahou předmětu soutěž o návrh) měla být situace jiná. Naopak pokud je přímé zadání v JŘBU odůvodněno povahou předmětu soutěže o návrh, tím spíš by také mělo být přípustné, aby konečné plnění bylo nejen službou, ale i dodávkou nebo stavební prací.

K opačnému výkladu, tj. že realizace návrhu ve zkráceném režimu muže být zadána pouze jako veřejná zakázka na služby, podotýkám, že není důvod, proč by přímé zadání dodávky počítačů za 1 milion korun českých v JŘBU (veřejná zakázka na dodávky) mělo být považováno za méně přijatelné než přímé zadání služeb implementace za 1 milion korun českých (veřejná zakázka na služby).

Účelem omezení použití JŘBU na veřejné zakázky na služby dle § 23 odst. 6 ZVZ je zamezit tomu, aby **krom odůvodněných případů** předmětem JŘBU byla vlastní realizace návrhu. Účelem § 26 odst. 6 ZVZ naopak určitě nemá být stanovení povinnosti, aby realizační veřejná zakázka byla vždy jen na služby. Takový výklad by byl absurdní a institut soutěže o návrh v případě pořízení komplexních informačních systémů prakticky nepoužitelný. Přitom oblast zpracování dat je jednou ze standardních oblastí, kdy ZVZ s použitím soutěže o návrh počítá (viz § 103 odst. 3 ZVZ).

SDEU v rozsudku ze dne 14. 10. 2004, C-340/02, Komise proti Francii uvádí, že *„spojení „po pořádané veřejné soutěži na určitý výkon“ ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. c) směrnice znamená, že musí být zachován přímý funkční vztah mezi veřejnou soutěží na určitý výkon [tj. soutěž o návrh]a dotyčnou zakázkou.*“

Ve výše zmíněném rozsudku 62 Af 48/2012 Krajský soud v Brně (u klasického režimu) dovozuje následující. Argumentace ÚOHS, že předmětem navazujícího JŘBU má být primárně dopracování návrhu podaného v soutěži o návrh, nemá oporu ani v rozsudku SDEU ve věci Komise proti Francii, ani v ZVZ nebo směrnici. Dle Krajského soudu *„Jakákoli podmínka „dopracování projektu nebo plánu“ není obsažena ani v § 23 odst. 6 ZVZ, ani ji takto ve vztahu k věcně shodnému znění příslušné směrnice (92/50/EHS) nejudikoval Soudní dvůr; ten totiž uvedenou podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění pojímá jako zachování přímého funkčního vztahu mezi původní soutěží o návrh a navazujícím zadávacím řízením (v takovém případě totiž podle Soudního dvora navazující veřejná zakázka skutečně materiálně následuje po soutěži o návrh a fakticky musí být zadána vítězi soutěže o návrh).*“

Z obou těchto rozhodnutí plyne, že předmětem JŘBU navazujícího na soutěž o návrh v klasickém režimu nemusí být čistě jen dopracování návrhu, zásadní je existence funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a navazující veřejnou zakázkou.

Praktické důvody pořízení komplexního informačního systému ve zkráceném režimu

Pořízení jednotlivých komponent zadavatelem je sice teoreticky možné, je však velmi nepraktické, pro koordinaci bezdůvodně náročné a v každém případě mnohem složitější než pořízení komplexního informačního systému. Stejně tak může být takové rozštěpení veřejné zakázky (mnohem) nákladnější.

Problémy s technickou specifikací „oddělených“ dodávek

Pokud by zadavatel nemohl v JŘBU navazujícím na soutěž o návrh zadat dodávky, resp. mohl by zadat jen tolik dodávek, aby jejich předpokládaná hodnota byla nižší než předpokládaná hodnota

služeb (a v rámci principu těžiště dle § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ tak převážila hodnota služeb), ocitnul by se po výběru návrhu v soutěži o návrh v (neřešitelném) postavení.

Musel by totiž rozlišit plnění, která má z veřejné zakázky na služby dle § 23 odst. 6 ZVZ vyčlenit a zadávat samostatně.

Teprve po té, až by taková plnění zadavatel identifikoval, musel by sestavit zadávací podmínky nové veřejné zakázky, v jejímž rámci by oddělená plnění zadával. Zadávací dokumentace by dle § 44 odst. 1 ZVZ musela být sestavena tak, aby na jejím základě mohly být podány porovnatelné nabídky.

Technické podmínky by dle § 45 ZVZ nesměly nikomu zaručit konkurenční výhodu, podle § 44 odst. 11 ZVZ by nesměly obsahovat nepřípustné odkazy a někoho zvýhodňovat nebo naopak znevýhodňovat.

Kdyby návrh obsahoval přesnou (značkovou) specifikaci dodávek, musel by zadavatel být schopen specifikaci zobecnit tak, aby nebyla diskriminační a neobsahovala nepřípustné odkazy, aby ale zároveň byla tak podrobná, že by na jejím základě bylo ze strany uchazečů možné podat porovnatelné nabídky a ze strany zadavatele je posoudit.

Na „komfortnosti“ by celý proces nezískal ani v případě, že by autor ve svém návrhu popsal parametry dodávek, které s poskytovanými službami „budou fungovat“. V oblasti ICT je definování technických podmínek prostřednictvím popisu parametrů velmi obtížné. Jednotlivé hardwarové komponenty mají velký počet parametrů, které bez uvedení přesného výrobce lze specifikovat jen velmi obtížně. Definování technických podmínek prostřednictvím popisu parametrů požadovaných dodávek navíc není v oblasti ICT o mnoho lepší než výslovný požadavek na určitou značku (výrobce).

Například v rozhodnutí předsedy ÚOHS o rozkladu ze dne 22. 8. 2007, č. j. R120/2007/03-15361/2007/310-Šp byla posuzována situace, kdy zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval dodávku procesorů s minimální frekvencí 3 GHz, které v době zadání veřejné zakázky produkoval pouze výrobce Intel, a umožnil přitom použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Dle ÚOHS se zadavatel dopustil porušení ustanovení (dnešního)§ 45 odst. 3 ZVZ, když přesným určením minimální frekvence *„zaručil určitým dodavatelům konkurenční výhodu navzdory tomu, že samotná frekvence procesoru není objektivním ukazatelem jeho výkonu už jen proto, že udávaná frekvence procesorů různých výrobců se liší, ačkoli jejich výkony mohou být srovnatelné*.“

Pokud bude prosazen závěr, že v rámci veřejné zakázky zadávané ve zkráceném režimu v JŘBU navazujícím na soutěž o návrh nemohou být pořízeny dodávky (resp. Jich může být pořízeno jen tolik, aby v rámci principu těžiště dle § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ převážila hodnota služeb), mohou se zadavatelé ocitnout v patové situaci, kdy při pořízení informačního systému navrženého v soutěži o návrh prakticky nemohou neporušit ZVZ.

Negativní dopad na cenu služeb

Dalším praktickým problémem plynoucím z výkladu, že zadavatel nemůže v JŘBU navazujícím na soutěž o návrh zadat dodávky, resp. může zadat jen tolik dodávek, aby jejich předpokládaná hodnota byla nižší než předpokládaná hodnota služeb, je navýšení ceny služeb, v tržním prostředí očekávatelné a zcela legitimní.

Pokud by totiž měl účastník soutěže o návrh počítat s tím, že dodavatelem navržených dodávek nebude (resp. nemusí být) on, velmi pravděpodobně by se to projevilo i ve výši ceny služeb, které mohou být autorovi návrhu jako účastníkovi soutěže o návrh zadány.

Především by ale cenu služeb musela navýšit skutečnost, že v důsledku povinnosti zobecnit technické podmínky ve smyslu § 44 odst. 11 ZVZ musí účastník soutěže o návrh počítat s tím, že navržený software nemusí být vyvíjen/testován/provozován na specifickém hardware, „krabicovém“ software a se specifickými licencemi. Mohou (a pravděpodobně budou) tak vznikat vícenáklady na realizaci zadání. Už samotné vytvoření nebo dotvoření návrhu může být komplikovanější a tím nákladnější.

Odpovědnost

Významným argumentem ve prospěch zadání informačního systému jako celku je sjednocení odpovědnosti dodavatele za faktické i právní vady.

Pokud by byl informační systém dodáván několika subjekty, bude jen stěží možné určit, zda případné vady plnění jdou na vrub vývojáře software, nebo dodavatele hardware. Jen stěží by mohl zadavatel předpokládat nebo dokonce požadovat, aby se vývojář a dodavatel ve prospěch zadavatele domluvili na co nejrychlejším vyřízení (nebo se dokonce profesionálně „složili“ na případné smluvní sankce).

V praxi by vznikaly a vznikají situace, kdy trojstranná součinnost (dodavatel software, dodavatel hardware a zadavatel) při dodávce celého informačního systému bude ztížena neochotou jednoho z dodavatelů přizpůsobit se potřebám druhého z dodavatelů.

Také formulace smluv s vývojářem software a smluv s dodavatelem hardware a jejich koordinace by mohla být komplikovaná, informační systém jako celek by se tím opět prodražil.

Namísto závěru

Jak je uvedeno v úvodu, tento příspěvek má za cíl přinést ucelenější pohled na specifickou oblast pořizování informačních systémů ve státní správě v intencích ZVZ, a upozornit na některé výkladové problémy. Rozhodně není jeho cílem poslat zadavatelům vzkaz, že odteď mohou komplexní informační systémy pořizovat v JŘBU dle § 23 odst. 6 ZVZ pokaždé, když tomuto řízení předcházela soutěž o návrh. Sebe-výmluvnější rozbor by totiž nemohl vyvrátit skutečnost, že JŘBU nelze používat bez splnění zákonem stanovených taxativních podmínek.

Rozhodně je nutné podrobit kritice kategorickou a mechanickou aplikaci závěru, že v řízení navazujícím na soutěž o návrh nelze spolu s předmětnou službou zadat i „dodávku“ hardware/“krabicového“ software/licencí, na kterých má být navržený software (služba) vyvíjen, implementován nebo testován, pokud jejich předpokládaná hodnota je vyšší než předpokládaná hodnota služeb, - tato zásada ač pro většinu případů bude bezezbytku platit, nelze odhlédnout od toho, že mohou existovat i případy, kdy tomu tak nebude a kdy by aplikace této zásady již mohla kolidovat s ústavní zásadou legitimního očekávání (opět poukazujeme rovněž na vývoj rozhodovací praxe a nutnost při posuzování jednotlivých případů i tuto skutečnost zohlednit).

Kategorická limitace použití (na soutěž o návrh navazujícího) JŘBU dovozená výkladem jen na veřejné zakázky na služby, by mohla výjimečně i znemožnit pořízení komplexního informačního systému jako celku, v oblasti ICT přitom taková limitace není aplikovatelná na všechny případy, jak je § 23 odst. 6 ZVZ předvídá. Tento závěr lze dovodit jazykovým, logickým a teleologickým výkladem příslušných ustanovení ZVZ. Postup, kdy je informační systém pořizován jako celek, navíc v praxi může být jediný možný.

Varováním je, že pokud bude bez výjimky prosazen závěr, že v rámci veřejné zakázky zadávané ve zkráceném režimu v návaznosti na soutěž o návrh nemohou být pořízeny dodávky (resp. může jich být pořízeno jen tolik, aby v rámci principu těžiště dle § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ převážila hodnota služeb), mohou se zadavatelé ocitnout v patové situaci, kdy při pořízení informačního systému

navrženého v soutěži o návrh prakticky nemohou podle takového kategorického závěru neporušit ZVZ.

Zároveň je však nezbytné poukázat i jednoznačnou nezákonnost postupu kontrolních orgánů v případě, kdy by tyto orgány mechanicky udělovaly finanční sankce zadavatelům za postup, který by byl v souladu se zásadou legitimního očekávaní, jak ji vyjádřil Ústavní soud v nálezu ze dne 13. 9. 2007, sp. zn. I. ÚS 643/06), která může spočívat v tom, že uvádí-li zákon některé podmínky umožňující použití JŘBU, zadavatel takové podmínky i při restriktivním a objektivním výkladu splňuje, neměl by být sankcionován za to, že JŘBU skutečně použil, ukáže-li se následně při realizaci, že zakázku by teoreticky bylo možné zadat i jinak. Pokud zadavatel při vyhlášení soutěže objektivně podmínky pro postup v JŘBU splňoval, je oprávněn očekávat, že za takový postup nebude sankcionován.

Mgr. Martin Čech,
právník

Tomáš Novosad DiS.,
IT specialista

Mgr. Martin Čech, právník se specializací na oblast práva veřejných zakázek, spoluautor návrhu nového zákona o zadávání veřejných zakázek a Metodického pokynu pro oblast zadávání zakázek financovaných z ESI fondů, dlouhodobě přednáší o právní úpravě zadávání veřejných zakázek a kontrole zadávání veřejných zakázek pro řídící orgány operačních programů, auditní orgán, odbornou veřejnost a na mezinárodní úrovni pro OLAF.

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- Civilněprávní prostředky ochrany při koupi falzifikátu
- Novela zákona o pyrotechnice: likvidace profesionálů namísto zmírnění negativních vlivů
- Konec zákonné koncentrace řízení? Návrh Nejvyššího soudu před Ústavním soudem
- Soudní poplatky v řízení o rozvodu manželství a úpravy poměrů k nezletilému dítěti po tzv. rozvodové novele
- Imise ve stavebním řízení aneb kde končí veřejný zájem a začíná soukromé právo?
- Užívání prostoru nad pozemkem třetí osobou
- Přístup k nemovitosti přes pozemek třetí osoby

- PŘEHLEDNĚ: Jak funguje předkládání plné moci? Postačí soudu jen její „fotokopie“? Aneb vývoj právní úpravy požadavků na plnou moc v našem právním systému.
- Využívání nástrojů umělé inteligence: proč je GDPR relevantní?
- Transfer Pricing: Na co si dát pozor s blížícím se koncem roku
- Byznys a paragrafy, díl 24.: Digitalizace korporátního práva: EU cílí na snížení administrativy při přeshraničním podnikání