



Mr. Nikita Stampa
European Commission - DG Growth
Rue des Nerviens, 105
1160 Brussels/Belgium

Váš list číslo/zo dňa	Naše číslo	Vybavuje/referent	Bratislava
	1625/3592/2017/OVO	OVO/Hudec	25. 05. 2017

Vec

Žiadosť o výkladové stanovisko k verejnému obstarávaniu v oblasti Informačno-komunikačných technológií

Vážený pán Stampa,

Na Úrade podpredsedu vlády SR pre investície a informatizáciu (ÚPPVII) bola zriadená pracovná skupina pre verejné obstarávanie v oblasti IKT, ktorá sa bude podieľať na rozpracovaní dokumentov Národnej koncepcie informatizácie verejnej správy SR. Členmi pracovnej skupiny sú zástupcovia ÚPPVII, Úradu pre verejné obstarávanie (ÚVO), IT asociácie Slovenska (ITAS), občianskeho združenia Slovensko.Digital a občianskeho združenia Partnerstvá pre prosperitu (PPP). Členovia pracovnej skupiny riešia napr. možnosti využitia priameho rokovacieho konania vo verejnom obstarávaní v oblasti prevádzky SW diel alebo možnosti použitia súťaže návrhov na SW dielo. Na pracovnej skupine bolo dohodnuté, že v nadväznosti na list Európskej komisie Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Innovative and E-Procurement, Ref. Ares(2017)1502578 z 20. marca 2017, adresovaný IT Asociácii Slovenska a v nadväznosti na závery medzinárodnej konferencie k MEAT kritériám, ktorá sa uskutočnila 20. apríla 2017 v Bratislave a ktorej záverečný panel bol venovaný možnostiam použitia priameho rokovacieho konania a „Lock In“ problému v IT sektore, členovia pracovnej skupiny spoločne sformulujú ďalšie doplňujúce otázky v záujme korektného nastavenia pravidiel pri verejnom obstarávaní unikátnych (na mieru šitých) SW diel a prevádzkových zmlúv pre SW diela.

Týmto si Vás dovoľujeme požiadať o výkladové stanovisko k nasledovným otázkam:

ČASŤ I.

SÚŤAŽ NÁVRHOV A NÁSLEDNÉ POUŽITIE PRIAMEHO ROKOVACIEHO KONANIA S VÍTAZNÝM ÚČASTNÍKOM SÚŤAŽE NÁVRHOV:

Otázka č. 1: *Je možné, aby so záujemcom, ktorého návrh vyhodnotila porota ako víťazný alebo jeden z víťazných v súťaži návrhov bola priamym rokovacím konaním uzatvorená zmluva na vytvorenie*

- a) *kompletného softwarového diela (od jeho návrhu až po realizáciu), alebo*
b) *výhradne len na dopracovanie súťažného návrhu na úroveň detailného návrhu riešenia SW diela (prípadne jeho precíznej funkčnej špecifikácie), ktorý sa následne stane podkladom do otvoreného súťažného postupu zadávania zákazky (napr. verejná súťaž)?*

Komentár:

Zodpovedanie predmetnej otázky je zásadné pre správnu aplikáciu pravidiel verejného obstarávania na národnej úrovni. Chceme sa uistiť že, aj Európska komisia vníma zásadné rozdiely medzi obstarávaním SW diel a obstarávaním iných služieb, ktoré boli realizované s využitím súťaže návrhov (napr. služby informačnej alebo reklamnej kampane), a to vzhľadom na osobitosti návrhu, tvorby ako aj prevádzky SW diel (ako sú uvedené aj nižšie v tomto dokumente). Opatrnosť pri výklade použitia priameho rokovacieho konania nadväzujúceho na predchádzajúcu súťaž návrhov vychádza tiež z auditných zistení Európskej komisie týkajúcich sa nesprávnej aplikácie tohto postupu. Jedná sa napr. o auditnú misiu Európskej komisie č. 2012/REGIO/SK/J4/1115/1, ktorá sa uskutočnila v dňoch 23.-27.4.2012 na Operačnom programe Doprava a jedno zistenie sa týkalo nesprávne použitého postupu súťaže návrhov na „Informačnú kampaň a riadenie Operačného programu Doprava“. Audit bol ukončený listom EK č. ARES(2014) 3795626 z 18. novembra 2014, pričom na zákazku bola uplatnená finančná oprava 25%. Je však potrebné zdôrazniť, že negatívne prípady použitia súťaže návrhov sa takmer výlučne týkajú zákaziek na reklamnú a marketingovú kampaň, kedy následným priamym rokovacím konaním je zadaná zákazka aj na všetky sprievodné tovary a služby spojené s danou kampaňou.

Zákazka na SW dielo má úplne iný charakter, a preto negatívne prípady použitia súťaže návrhov z minulosti nie je možné v plnej miere subsumovať pod verejné obstarávanie v oblasti IT. Podľa odborného názoru IT Asociácie Slovenska z praktického hľadiska neprichádza do úvahy oddeľovať etapy vývoja SW diela, resp. ich rozdeľovať medzi rôzne subjekty, nakoľko vývoj SW diel vždy prebieha agilným (iteratívnym) spôsobom, ktorý umožňuje pružne reagovať na zmenu, priebežne rozvrhovať prácu v priebehu vývoja a overovať výstupy s užívateľmi z jednotlivých iterácií vývoja.¹ V prípade, ak by návrh SW diela spracoval jeden subjekt a samotné dielo vytvoril na základe tohto súťažného návrhu druhý subjekt, vznikla by neprehľadná situácia v oblasti zodpovednosti za dielo, ak by došlo k vzniku väd či nedostatkov na diele. Subjekt, ktorý zhotovil dielo by sa mohol ľahko odvolávať na to, že splnil všetko, čo bolo v súťažnom návrhu a za vady zodpovedá subjekt, ktorý pripravil návrh, čo sú situácie, ktoré spôsobujú problémy v aplikačnej praxi. Súťaž návrhov má tak zmysel iba v prípade, keď účastníci súťaže návrhov predložia návrh riešenia, ktorý bude zohľadňovať všetky etapy vývoja SW diela a dáva plnú váhu zodpovednosti jediného subjektu (dodávateľovi) za konečné dielo.

Návrh riešenia SW vytvorený v rámci súťaže návrhov diela nikdy nemôže a nebude spracovaný v tak detailnej podobe (vzhľadom na očakávané trvanie súťaže návrhov, ako aj náklady, ktoré by vznikli každému záujemcovi), aby mohol byť iným subjektom použitý ako konštrukčná dokumentácia pre tvorbu SW diela. Navyše, medzi návrhom, ktorý je výsledkom

¹ Bližšie pozri <http://agilemanifesto.org/> a <https://www.gov.uk/service-manual/agile-delivery>

súťaže návrhov a finálnym SW dielom, nevzniká žiadny zmysluplný výstup (ako je napríklad projektová dokumentácia v stavebníctve), na základe ktorého by sa mohlo následne obstarávať SW dielo s vopred garantovanou úžitkovou hodnotou. V bežnej praxi tvorby SW diel sa síce používa „detailný návrh riešenia“, ktorý si však robí dodávateľ SW diela pre svoju vlastnú potrebu ako internú konštrukčnú fázu a počas tvorby diela ho niekoľko krát upravuje, v súlade s modernými metodikami agilného vývoja SW diel. Preto, podľa odborného názoru IT asociácie Slovenska, neprichádza do úvahy ani alternatíva, aby po súťaži návrhov bolo predmetom priameho rokovacieho konania len detailnejšie rozpracovanie víťazného súťažného návrhu do úrovne „detailného návrhu riešenia“. Takýto postup by bol v rozpore s vyššie uvedeným princípom neoddeliteľnosti vývoja SW diela, znamenal by nejednoznačnú zodpovednosť za finálne SW diela.

Otázka č. 2: Ak je odpoveď na otázku č. 1, písm. a) pozitívna, je dostatočné pre zohľadnenie ekonomického hľadiska a hospodárnosti návrhu v súťaži návrhov, ak verejný obstarávateľ určí pevnú (maximálnu) cenu obstarávaného SW diela (princíp „Design-to-cost“) a vyzve všetkých účastníkov, aby ponúkli čo najlepšiu funkčnosť do tohto pevne stanoveného cenového limitu?

Otázka č. 3: Je s ohľadom na otázku č. 2 rovnako vhodné určiť ako jedno z kritérií na hodnotenie súťažných návrhov najnižšiu cenu alebo najnižšie náklady životného cyklu, ktorým bude pridelená určitá relatívna váha a ktoré bude porota zohľadňovať pri vyhodnocovaní?

Otázka č. 4: Pokiaľ je odpoveď na otázku č. 1 pozitívna, je prípustné, aby vo fáze priameho rokovacieho konania nasledujúceho po súťaži návrhov, boli na žiadosť verejného obstarávateľa zapracované úpravy vo víťaznom súťažnom návrhu, napríklad pridaním alebo vypustením niektorých funkcionalít z návrhu uchádzača, ak žiadna z nich podstatným spôsobom nezužuje, alebo nerozširuje pôvodné zadanie zo súťaže návrhov?

Záver k časti I.:

Dovoľujeme si požiadať Európsku komisiu o poskytnutie alebo uvedenie odkazu na best practices známe z iných členských štátov EÚ, ako aj jej odporúčania k preferovaným spôsobom verejného obstarávania SW diel, najmä s ohľadom na voľbu správneho postupu.

K jasnému zámeru zohľadňovať hospodárnosť pri súťaži návrhov na SW diela iba dopĺňame, že nakoľko v zákone č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní, ani v Smernici č. 2014/24/EÚ nie je stanovená povinnosť hodnotiť súťažné návrhy aj na základe najnižšej ceny alebo najnižších nákladov, ale zákazky v oblasti IT (vrátane SW diel) budú v mnohých prípadoch financované z fondov EÚ (Operačný program Integrovaná infraštruktúra), povinnosť hodnotiť súťažné návrhy na SW diela aj na základe týchto kritérií môže byť upravená ako povinnosť v príručkách pre prijímateľov realizujúcich verejné obstarávanie. Zároveň môže Úrad pre verejné obstarávanie v tejto veci vydať výkladové stanovisko, ktoré bude k dispozícii všetkým obstarávajúcim subjektom.

ČASŤ II. PREVÁDZKOVÉ ZMLUVY K SW DIELAM

Všeobecný úvod:

Z doterajšej praxe vyplýva, že s obstaraním vývoja SW diela sa vždy obstaráva aj tzv. prevádzková zmluva na určité obdobie, nakoľko iba dodávateľ SW diela dokáže poskytovať tieto služby po dodaní diela. Pre spresnenie dodávame, že prevádzkovou zmluvou sa rozumie zmluva o službách podpory, údržby, rozširovania a upgradov diela, označovaná tiež ako SLA dohoda.

Otázka č. 5:

5.1. Ak si chce verejný obstarávateľ vytvoriť základ pre pokračovanie v poskytovaní služieb s tým istým dodávateľom, prosím, potvrdte, či tak ako bolo predbežne prezentované zástupcami Európskej komisie (DG Growth) na rokovaní pracovnej skupiny dňa 19.4.2017, môže byť výsledkom verejného obstarávania SW diela zmluva, ktorá by obsahovala:

- a) vytvorenie SW diela,*
- b) zabezpečenie prevádzky SW diela (vrátane podpory, rozširovania a upgradov diela), prostredníctvom zmluvných doložiek o úpravách a/alebo opciách, a to na určité obdobie, napríklad 7 alebo 10 rokov, alebo na dobu neurčitú s možnosťou výpovede bez uvedenia dôvodu? Je tento postup v súlade s článkom 72 ods. 1 písm. a) Smernice EP a Rady o verejnom obstarávaní č. 2014/24/EU (úprava zmlúv počas ich platnosti)? Vychádzame z právneho názoru, že takáto prevádzková zmluva sa nepovažuje za rámcovú dohodu podľa článku 33 Smernice č. 2014/24/EU o verejnom obstarávaní. 5.2. Čo musia minimálne spĺňať a obsahovať takéto zmluvné doložky, aby naplnili požiadavku jasných, presných a jednoznačných doložiek podľa článku 72 ods. 1 písm. a) Smernice č. 2014/24/EU, vzhľadom na skutočnosť, že k tvorbe týchto doložiek dochádza na začiatku zmluvného vzťahu, kedy verejný obstarávateľ svoje budúce potreby len predvída?*

Otázka č. 6:

6.1 Môže verejný obstarávateľ v rámci prechodného obdobia pre SW dielo obstarané bez doložiek o budúcom rozširovaní podľa článku 72 ods.1 písmeno a) Smernice č. 2014/24/EU použiť priame rokovacie konanie podľa článku 32 ods. 2 písm. b) bod ii. Smernice č. 2014/24/EU, ak preukáže, že:

- (i) z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž;*
- (ii) neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania?*

Pozn.: Prechodným obdobím sa rozumie obdobie do uzavretia zmluvy, ktorá bude výsledkom nového postupu verejného obstarávania.

6.2 Ako dlho je možné odvolávať sa na „prechodné obdobie“? Je dostatočné, ak verejný obstarávateľ preukáže, že situáciu rieši tak, že:

- a) plánuje vyhlásiť nové verejné obstarávanie súťažným postupom (t. j. postup rokovacieho konania bez uverejnenia využívaj iba do času ukončenia nového verejného obstarávania), pričom plánovanie verejného obstarávania preukáže predložením návrhu súťažných podkladov, uskutočnením prípravných trhových konzultácií a pod.*
- b) vyhlásil nové verejné obstarávanie súťažným postupom (t. j. postup rokovacieho konania bez uverejnenia využívaj iba do času ukončenia nového verejného obstarávania)?*

Komentár:

V Slovenskej republike sa v doterajšej praxi verejného obstarávania ustálilo, že predlžovanie zmlúv, resp. rozširovanie existujúcich SW diel sa vykonáva najmä postupom priameho rokovacieho konania. Európska komisia aj ÚVO majú záujem na obmedzení používania tohto postupu verejného obstarávania. IT asociácia Slovenska aj po komunikácii s ÚVO a EK, akceptuje, že predlžovanie zmlúv, resp. rozširovanie existujúcich SW diel má v budúcnosti prebiehať na základe vopred dohodnutých podmienok (podľa článku 72 ods. 1 písm. a) Smernice č. 2014/24/EU), ale na druhej strane by malo existovať prechodné obdobie, počas ktorého musí byť v prípadoch odôvodnených verejným obstarávateľom tolerovaný postup obstarávania postupom priameho rokovacieho konania, ktorý umožní verejným obstarávateľom pripraviť sa na iný preferovaný postup obstarávania (napríklad verejnou súťažou na nového dodávateľa alebo na nové SW dielo, ktorá už bude obsahovať vopred dohodnuté podmienky úprav a opcií v zmysle článku 72 ods. 1 písm. a) Smernice č. 2014/24/EU).

Ak tu teda existuje všeobecný konsenzus, že používanie postupu priameho rokovacieho konania bude obmedzené a pre nové SW diela bude využívaný postup podľa článku 72 ods. 1 písm. a) Smernice č. 2014/24/EU, súčasne by malo byť akceptované, že pre SW diela, ktoré v pôvodnej zmluve nemajú takúto doložku, bude možné pokračovanie v zmluvnej spolupráci na báze priameho rokovacieho konania, ak sa preukáže splnenie požiadaviek podľa článku 32 ods. 2 písm. b) bod ii. Smernice č. 2014/24/EU s doplňujúcim výkladom v odseku 50.

Podľa odborného názoru IT asociácie Slovenska, pri následnej údržbe a rozširovaní SW diel sú typicky splnené dve kritické okrajové podmienky pre použitie priameho rokovacieho konania, ktoré sú uvedené v odseku 50 v komentároch k Smernici č. 2014/24/EU:

- a) *ak situácia výlučnosti vyplýva z technických dôvodov, tieto by sa mali v jednotlivých prípadoch prísne vymedziť a odôvodniť. Tieto dôvody by mohli zahŕňať napríklad prípad, keď pre iný hospodársky subjekt je technicky nemožné dosiahnuť požadované ciele alebo keď existuje potreba používať osobitné know-how, nástroje alebo prostriedky, ktoré má k dispozícii len jeden hospodársky subjekt.*
- b) *ak je od začiatku jasné, že vyhlásenie nového verejného obstarávania (napr. verejnej súťaže) by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž alebo neprinieslo lepšie výsledky verejného obstarávania.*

6.3 Je možné vzhľadom na ciele a znenie odseku 50 v komentároch k Smernici EP a Rady o verejnom obstarávaní č. 2014/24/EU v spojení článkom 32 ods. 2 písm. b) bod ii. Smernice, považovať možnosť vyvinúť úplne nové SW dielo namiesto pôvodne prevádzkovaného SW diela, ktoré bude obsahovať všetky funkcie prevádzkovaného diela a aj funkcie požadované v rámci plánovaného servisu, prevádzkyschopnosť na požadované obdobie, upgrade-u, update-u alebo rozvoja,

- a) vždy *za primeranú alternatívu alebo náhradu v zmysle článku 32 ods. 2 písm. b) Smernice č. 2014/24/EU, alebo*
- b) len podmienene *za primeranú alternatívu alebo náhradu v zmysle článku 32 ods. 2 písm. b) Smernice č. 2014/24/EU, a to iba v prípade, že táto alternatíva alebo náhrada nebude neprimerane ekonomicky, časovo a technicky náročná?*

Ak je odpoveď na predchádzajúcu otázku pod písm. b) pozitívna, aký podklad zo strany verejného obstarávateľa je považovaný za dostatočný pre preukázanie neexistencie primeranej alternatívy alebo náhrady (napríklad znaleckým posudkom, odborným vyjadrením, výsledkami vlastného zisťovania, atď.)?

Záver k časti II.:

Dovoľujeme si požiadať Európsku Komisiu o poskytnutie prípadného iného riešenia pre prechodné obdobie pri podpore a rozširovaní už existujúcich SW diel doterajším dodávateľom, ak platné prevádzkové zmluvy nemajú zapracované zmluvné články (doložky) podľa článku 72 Smernice č. 2014/24/EU. Zároveň si dovoľujeme požiadať Európsku Komisiu o poskytnutie alebo uvedenie príkladov dobrej praxe z iných členských štátov EÚ, ktoré obdobne riešili tzv. prechodné obdobie, počas ktorého museli verejní obstarávatelia zabezpečiť podporu, prípadne rozširovanie už existujúcich SW diel.

S pozdravom



Mgr. Martina Slabejová PhD.
generálna riaditeľka sekcie riadenia
informatizácie