

Zohlednění inovací ve veřejných zakázkách

Lenka Matochová

Odbor práva veřejných zakázek



Inovace veřejných nákupů

- akcentovaná na úrovni EU i na úrovni národní
 - významná kupní síla veřejného sektoru + naplňování potřeb veřejného zájmu
 - zvýšená diskuze v reakci na krizové situace, viz např. COVID
 - EU: iniciativy metodického rázu
 - ČR: kromě toho i zákonná povinnost
- nosné téma českého předsednictví
- nároky kladené na zadavatele směřují do fáze formulace poptávky



Zdroje informací

- PP směrnice – flexibilní instituty, inovace jeden z motivů
- Zákon o zadávání veřejných zakázek (+ nová zásada udržitelnosti)
- Mnoho dokumentů evropských institucí, např.
 - Pokyny k zadávání veřejných zakázek na inovativní řešení →
 - Akční plán pro duševní vlastnictví →
 - Strategie podpory MSP →
- Metodiky TAČR pro inovace ve veřejných zakázkách ! →



§ 6 odst. 4

Zadavatel je při postupu podle tohoto zákona, a to při vytváření zadávacích podmínek, hodnocení nabídek a výběru dodavatele, povinen za předpokladu, že to bude možné vzhledem k povaze a smyslu zakázky, dodržovat (nové) zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a inovací ve smyslu tohoto zákona. Svůj postup je zadavatel povinen řádně odůvodnit.



Nároky kladené na zadavatele v ZZVZ

musí vždy

- uvážit, zda lze inovovat
- být schopen odůvodnit svůj postup

Evropské zdroje: *„Inovativní řešení se zřídka pořizuje jen kvůli jeho inovativní povaze. Většinou se inovativní řešení stává zajímavým pro zadavatele veřejných zakázek, když umožňuje podobné nebo dokonce lepší výsledky při optimalizovaných nákladech.“* [z Pokynů k zadávání VZ na inovativní řešení]



Definice inovací

- § 28/1/r) implementace nového nebo značně zlepšeného produktu, služby nebo postupu související s předmětem veřejné zakázky
- definice v klasické směrnici – popisnější, výslovně také
 - nový způsob uvádění na trh,
 - nové organizační metody obchodních postupů,
 - organizace pracovního prostředí nebo vnějších vztahů
- definice v Oslo manuálu OECD 2018: navíc zpřístupnění potenciálním uživatelům / uvedení do provozu
- § 70 ZZVZ (in.part.): řešení, které na trhu není k dispozici



Kategorizace inovací

- inovační proces (poptávám výzkum a vývoj)
- výsledek inovací (poptávám výsledek inovace, kterou provedl někdo jiný)

zadavateli nikdo nestanoví, o jakou inovaci se musí jednat (tedy jakou inovaci se má pokusit implementovat)

nemusí jít „jen“ o deep-tech inovace, případně inovace založené na předem (často externě) zpracovaných strategiích



S inovacemi je nutné počítat už před zahájením ZŘ

- posouzení inovace z hlediska předmětu a významu VZ (viz § 6/4)
- příprava na inovativní nákup
 - plánování; posouzení existence řešení na trhu
 - průzkum trhu, předběžná tržní konzultace
 - předběžné oznámení
 - zvážení centrálního/společného zadávání
 - příklady dobré praxe – vytvoření koncepcí, analýz, strategií ...
- rozumná formulace zadávacích podmínek



Předběžná tržní konzultace

- zadavatel se dozvídá, jaká je situace na trhu
- zároveň dává dodavatelům znát své úmysly
- formulace předmětu plnění, podmínek účasti, hodnotících kritérií, smluvních podmínek vč. práv duševního vlastnictví
- forma je na zadavateli, lze i distančně



Předběžná tržní konzultace

pozor, i když nová zásada podle § 6/4 ZZVZ, musím se „vejít“ pod stávající ustanovení ZZVZ → povinnost:

- zaznamenat průběh (§ 33 + § 211/1)
- propsat případné výsledky do zadávací dokumentace (§ 36/4)



Předběžná tržní konzultace_ÚOHS 108/2021 (listopad 2021)

- Zadavatel před zahájením zadávacího řízení provedl průzkum trhu, v ZD nebyly zaznamenány předběžné tržní konzultace.
- ÚOHS: zadavatel nepochybil; povinnost uvádět v zadávací dokumentaci je vztažena k předběžným tržním konzultacím (ne průzkumu trhu). Je tedy třeba rozlišovat mezi těmito dvěma instituty.
 - Průzkum trhu: „neformální“ způsob získávání informací, např. vyhledávání na webu, studium katalogových listů příslušných produktů apod.
 - Předběžné tržní konzultace: „formálnější“ způsob získávání potřebných informací, vzájemné komunikace typicky s dodavateli na relevantním trhu → zákonná pravidla pro komunikaci (§ 211 odst. 1 obdobně) + povinnost zadavatele uvést a označit získané informace a osoby podílející se na konzultacích v ZD.



Komunikace s odborníky, externí zpracovatelé

Povinnosti dle ZZVZ

- externí zpracovatel – uvedení v zadávací dokumentaci (§ 36/4)
- přizvaný odborník – čestné prohlášení o neexistenci střetu zájmů (§ 44/1)

Pokud kompenzace – jedná se o veřejnou zakázku, pokud neplatí některá z výjimek, musí být soutěžena



Výběr druhu zadávacího řízení

- obecně záleží na zadavateli
- lze také otevřené řízení (inovaci lze zajistit i bez jednání, např. vhodným nastavením podmínek účasti, hodnotících kritérií, smluvním zakotvením inovací)
- lze i u veřejných zakázek malého rozsahu, viz metodiky TAČR
- výjimka ze zákona na výzkum a vývoj § 29 písm. r) rozdíl mezi tzv. exclusive development a pre-commercial procurement



Výběr druhu zadávacího řízení

Podle situace vybírám druh ZŘ, ne naopak

pokud to, co požaduju, na trhu existuje

- jsem schopen popsat sám ?
- preferuju, aby navrhnul dodavatel ?

pokud chci o řešení jednat / vést dialog

- pokud řešení na trhu nelze koupit „of-the-shelf“

pokud to, co požaduju, zatím neexistuje

- inovační partnerství, řetězení ZŘ, lze i samotný výzkum a vývoj



Přilákání dodavatelů - zatraktivnění obchodní příležitosti

- často skloňované téma (na hranici mezi inovativními a pro-sociálními ohledy)
- inovační potenciál i u malých podniků, start-upů
- při formulaci zadávacích podmínek
 - rozumné nastavení podmínek účasti (kvalifikace)
 - možnost zařazení do kritérií hodnocení
 - vhodně vyvážené obchodní podmínky, práva duševního vlastnictví



Rozumně stanovené podmínky účasti

Technické podmínky

- ani jedno z možných popisů technických podmínek inovace a priori nevylučuje
- doporučení: hodlám-li při plnění VZ získat inovativní řešení, je vhodnější neuvádět detailní popis požadovaného plnění (výsledku) a použít spíše popis funkce, účelu a potřeb, které mají být naplněny

Kvalifikace

- zakázku může zbytečně znepřístupnit např. požadavek na dlouhotrvající reference, excesivně vysoký obrat, vysoký počet zaměstnanců
- před požadavky na zkušenosti dodavatele lze upřednostnit požadavek na zkušenost zapojeného odborníka



Obchodní podmínky

Přívětivá platební schémata pro (pod)dodavatele

- například vyhrazení přímých úhrad poddodavatelům
- systém sankcí za pozdní platbu poddodavatelům
- zálohové platby

Vzorky

jsou-li předkládány vzorky, měla by smlouva obsahovat pravidla pro kontrolu shody, případně sankce

Pravidla pro změnu smlouvy nebo její ukončení

předvídání změn trhu (inovací); možnost odstoupit v případě, že dodavatel nebude dosahovat průběžných ukazatelů; výplata prémie



Další možnosti zpřístupnění zakázky inovacím

Dělení VZ na části

- kombinace sociálně udržitelných ohledů a inovací (přilákání MSP včetně start-upů)
- podmínky dle ZZVZ
 - povinnost sečíst při stanovování předpokládané hodnoty
 - stanovení pravidel pro podávání nabídek na jednotlivé části
- vhodné upravit interoperabilitu částí

Varianty nabídek

například konzervativní nabídka + inovativní nabídka



Hodnocení

inovační aspekty lze hodnotit

- jako kritérium kvality [§ 116/2/d)], například body navíc za doplňkové funkce
- v rámci nákladů životního cyklu

bude se zpravidla jednat o subjektivní hodnocení (což je u hledisek, jejichž naplnění není exaktně měřitelné, zcela legitimní) – pravidla hodnocení musí být dobře popsána



Hodnocení

Ale !

Zohlednit zásadu inovací můžu i v případě, že

- hodnotím na cenu (nastavením obchodních / technických podmínek)
- hodnotím objektivní hodnotící kritéria

specifikum soutěžního dialogu a inovačního partnerství – nelze hodnotit na cenu



Subjektivní hodnocení_míra určitosti ZD

4 As 85/2020 (NSS, září 2020), koncese - zpracování žádostí o víza

- Spor: míra určitosti + transparentnost hodnotících (sub)kritérií.
- NSS: legitimnost subjektivních kritérií, ale
 - méně transparentní kritéria tam, kde transparentnější kritéria nepostačují k dosažení legitimního cíle;
 - dodavatelé musí vědět, na co se při tvorbě svých nabídek mají zaměřit;
 - vymezení subjektivního kritéria nesmí připouštět pochybnosti o možné svévoli zadavatele.
- odvážná úvaha: pochybením vždy nemusí být, když zadavatel explicitně neuvede, jaké aspekty nabídek budou hodnoceny (doporučení – nepřehánět s aplikací)



Subjektivní hodnocení_míra určitosti v ZD

4 As 85/2020

„... od zadavatele totiž nelze očekávat, že bude mít zcela jasnou představu o tom, jaký způsob školení pracovníků vízových center je nejvhodnější. Tím, že výběr konkrétního způsobu nechá na dodavateli a učiní jej součástí hodnocení nabídek, může naopak dosáhnout vyšší kvality poskytovaných služeb. Takový postup přitom na dodavatele neklade žádné nepřiměřené nároky, neboť jim pouze zakládá povinnost přesvědčivě vysvětlit, proč považují zvolenou metodu provádění školení za kvalitní.“



Subjektivní hodnocení_míra určitosti v ZD

R0082/2021 (ÚOHS, červenec 2021): mnoho subkritérií, stanoveno bodové rozmezí 1-3, 1-5 bodů, „*u každé nabídky vhodnost a vyspělost nabízeného řešení/procesu ve vztahu k jednotlivým požadavkům zadavatele a dle toho nakolik odráží potřeby zadavatele, řešení přidělí body.*“

ÚOHS: podstata subjektivních hodnotících kritérií souvisí s uvážením zadavatele, požadavek objektivizace nelze aplikovat tak přísně, aby subjektivní hodnotící kritérium ztratilo svůj význam tím, že by se stalo až příliš objektivním.

zadavatel vymezeným požadavkům dostál: popsal, co bude hodnotit + co bude mít vliv na hodnocení + metodu bodování



Subjektivní hodnocení_diskrece hodnotící komise

Konstantní rozhodovací praxe, např. 2 A 9/2002 (NSS, 2004); 5 Afs 75/2009 (NSS, 2009)

ÚOHS není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, a tyto jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním názorem

Hodnotitelé = kolegium odborně způsobilých osob, kterým **jedině** je svěřena pravomoc posoudit odborné otázky související s procesem hodnocení nabídek



Subjektivní hodnocení_diskrece hodnotící komise

2 A 9/2002: „Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se [ÚOHS] ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. ... nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. **Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru** ... Vlastní akt posouzení a hodnocení nabídek ... nemůže podléhat dohledové činnosti, neboť jde o nikoli dodržení zákonem stanovených postupů, ale o myšlenkový proces odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů.“



MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

Diskrece hodnotitelů, POZOR

diskrece povolena ✓, ale
svévole zakázána ✗



MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

Subjektivní hodnocení_ zákaz svévole

R0082/2021

Zadavatel uspěl se subjektivními subkritérii, když „možný prvek nejistoty je ... natolik omezen, že hodnoticí komisi při hodnocení nabídek ponechává toliko aprobovaný prostor pro uvážení, aniž by vzbuzoval pochybnosti o možnosti svévole při hodnocení.“



Hodnocení_ zákaz svévole

2 Afs 86/2008 (NSS):

dílčí kritérium hodnocení *záruční doba*, v ZD popis hodnocení: „*hodnotit **nabídnuté** záruční doby na dílčí části díla nad rámec minimálně požadovaných záručních lhůt stanovených zadavatelem*“ ... výpočtový vzorec – podíl „***hodnocená** délka záruční doby/nejdelší délka záruční doby*“.

NSS: závažná vada, neboť

- je sporné, zda se bude hodnotit celá záruční lhůta, nebo pouze část lhůty nabídnutá nad rámec minimálně požadované délky
- oba zmíněné výklady jsou racionální a možné, nikoliv absurdní



Subjektivní hodnocení_popis provedeného hodnocení

4 As 85/2020 (koncese na zajištění víz):

*„... nutné připomenout, že se snižující se jednoznačností hodnotících kritérií stoupají požadavky na kvalitu odůvodnění závěrů hodnotící komise. Zatímco u kvantitativních kritérií obvykle postačí uvést příslušné číselné hodnoty a dosadit je do předem stanoveného vzorce, u kritérií subjektivních je pro zachování zásady transparentnosti nutné, aby hodnotící komise přesvědčivě **uvedla, jaké aspekty při svém hodnocení posuzovala, jakou váhu jim přiřadila a co bylo důvodem pro různé hodnocení jednotlivých nabídek.**“*



Subjektivní hodnocení_popis provedeného hodnocení

30 Af 90/2013 (KS v Brně, 2016): „[J]e nutno zdůvodnit výběr vítězného uchazeče, včetně způsobu, jakým k tomu došlo, **což by mělo být precizně popsáno především u subjektivních, nekvantifikovatelných (nepočítatelných) hodnotících kritérií, které nelze dosadit do předem daného vzorce.**

*To pak samozřejmě klade **zvýšené nároky** na zadavatele, resp. hodnotící komisi*

*soud ... dává žalobci za pravdu, že v případě nekvantifikovatelných kritérií není možné zcela objektivní poměrování jednotlivých nabídek. ovšem musí jednotlivé nabídky posoudit takovým způsobem, aby byla **vyloučena jakákoliv libovůle** a aby bylo možné **toto hodnocení přezkoumat.**“*



Subjektivní hodnocení_popis provedeného hodnocení

ÚOHS-S0148/2021 (listopad 2021)

„... přičemž zvláště důležité je odůvodnění přidělení bodových hodnot u nekvantifikovatelných kritérií. Právě u těchto hodnotících kritérií je nezbytné k záznamu o výsledném počtu přidělených bodů připojit i relevantní písemné zdůvodnění počtu přidělených bodů, respektive slovní zdůvodnění názoru a postupu hodnotící komise, případně upřesnění úvahy, na jejímž základě byl přidělen té které nabídce daný počet bodů, jinými slovy, byť třeba stručné, avšak přiléhavé a relevantní slovní okomentování názoru a postupu hodnotitele.“



Práva duševního vlastnictví

Pravidla naložení s právy duševního vlastnictví povinně stanovena jen v řízení o inovačním partnerství

V jakémkoliv druhu zadávacího řízení: má-li předmětem plnění být výzkum, vývoj, výsledkem být jedinečná inovace, pak regulace práv duševního vlastnictví je dobrý nápad (ne ale povinnost).

Není nutné práva duševního vlastnictví „kupovat“ (není-li to ve veřejném zájmu).

Pokyny k inovativním VZ: „Zadavatelé veřejných zakázek by proto měli zvážit ponechání práv duševního vlastnictví dodavatelům, pokud nejsou dotčeny převažující veřejné zájmy.“

ALE: přihlédnout strategicky k budoucí potřebě přizpůsobit, změnit nebo předat provozování inovativního řešení jinému zadavateli veřejných zakázek / jinému dodavateli / uživatelům

DĚKUJI ZA POZORNOST