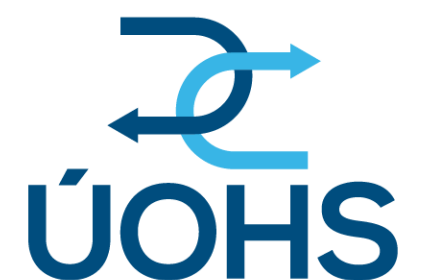


**BEZDŮVODNÉ PŘEKÁŽKY HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
– CHYBY PŘI VYMEZOVÁNÍ ZADÁVACÍCH
PODMÍNEK A NASTAVENÍ KRITÉRIÍ HODNOCENÍ**

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

BS71 – Bezpečnostní seminář: NIS2

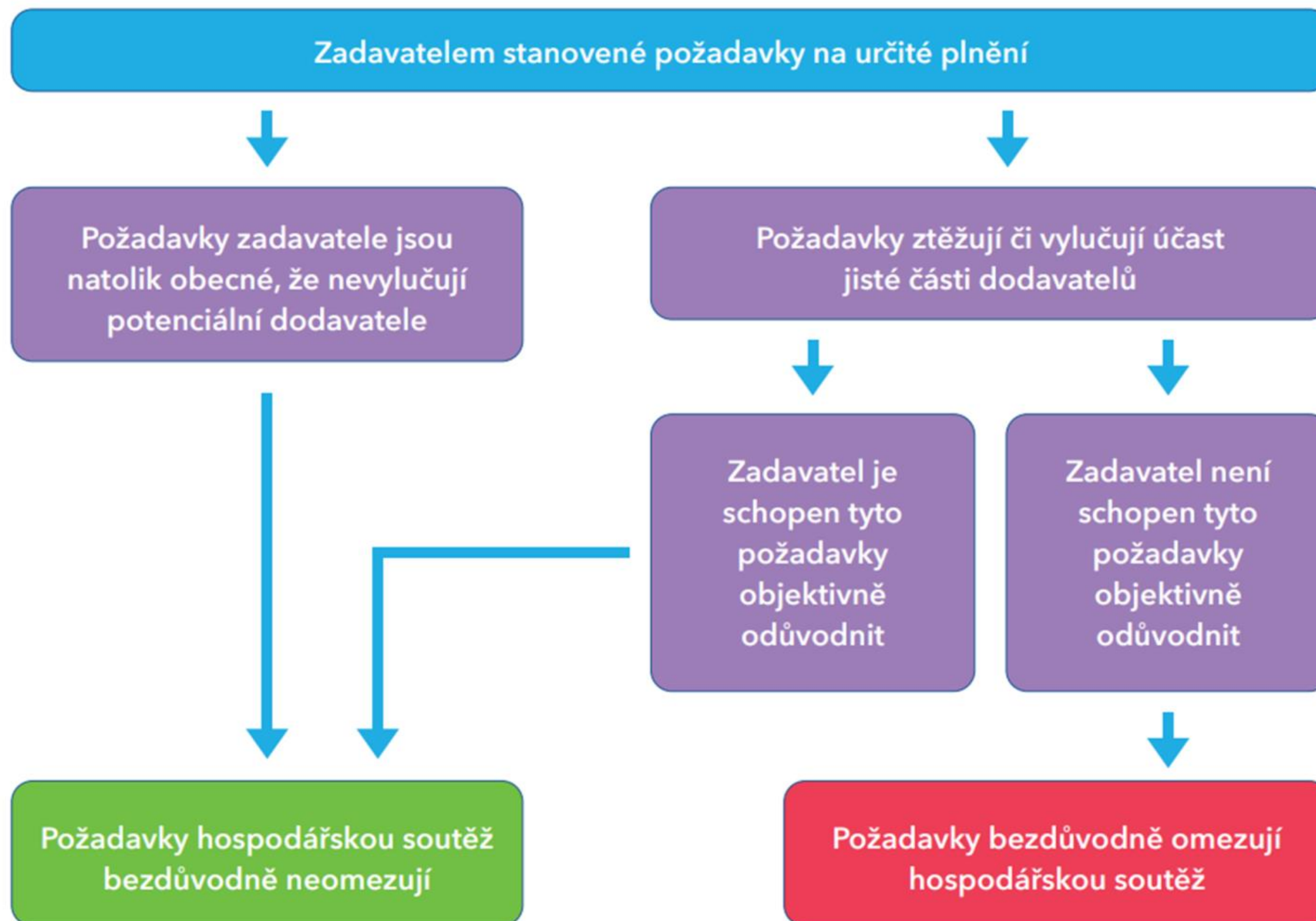
Praha, 1. 6. 2023



Bezdůvodné překážky hospodářské soutěže

- § 6 odst. 1 ZZVZ: **Zadavatel** při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat **zásady transparentnosti a přiměřenosti**.
- § 6 odst. 2 ZZVZ: **Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace**.
- § 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)
 - Podle konstantní judikatury správních soudů (srov. např. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. **1 Afs 20/2008**) platí, že **zákaz diskriminace dle ZZVZ se vztahuje jak na diskriminaci zjevnou, tak skrytou**. Jinými slovy řečeno zákaz diskriminace spočívá v tom, že **žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn oproti jiným dodavatelům**.
 - Tento zákaz však neplatí absolutně, jelikož je vždy nutné zohlednit odůvodněné potřeby a požadavky zadavatele. **Zadavatel je oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude určitá skupina dodavatelů z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku vyloučena, musí však unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, tj. že příslušná zadávací podmínka má oporu v legitimních potřebách zadavatele** (srov. rozsudek KS v Brně ze dne 30. 9. 2021, sp. zn. **29 Af 53/2019**; dříve obdobně **R 124/2018** z 19. 10. 2018 či **R 216/2019** z 24. 1. 2020).

Bezdůvodné překážky hospodářské soutěže



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!

Bezdůvodné překážky hospodářské soutěže

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.)

ROZHODOVACÍ PRAXE ÚOHS



Vymezení požadavků na kvalifikaci

Příklad – Nemocniční informační systém

- **S0080/2020** (9. 6. 2020), potvrzeno **R0130/2020** (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 požadavky zadavatele by splnil jen jeden dodavatel na trhu

Vymezení požadavků na kvalifikaci

- **S 80/2020** (9. 6. 2020), potvrzeno **R 130/2020** (27. 8. 2020) – pokračování
 - 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***

Vymezení požadavků na kvalifikaci

Příklad – systém eSIR (systém justičního elektronického spisu)

- **S0140/2020** (29. 5. 2020), potvrzeno **R0118/2020** (24. 8. 2020) – prvek kritické infrastruktury podléhající požadavkům ZKB
- **Kritéria technické kvalifikace – požadavky na členy realizačního týmu mj.:**
 - hlavní architekt IS – účast na min. dvou projektech obdobné velikosti a zaměření v roli hlavního architekta
 - databázový specialista – účast na projektu obdobné velikosti a zaměření v roli databázového specialisty
 - specialista UI/UIX – účast na projektu obdobné velikosti a zaměření v roli UI/UIX specialisty

➤ Závěr ÚOHS

- **Požadavky** zadavatele byly **vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky přiměřené**
- Úřad vzal v potaz, že se jednalo o **robustní informační systém** justičního elektronického spisu a jeho nastavby pro agendu insolvenčního řízení
- Dále hrálo roli, že informační systém měl sloužit nejen orgánům veřejné správy, ale měl být **přístupný také veřejnosti; značné vytížení systému**

Požadavky na předmět plnění – bezpečnostní opatření dle § 4 odst. 4 ZKB

- S0262/2019 (6. 11. 2019)
- MŽP na servery pro jeho resort
 - § 4 odst. 4 ZKB: „Orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) ZKB jsou povinny zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřou. **Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření podle věty první v míře nezbytné pro splnění povinností podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži.**“
 - Jako **bezpečnostní opatření (BO)** zvolil zadavatel „**redundanci**“, tj. zdvojení používaných zařízení
 - Dle NÚKIB bylo zvolené BO přiměřené a zcela běžné

➤ Závěr ÚOHS

- Zvolené BO omezuje hospodářskou soutěž (povinnost dodat kus hardware navíc navyšuje náklady)
- V návaznosti na to Úřad zkoumal, zda BO bylo přijato v souladu se ZKB a zda soutěž omezuje pouze v míře nezbytně nutné
- **Ano; hodnocení rizik bylo provedeno v souladu s platnou legislativou a přijaté BO – redundance – je v daném případě přiměřené → omezení soutěže je v souladu se ZZVZ, zadavatel zákon neporušil**

Zadavatel je povinen se při zadávání veřejných zakázek řídit právním řádem České republiky jako celkem. Nemůže-li tak zadavatel dodržet svou zákonnou povinnost při zadávání veřejné zakázky v oblasti kybernetické bezpečnosti jinak, než přijetím sporného opatření, nejedná se o nedovolenou diskriminaci, neboť takový závěr by vedl k situaci, kdy by zadavatel předmět veřejné zakázky vůbec nemohl poptat, a to bez jakéhokoliv zavinění z jeho strany

Požadavky na předmět plnění – bezpečnostní opatření dle § 4 odst. 4 ZKB

- **S0196/2022** (25. 8. 2022)
- **Zadavatel provedl v návaznosti na varování NÚKIB bezpečnostní opatření spočívající ve vyloučení technických a programových prostředků společností Huawei Technologies z plnění veřejné zakázky na zřízení datového uložení**

➤ **Vyjádření NÚKIB**

- I osoby, které nejsou povinnými osobami ve smyslu § 3 ZKB, jsou při procesu řízení rizik oprávněny zohlednit varování NÚKIB
- **Proces řízení rizik – jako nedílná součást procesu hodnocení rizik – a přijetí konkrétních bezpečnostních opatření musí proběhnout v souladu s metodikou odpovídající požadavkům vyhlášky o kybernetické bezpečnosti**

➤ **Závěr ÚOHS**

- **Jestliže postup zadavatele není souladný se ZKB a VKB z důvodu nedodržení pravidel pro hodnocení rizik, nelze s poukazem na § 4 odst. 4 ZKB dovozovat, že přijaté restriktivní bezpečnostní opatření neomezuje nezákonně hospodářskou soutěž ani nevytváří neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži**
- Obdobně rovněž **S0358/2019** (13. 1. 2020)

Požadavky na předmět plnění – bezpečnostní opatření dle § 4 odst. 4 ZKB

- **S0207/2021** (10. 8. 2021), potvrzeno **R0131/2021** (21. 10. 2021)
 - **Analýza rizik nemusí být součástí zadávacích podmínek; postačí, pokud jsou závěry vyplývající z analýzy rizik do zadávacích podmínek srozumitelně promítnuty**
 - **Jestliže zadavatel v zadávacích podmínkách vyžaduje eliminaci rizikové technologie identifikované ve varování NÚKIB, jsou závěry dodavatele týkající se bezpečnosti jím nabízené rizikové technologie, založené na jeho vlastní analýze rizik, irelevantní**

Kritéria hodnocení – zkušenosti realizačního týmu

- **S0195/2019** (14. 11. 2019), potvrzeno **R0216/2019** (24. 1. 2020)
 - Zadavatel poptával služby supervizora systému elektronického mýtného (= služby nezávislé technické kontroly řádného výběru mýtného)
 - Mj. hodnotil kvalifikaci a zkušenosti osob, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to tak, že **lépe hodnotil zkušenosti s (externí) kontrolou mýtného systému, než zkušenosti s řízením mýtného systému**
 - Kritérium hodnocení napadeno jako diskriminační s tím, že imanentní součástí řízení provozu mýtného systému je i jeho (interní) kontrola
→ **Návrh zamítnut**

➤ Závěr ÚOHS

- Pokud zadavatel požaduje plnění, které je svým způsobem jedinečné, je vhodné **(a)** nastavit kritéria kvalifikace **méně přísně** tak, aby nebyli ze soutěže o zakázku vyloučeni dodavatelé, kteří sice nedisponují zkušenostmi s naprosto stejným typem plnění, avšak jsou schopni veřejnou zakázku úspěšně realizovat a **(b)** své požadavky na co nejvyšší kvalitu promítnout do hodnotících kritérií

→ **pohled na kritéria kvalifikace je z hlediska dodržení zásady zákazu diskriminace přísnější než na hodnotící kritéria**

Kritéria hodnocení – zkušenosti realizačního týmu – pokračování

➤ Klíčové závěry

- Pokud obecně platí, že každé omezení hospodářské soutěže (= každá zadávací podmínka) musí být odůvodněno legitimní potřebou zadavatele a zadavatel musí pohnutky k jejímu stanovení objasnit
(k tomu srov. např. rozsudek KS v Brně ze dne 3. 2. 2021, sp. zn. **31 Af 28/2019**)

v případě kritérií hodnocení je na místě ze strany Úřadu jistá zdrženlivost [k] přezkumu zadavatelových důvodů, kterými obhájí nastavení hodnotících kritérií předmětné veřejné zakázky, by (...) měl Úřad přistoupit pouze v případě zásadní logické či racionální nesrovnalosti, která zároveň bude z jeho strany dostatečně odborně podložena

- Externí kontrola je přesně to, co zadavatel požaduje plnit; jistě i řízení mýtného systému v sobě obsahuje prvek kontroly, ale úplné rovnítko mezi tyto zkušenosti dát nelze (zkušenost specifická vs. zkušenost obecná) → konkurenční výhoda není poskytnuta bezdůvodně

➔ **Kritéria hodnocení jsou rovněž velmi vhodným místem, kde zohledňovat „nové“ zásady**

Kritéria hodnocení – zkušenosti realizačního týmu a úroveň kybernetické bezpečnosti

- **Převzetí, podpora a rozvoj systému IPPD MPSV**
- **S0482/2020** (23. 2. 2021), potvrzeno **R0056/2021** (12. 5. 2021)
- Vyšší hodnocení dodavatelů, jejichž členové realizačního týmu mají zkušenosti s více různorodými provozy
 - **Široký prostor zadavatele pro uvážení**, jaká kritéria hodnocení zvolí
 - Jistá míra zobecnění, zjednodušení či nepřesnosti při vymezení hodnotícího kritéria může být v některých případech nevyhnutelná; nelze očekávat, že kritéria hodnocení budou za všech okolností zcela spravedlivá vůči všem dodavatelům
 - Podstatné je, zda jsou dodrženy **zásady dle § 6 zákona** a zda se volba kritéria hodnocení zakládá na **racionální úvaze**, tj. zda **vypovídá o organizaci, kvalifikaci či zkušenostech členů realizačního týmu**
- Kritériem hodnocení rovněž **předchozí zkušenosti členů realizačního týmu s implementací IS v souladu s eGOV architekturou a ZKB**
 - Předmětný IS představuje prvek kritické infrastruktury a s ohledem na charakter tohoto systému je **bonifikace dodavatelů** majících zkušenosti se správou IS podléhajícího české právní úpravě **přiměřená**
- Problematika zákazu plnění významných činností poddodavatelem

Použití jednacího řízení bez uveřejnění

- **S0171,0172,0173,0174/2019** z 31. 3. 2020 (prošlo soudním přezkumem – **KS 62 Af 49/2020-90** a **NSS 1 As 176/2022-99**)

➤ Závěr ÚOHS

- Ačkoliv zákon o kybernetické bezpečnosti připouští jisté omezení hospodářské soutěže v souvislosti se zohledněním bezpečnostních opatření zadavatelem, **nelze na základě samotné skutečnosti, že poptávaný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, zcela vyloučit hospodářskou soutěž** tím, že je zakázka, aniž jsou splněny zákonné podmínky, zadána v JŘBÚ
- Povinnosti zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření ve fázi po uzavření smlouvy lze dostát **volbou vhodných smluvních podmínek**; vyloučení hospodářské soutěže s poukazem na nutnost zachování důvěrnosti je protiprávní

Shrnutí

- Zárukou hospodárného vynakládání veřejných prostředků je široká hospodářská soutěž = smysl právní úpravy veřejného zadávání
- Hospodářskou soutěž lze omezit, ale jen na základě legitimních potřeb zadavatele
- **Vím, co dělám, a proč to dělám**
- Znalost trhu
- Připravená argumentace
- Diskriminační (= soutěž bezdůvodně omezující) zadávací podmínky nemají pro zadavatele přidanou hodnotu, ale přinášejí rizika (jak právní – řízení před Úřadem, pokuty, korekce, tak faktická – prodražení veřejné zakázky)
- **Jaké zadávací podmínky si zadavatel nastaví, taková bude veřejná zakázka**
 - problémům lze předcházet, ale lze jim jít i naproti

Děkuji Vám za pozornost

