**Príloha č. 6**

# Opis predmetu zákazky

V súťažných podkladoch verejný obstarávateľ musí uviesť všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Opis predmetu zákazky môže odkazovať aj na osobitný postup alebo metódu výroby alebo poskytovania požadovaných tovarov alebo služieb, ako aj na osobitný postup inej fázy ich životného cyklu, a to aj vtedy, ak tieto faktory netvoria súčasť ich hmotnej podstaty, musia však súvisieť s predmetom zákazky a byť primerané jej hodnote a cieľom. Predmet zákazky musí verejný obstarávateľ opísať jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek. Verejný obstarávateľ vypracujú opis predmetu zákazky

Technické požiadavky

a) zohľadnia požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím a riešenia vhodné pre všetkých užívateľov okrem náležite odôvodnených prípadov; ak právne záväzné akty Európskej únie ustanovujú záväzné požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím alebo riešenia vhodné pre všetkých užívateľov, v technických požiadavkách verejný obstarávateľ uvedie odkaz na príslušné právne záväzné akty Európskej únie,

b) musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená hospodárska súťaž.

a) na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek, ktoré môžu zahŕňať environmentálne charakteristiky; technické požiadavky sa musia určiť tak, aby boli zrejmé všetky podmienky a okolnosti dôležité na vypracovanie ponuky,

b) odkazom na technické špecifikácie v poradí: slovenské technické normy, ktorými sa prevzali európske normy, európske technické osvedčenia, spoločné technické špecifikácie, medzinárodné normy, iné technické referenčné systémy zavedené európskymi normalizačnými organizáciami, alebo ak také neexistujú, národné technické osvedčenia alebo národné technické špecifikácie týkajúce sa projektovej dokumentácie, technické špecifikácie, ktoré pochádzajú z priemyselného odvetvia a sú týmto odvetvím všeobecne uznávané; takýto odkaz musí byť doplnený slovami „alebo ekvivalentný“,

c) na základe výkonnostných a funkčných požiadaviek uvedených v písmene a) s odkazom na technické špecifikácie uvedené v písmene b), ktoré slúžia ako prostriedok na zabezpečenie súladu s výkonnostnými a funkčnými požiadavkami, alebo

d) odkazom na technické špecifikácie uvedené v písmene b) pre niektoré charakteristiky a odkazom na výkonnostné alebo funkčné požiadavky uvedené v písmene a) pre ostatné charakteristiky.

Technické požiadavky sa nesmú odvolávať na konkrétneho výrobcu, výrobný postup, obchodné označenie, patent, typ, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby, ak by tým dochádzalo k znevýhodneniu alebo k vylúčeniu určitých záujemcov alebo tovarov, ak si to nevyžaduje predmet zákazky. Takýto odkaz možno použiť len vtedy, ak nemožno opísať predmet zákazky dostatočne presne a zrozumiteľne, a takýto odkaz musí byť doplnený slovami „alebo ekvivalentný“.

Podľa bodu 74 preambuly smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES technické špecifikácie vypracované verejnými obstarávateľmi musia umožňovať, aby bolo verejné obstarávanie otvorené hospodárskej súťaži, ako aj dosiahnutie cieľov udržateľnosti. Na tento účel by malo byť možné predložiť ponuky, ktoré odrážajú rozmanitosť technických riešení, noriem a technických špecifikácií na trhu vrátane tých, ktoré sú vypracované na základe kritérií výkonnosti naviazaných na životný cyklus a udržateľnosť procesu produkcie prác, tovaru a služieb.

Podľa Európskej komisie použitím obchodných značiek v súťažných dokladoch sa obmedzí hospodárska súťaž na dodávateľov danej značky a výsledkom je efektívny monopol a s ním spojené cenové následky. Okrem toho závislosť na jedinom poskytovateľovi systému IKT a jeho budúceho vývoja môže viesť k problémom s kontinuitou činnosti, keďže existuje riziko, že poskytovateľ sa môže rozhodnúť ukončiť podporu systému alebo niektorých jeho prvkov. To môže takisto viesť k nevyužitiu príležitostí na väčšiu mieru inovácie a efektivity, najmä v prípade, ak poskytovateľ nie je schopný modernizovať systém, aby vyhovoval budúcim nárokom.

Porušovaniu pravidiel verejného obstarávania v oblasti IKT vo väzbe na odkazy na konkrétny výrobok sa venuje aj štúdia Európskej komisie - Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in . V predmetnej správe sa napr. uvádza, že v 1726 rôznych oznámeniach používaných vo verejnom obstarávaní bolo 2620 odkazov na 188 konkrétnych vendorov (ich výrobky, obchodné označenia a pod.) Najčastejšie sa odkazovalo na Microsoft, SAP, Oracle a Windows.

Technické špecifikácie by sa preto mali formulovať takým spôsobom, aby sa zabránilo umelému zúženiu hospodárskej súťaže na základe požiadaviek, ktoré zvýhodňujú konkrétny hospodársky subjekt tým, že sa do nich budú premietať kľúčové charakteristické znaky tovarov, služieb alebo prác, ktoré tento hospodársky subjekt zvyčajne ponúka. Vypracovanie technických špecifikácií, pokiaľ ide o funkčné a výkonnostné požiadavky, vo všeobecnosti umožňuje dosiahnuť uvedený cieľ tým najlepším spôsobom. Požiadavky súvisiace s funkčnosťou a výkonnosťou sú zároveň vhodným prostriedkom na podporu inovácie vo verejnom obstarávaní a mali by sa využívať v čo najväčšej miere. Tam, kde sa odkazuje na európsku normu, alebo v prípade, že takáto norma neexistuje, na vnútroštátnu normu, by mali verejní obstarávatelia zvážiť ponuky založené na rovnocenných ustanoveniach. Dokázanie rovnocennosti s požadovanou značkou by malo byť povinnosťou hospodárskeho subjektu.

Na dokázanie rovnocennosti by malo byť možné požiadať uchádzačov, aby predložili dôkazy overené treťou stranou. V prípade, že dotknutý hospodársky subjekt nemá prístup k takýmto osvedčeniam alebo skúšobným protokolom, alebo ak nemá možnosť ich získať v príslušnej lehote, by však mal mať možnosť predložiť aj iné primerané dôkazové prostriedky, ako je napríklad technická dokumentácia výrobcu, a to za predpokladu, že dotknutý hospodársky subjekt tým dokáže, že tovar alebo služby spĺňajú požiadavky alebo kritériá stanovené v technických špecifikáciách, kritériá na vyhodnotenie ponúk alebo podmienky plnenia zákazky.

Kancelárske IT zariadenia – IT výrobky nakupované nadlimitným postupmi musia spĺňať najnovšie minimálne požiadavky energetickej účinnosti, ktoré sú predpísané nariadením EÚ o programe Energy Star (nariadenie č. 106/2008 o programe Spoločenstva na označovanie energetickej účinnosti kancelárskych zariadení).

Z rozhodnutia Rady úradu č. 10881-9000/2015-KR/26 zo dňa 10. 9. 2015 vyplýva, že pri riešení otázky opisu predmetu zákazky a príp. ekvivalentnosti je potrebné zodpovedať nasledovné otázky:

a) čo je to ekvivalent, t. j. ktoré výrobky môžu byť považované za ekvivalenty,

b) akým spôsobom upravil kontrolovaný možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov v súťažných podkladoch, a následne,

c) či navrhovateľ v danom prípade splnil kontrolovaným stanovené podmienky na ich predkladanie, a teda, či navrhovateľ bol alebo nebol oprávnený domáhať sa ich ekvivalentnosti.

Ad písm. a):

V súvislosti s posúdením otázky, ktoré výrobky môžu byť považované za ekvivalenty, rada poukázala na podmienku uvedenú v súťažných podkladoch, z ktorej vyplýva, že kontrolovaný podrobným opisom predmetu zákazky stanovil minimálne technické parametre, ktoré požaduje dodržať pre daný predmet zákazky.

Rada má za to, že danú podmienku nie je možné chápať ako podmienku predkladania ekvivalentov. Ak by totiž ktorékoľvek konkrétne zariadenie spĺňalo túto podmienku, a teda spĺňalo by všetky stanovené minimálne technické parametre uvedené v súťažných podkladoch, ktoré kontrolovaný požaduje dodržať, išlo by o zariadenie spĺňajúce požiadavky na predmet zákazky, a nie o ekvivalentný výrobok.

Ak by totiž platilo, že ekvivalentnými zariadeniami môžu byť len tie zariadenia, ktoré spĺňajú všetky požiadavky na predmet zákazky, tak by bola možnosť predkladať ekvivalenty nezmyselná: ak uchádzač ponúkne tovar, ktorý spĺňa všetky požiadavky na predmet zákazky, t. j. v predmetnom prípade, ak uchádzač ponúkne tovar, ktorý buď presne spĺňa stanovené technické parametre alebo ich prevyšuje, tak je verejný obstarávateľ povinný akceptovať ho a nie vyhodnocovať jeho ekvivalentnosť. Podľa rady vyhodnocovanie ekvivalentnosti tovarov má zmysel práve pri tovaroch, ktoré síce všetky požiadavky na predmet zákazky nespĺňajú (t. j. v predmetnom prípade nespĺňajú presne stanovené minimálne technické parametre ani ich neprevyšujú, a teda sú nižšie ako minimálne stanovené technické parametre), avšak napriek tomu ich možno z určitého dôvodu považovať za rovnocenné.

Rada má teda za to, že ekvivalentnými výrobkami by mohli byť len také výrobky, ktoré síce nespĺňajú všetky požiadavky na predmet zákazky, avšak napriek tomu ich možno z určitého dôvodu považovať za rovnocenné, teda také, ktoré spĺňajú úžitkové, prevádzkové a funkčné charakteristiky, ktoré sú nevyhnutné na zabezpečenie účelu, na ktorý sú výrobky určené.

Vo verejnom obstarávaní, v ktorom je prípustné predkladať ekvivalentné výrobky, prichádzajú do úvahy tri typy výrobkov:

a) výrobky, ktoré spĺňajú všetky stanovené požiadavky na predmet zákazky,

b) výrobky, ktoré nepatria do skupiny a), avšak sú k nim ekvivalentné, tzn. spĺňajú úžitkové, prevádzkové a funkčné charakteristiky, ktoré sú nevyhnutné na zabezpečenie účelu, na ktorý sú požadované výrobky určené,

c) výrobky, ktoré nepatria ani do skupiny a), ani do skupiny b).

Vo vzťahu k vyššie uvedenému rada uvádza, že za situácie, kedy kontrolovaný umožní uchádzačom predkladať ekvivalentné výrobky, tak výrobky, ktoré spĺňajú všetky požiadavky na predmet zákazky, ako aj výrobky ekvivalentné, by mali byť z hľadiska ich akceptovateľnosti v takomto verejnom obstarávaní rovnocenné, a teda akceptovateľné.

Z uvedeného vyplýva, že samotné konštatovanie, že ponúkané výrobky nie sú výrobkami podľa písm. a) tohto rozhodnutia, by v prípade, kedy by uchádzač predložil ekvivalentné výrobky v súlade s kontrolovaným stanovenými podmienkami, neznamenalo, že ponuku obsahujúcu také výrobky je nevyhnutné vylúčiť. Do úvahy by totiž prichádzala aj taká situácia, že predmetné výrobky sú výrobkami podľa písm. b), teda sú výrobkami ekvivalentnými, rovnocennými k výrobkom podľa písm. a). Ak by však bol aspoň jeden výrobok vyhodnotený kontrolovaným ako výrobok podľa písm. c), tak ponuky obsahujúce takýto výrobok by bol kontrolovaný povinný z takéhoto verejného obstarávania vylúčiť. To znamená, že vyhodnocovanie ponúk a ich zaradenie do niektorej z troch uvedených skupín výrobkov má v prípade, kedy kontrolovaný uchádzačom umožní predkladať ekvivalentné výrobky, veľký význam, nakoľko iba vyhodnotenie výrobkov v zmysle písm. c) tohto rozhodnutia by znamenalo vylúčenie ponuky, ktorá takéto výrobky obsahuje, zatiaľ čo vyhodnotenie výrobkov ako výrobkov v zmysle písm. a) a b) by vylúčenie ponuky neodôvodňovalo.

Z predchádzajúcich záverov rady, týkajúcich sa posúdenia výkladu pojmu ekvivalentnosti, ako aj z logiky veci, zároveň vyplýva, že zariadenia, pri ktorých sa uchádzač domáha uznania ich ekvivalentnosti, nemusia (a ani nemôžu) spĺňať všetky stanovené požiadavky na predmet zákazky – v predmetnom prípade nemusia (nemôžu) presne spĺňať stanovené minimálne technické parametre, ani ich prevyšovať. Ak by ich totiž spĺňali, išlo by o zariadenia spĺňajúce požiadavky na predmet zákazky, a nie o ekvivalentné zariadenia.

Ad písm. b):

Za účelom posúdenia, akým spôsobom upravil kontrolovaný možnosť predkladania ekvivalentných výrobkov v súťažných podkladoch, rada pristúpila k posúdeniu podmienky, zo znenia ktorej vyplýva, že kontrolovaný umožnil uchádzačom predkladanie ekvivalentných výrobkov v tom prípade, keď v rámci opisu predmetu zákazky použil konkrétneho výrobcu, výrobný postup, značku, patent, typ, krajinu, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby (ďalej aj „konkrétny výrobca, resp. konkrétny výrobok“).

Z danej podmienky predkladania ekvivalentov teda vyplýva, že pokiaľ by kontrolovaným stanovené minimálne technické parametre v predmetných odkazovali na konkrétneho výrobcu, resp. konkrétny výrobok, kontrolovaný by bol povinný v prípade týchto položiek uchádzačom umožniť predkladanie ekvivalentných výrobkov.

Na základe vyššie uvedeného rada dospela k záveru, že navrhovateľ sa správne domnieval, že z predmetnej podmienky je možné vyvodiť záver o prípustnosti predkladania výrobkov nespĺňajúcich všetky kontrolovaným zadané technické parametre, a to v takom prípade, ak kontrolovaný použil v rámci opisu predmetu zákazky konkrétneho výrobcu, výrobný postup, značku, patent, typ, krajinu, oblasť alebo miesto pôvodu výrobku. Rada preto na základe vyššie uvedených skutočností dospela k záveru, že zo súťažných podkladov vyplýva, že pokiaľ by kontrolovaný použil v rámci opisu predmetu zákazky v predmetných položkách konkrétneho výrobcu, výrobný postup, značku, patent, typ, krajinu, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby, kontrolovaný by bol povinný v prípade týchto položiek uchádzačom umožniť predkladanie ekvivalentných výrobkov.

Ad písm. c):

Nadväzujúc na vyššie uvedené rada pristúpila k posúdeniu rozhodujúcej skutočnosti, či navrhovateľ v danom prípade splnil kontrolovaným stanovené podmienky na predkladanie ekvivalentov, a teda či kontrolovaný použil v rámci opisu predmetu zákazky konkrétneho výrobcu, výrobný postup, značku, patent, typ, krajinu, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby.

V tejto súvislosti rada vo všeobecnosti uvádza, že pokiaľ by preukázateľne existovali minimálne dva výrobky spĺňajúce kontrolovaným stanovené minimálne technické parametre, podmienka predkladania ekvivalentných výrobkov uvedená v súťažných podkladoch by nebola splnená, nakoľko by už nebolo možné vyvodiť záver, že kontrolovaný použil v rámci opisu predmetu zákazky v prípade týchto položiek konkrétneho výrobcu, resp. konkrétny výrobok.

### Možné odporúčania:

* Pri obstarávaní softvéru je potrebné, aby sa verejný obstarávateľ zaoberal celým životným cyklom softvéru od jeho vývoja, testovania, nasadenia do prevádzky, údržby a podpory až po prípravu na migráciu dát a jeho nahradenie.
* Postup plánovania životného cyklu softvéru je kruciálny pre zabránenie stavu lock-in.
* Životný cyklus softvéru a jeho plánovanie umožňuje predchádzať problémom s príp. použitím priamych rokovacích konaní, ktoré predstavujú výnimočné nesúťažné postupy verejného obstarávania.
* Zmluva, rámcová dohoda alebo koncesná zmluva na obstaranie softvéru má obsahovať jasné, presné a jednoznačné podmienky jej úpravy, vrátane úpravy ceny alebo opcie, rozsah, povahu možných úprav a opcií a podmienky ich uplatnenia; nemožno určiť takú podmienku, ktorou by sa menil charakter zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy. Plánovaný nákup softvéru umožňuje predchádzať zneužitiu priamych rokovacích konaní.
* Vo verejnom obstarávaní – pri stanovení požiadaviek na predmet zákazky nie je možné odkazovať na konkrétneho výrobcu, výrobný postup, obchodné označenie, patent, typ, oblasť alebo miesto pôvodu alebo výroby, ak by tým dochádzalo k znevýhodneniu alebo k vylúčeniu určitých záujemcov alebo tovarov, ak si to nevyžaduje predmet zákazky. Takýto odkaz možno použiť len vtedy, ak nemožno opísať predmet zákazky dostatočne presne a zrozumiteľne, a takýto odkaz musí byť doplnený slovami „alebo ekvivalentný“.
* Verejný obstarávateľ má zohľadniť skutočnosť, že možnosť predložiť ekvivalent neznamená totožnosť a splnenie všetkých požiadaviek kladených na konkrétny produkt (t. j. ekvivalenty nespĺňajú presne stanovené minimálne technické parametre ani ich neprevyšujú, a teda sú nižšie ako minimálne stanovené technické parametre), avšak napriek tomu ich možno z určitého dôvodu považovať za rovnocenné.
* Ak verejný obstarávateľ opíše predmet zákazky spôsobom, ktorý je vo všeobecnosti reprobovaný, je potrebné akceptovať aj ekvivalentné tovary alebo služby. Verejný obstarávateľ by mal v súlade s princípom transparentnosti uviesť, ktoré tovary alebo služby bude považovať za ekvivalentné, t. j. nestačí iba uviesť slová „alebo ekvivalentný“ a kritériá posudzovania ekvivalentnosti nastaviť až pri samotnom hodnotení ponúk.
* Verejný obstarávateľ by sa pri opise predmetu zákazky mal zamerať na modulárnosť SW riešení, t.j. pri vývoji a dodávke SW by malo byť od hospodárskych subjektov/dodávateľov požadované, aby obstaraný SW bol modulárneho charakteru s jasne prepojenými interakciami a prepojeniami vzhľadom na budúce potreby interoperability so SW nie len konkrétneho verejného obstarávateľa ale aj iných verejných obstarávateľov. Projektovanie a dodávka SW na modulárnej báze s jasne popísanými možnosťami interoperability znižuje riziko lock in a umožňuje znižovanie nákladov na budovanie SW na oboch stranách aj u verejných obstarávateľov aj u dodávateľov.