

# Vendor lock-in a dynamický nákupní systém



Evropská unie  
Evropský sociální fond  
Operační program Zaměstnanost

**24. listopadu 2021**

**Projekt „Projektová kancelář Ministerstva zdravotnictví“  
reg. č. CZ.03.4.74/0.0/0.0/15\_025\_0003715**

- jaké jsou možnosti řešení vendor lock-inu
- jak zajistit kompatibilitu nového IT
- jak implementovat nového IT mezi stávající IT
- jaká je právní povaha dat a komu patří
- jak právně zabezpečit migraci dat a zajistit kontinuitu
- k čemu slouží DNS
- jak zavést DNS v praxi

5. ÚNORA 2020 | DOBROMILA |  2°C, OBLAČNO

# iROZHLAS



DOMOV

SVĚT

EKONOMIKA

SPORT

KULTURA

VĚDA

KOMENTÁŘE

ŽIVOTNÍ STYL

VOLBY

Kde se nacházíte: [iROZHLAS.cz](#) / [Zprávy z domova](#) | Související témata: [Vladimír Dzurilla](#) [informační technologie](#) [ministerstvo vnitra](#) [veřejné zakázky](#) [IT](#)

## **Dražší zakázky na informační technologie nově pohlídá úřad hlavního architekta eGovernmentu**

Petr Horník / Borgis / Profimedia, zdroj

# **Stát v IT zakázkách promrhal už miliardy korun. Kauza dálniční známky je jedna z mnoha**

Napsal/a [Robert Břešťan](#) 3. února 2020



[Novinky.cz](#) » [Domácí](#) » [Informační systém MPSV bude dražší, má vyjít až na 2,5 miliardy](#)

## Informační systém MPSV bude dražší, má vyjít až na 2,5 miliardy

22. 1. 2020, 16:10 – Praha • [Aktualizováno 22. 1. 2020, 18:14](#) - [Novinky](#), [ČTK](#)

# Ministerstvo financí dostalo od ÚOHS statisícové pokuty za porušení zákona o veřejných zakázkách



ČTK

Aktualizováno 14. 5. 2018 17:31

reklama

# U opencard dělil zakázky salámovou metodou, ale netušil, že porušuje zákon

19. 6. 2014, 13:41 – Praha • Aktualizováno 19. 6. 2014, 15:49 - Václav Lang, [Novinky](#)

# Praha v tajnosti připravila náhradu za Opencard. Nově se bude jezdit na Lítačku



Místo Opencard má brzy přijít "Lítačka".

autor: HN – René Volfík



**Marek Pokorný, Lukáš Prchal**

25. 1. 2016 / 00:00



# Praha má nefunkční aplikaci PID Lítačka a její tvůrce se teď ještě chlubí

11. 1. 2020 | [Jakub Fišer](#) | 13 komentářů

# Úvodní slovo předsedy

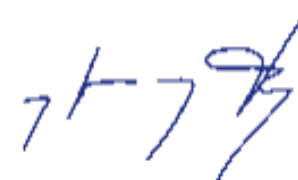
Podle dostupných statistických údajů byla v roce 2016 hodnota trhu veřejných zakázek v České republice celkem 486 miliard korun. Objem financí proinvestovaných prostřednictvím veřejných zakázek tak tvořil více než desetinu hrubého domácího produktu.

Je pochopitelné, že při takto významném výdeji veřejných prostředků musí být stanoven pokud možno jednoznačný a detailní právní rámec, na jehož základě zadávací řízení probíhají. Podobně důkladný pak musí být i dozor nad zadáváním veřejných zakázek, který v České republice zajišťuje Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

V rámci své dozorové činnosti Úřad posuzuje veřejné zakázky z nejrůznějších odvětví ekonomiky. Kromě infrastrukturních zakázek jsou velice frekventované a co do finančních objemů významné také zakázky z oblasti informačních a komunikačních technologií. V této oblasti docházelo opakovaně k situacím, kdy zadavatel uzavřením smlouvy bez dostatečného ošetření, mimo jiné autorských a licenčních práv, vytvořil pro vybraného dodavatele stav exkluzivity, a tím se stal na něm závislým. Takový dodavatel si pak následně může určovat cenu všech

dalších plnění, která na původní zakázku navazují, aniž by taková cena byla výsledkem široké hospodářské soutěže. Jsou případy, když zadavatel takto v jednacích řízeních bez uveřejnění postupuje po dobu deseti i více let.

Úřad se na výše zmíněnou problematiku zaměřil v posledních měsících ve svých správních řízeních a současně se jí ve zvýšené míře věnuje i v tomto informačním listu. Věřím, že zadavatelé v předkládaném materiálu naleznou podrobně popsané limity postupu v jednacím řízení bez uveřejnění vycházející zejména z nejnovější judikatury správních soudů a budou upozorněni na otázky, kterým by měli před započítím zadávacího řízení na IT veřejné zakázky věnovat dostatečnou pozornost.



**Ing. Petr Rafaj**

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže



ÚVOD

O NÁS

KONTROLA

PUBLIKACE A DOKUMENTY

OTEVŘENÝ ÚŘAD

PRO MÉDIA



Úvodní stránka > Pro média > Tiskové zprávy > MPO zaplatilo za dva IT systémy 7 milionů korun....

< TISKOVÉ ZPRÁVY

## MPO zaplatilo za dva IT systémy 7 milionů korun. Jeden vůbec nespustilo a druhý nikdo nevyužívá



ÚVOD

O NÁS

KONTROLA

PUBLIKACE A DOKUMENTY

OTEVŘENÝ ÚŘAD

PRO MÉDIA



Úvodní stránka > Pro média > Tiskové zprávy > ICT v daňové agendě: nesoutěžní postupy či...

< TISKOVÉ ZPRÁVY

## ICT v daňové agendě: nesoutěžní postupy či diskriminace uchazečů u zakázek za 428 milionů, prohlubování závislosti na dodavateli i předimenzovaná technická řešení

Tisková zpráva ke KA č. 18/07 – 23. 4. 2019

# Co je vendor lock-in

*„Hovoříme-li o vendor lock-inu, pak mluvíme mimo jiné o neschopnosti zadavatele změnit či zpřístupnit dílo vytvořené dodavatelem bez jeho souhlasu nebo poplatků (tzv. exit cost). Zadavatel je jako uživatel díla v situaci, kdy je s ohledem na jiná pravidla, která též musí v oblasti veřejné správy dodržovat, zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Proto se mluví o proprietárním uzamčení zadavatele, který není schopen změnit své existující řešení jednoduše a bez shora uvedených výstupních nákladů, které jsou kvůli jeho závislosti na dodavateli mnohdy přemrštěně vysoké.“*

(Informační list ÚOHS 1/2017, s. 22)

# Formy vendor lock-inu

- monopol
- existence práv duševního vlastnictví
- technologická závislost
  - inkompatibilita pořízeného a na něj navazujícího plnění
  - brzké zavedení technologie
- nepřiměřené náklady na změnu
- uzamčení zadavatele ostatními uživateli
- osobní uzamčení (!)

# Kdy vendor lock-in vzniká a jaké má následky



# Ochrana autorských práv

- § 2 odst. 1 autorského zákona
  - „Za dílo se považuje též **počítačový program** ... , které jsou původní v tom smyslu, že jsou autorovým vlastním duševním výtvořem.“
- dispozice
  - licence (§ 2358 občanského zákoníku)
  - 58 odst. 1 autorského zákona
    - „Není-li sjednáno jinak, zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autorova majetková práva k dílu, které autor vytvořil ke splnění svých povinností vyplývajících z pracovněprávního nebo služebního vztahu. Takové dílo je zaměstnaneckým dílem. Zaměstnavatel může právo výkonu podle věty první postoupit třetí osobě pouze se svolením autora ...“

# IS VIOLA - ÚOHS-S0186/2017/VZ-19607/2017/553/MBu

- Zhotovitel uděluje objednateli bezplatnou, časově neomezenou licenci k dílu.
- Zhotovitel zakazuje objednateli zásahy do rozmnoženiny počítačového programu uvedené v § 66 odst. 1 písm. a) Autorského zákona, vyjma možnosti počítačový program rozmnožovat za účelem jeho užití v souladu s jeho určením.
- Zhotovitel předá objednateli příslušnou uživatelskou a technickou dokumentaci a zdrojový kód počítačového programu Viola SF/CF. V případě provedení změny v programu předá zhotovitel objednateli i aktualizovanou uživatelskou a technickou dokumentaci potřebnou k řádnému užití a zdrojový kód programu, a to do deseti pracovních dnů po odsouhlasení změny objednatelem.
- Objednatel bude ... nakládat se zdrojovým kódem následujícím způsobem: ... neposkytne kód nebo jeho části třetím subjektům ...



# ISMS CRAB - ÚOHS-S0272/2017/VZ-25544/2017/531/Est

- *Po převzetí jednotlivých dílčích plnění přechází na objednatele právo užívání příslušného programového vybavení, související dokumentace a materiálů uvedených v této smlouvě.*
- *V souvislosti s licencovanými programy zhotovitele nebo jeho dodavatelů nepřechází na objednatele žádná vlastnická nebo autorská práva.*
- *Objednatel je oprávněn poskytnout oprávnění tvořící součást licence k ISMS třetí osobě nebo licenci postoupit třetím osobám bez souhlasu zhotovitele pouze za účelem užití ISMS v rámci veřejné správy pro účely související s činností objednatele*

## ISAO III. - ÚOHS-S0275/2017/VZ-27845/2017/512/VZe

- *Smluvní strany se dohodly, že shora uvedená licence ke zdrojovým kódům oprávněnému z licence je udělena pouze v případě, že nastane některá ze skutečností uvedených dále pod písm. a) nebo b), a to: a) dojde ke zrušení poskytovatele licence (nebo jeho právního nástupce) s likvidací ... b) nabude právní moci rozhodnutí o prohlášení konkurzu na majetek poskytovatele licence (nebo jeho právního nástupce)*
- *Objednatel se zavazuje užívat předmět smlouvy jen k účelu předpokládanému touto smlouvou a nepředat je třetím osobám a ani jim neumožnit předmět smlouvy jakýmkoli způsobem využívat bez písemného souhlasu zhotovitele.*

# IISSP - ÚOHS-S0318,S0325/2017/VZ-28607/2017/532/MOn

- *Dodavatel tímto uděluje uživatelská práva ke všem způsobům užití, na celou dobu trvání majetkových autorských práv Dodavatele.*
- *MF může plnění Dodavatele poskytnutá mu v souladu se Smlouvou měnit a upravovat a to jak sám, tak i prostřednictvím třetích stran.*
- *Dodavatel tímto uděluje MF licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat autorské dílo dle odst. 1., článku XII Smlouvy pouze pro účely provozování a užívání IISSP*

# Posouzení životního cyklu IT plnění

- je pravděpodobné, že bude v budoucnu nutné předmět původní veřejné zakázky upravovat? jaké jsou faktory?
- jaká by měla být forma?
  - 1 As 256/2015
- jaký by měl být obsah?

# Výsledek predikce životního cyklu



pravděpodobnost budoucí potřeby změn či úprav

➤ vhodné stanovení licenčních podmínek



bez potřeby budoucích změn či úprav

➤ hospodárnost, efektivnost a účelnost (principy 3 E)

# Jak realizovat zadávací řízení

- předběžné tržní konzultace (§ 33)

*„Zadavatel je oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž; ustanovení § 211 odst. 1 se použije obdobně.“*

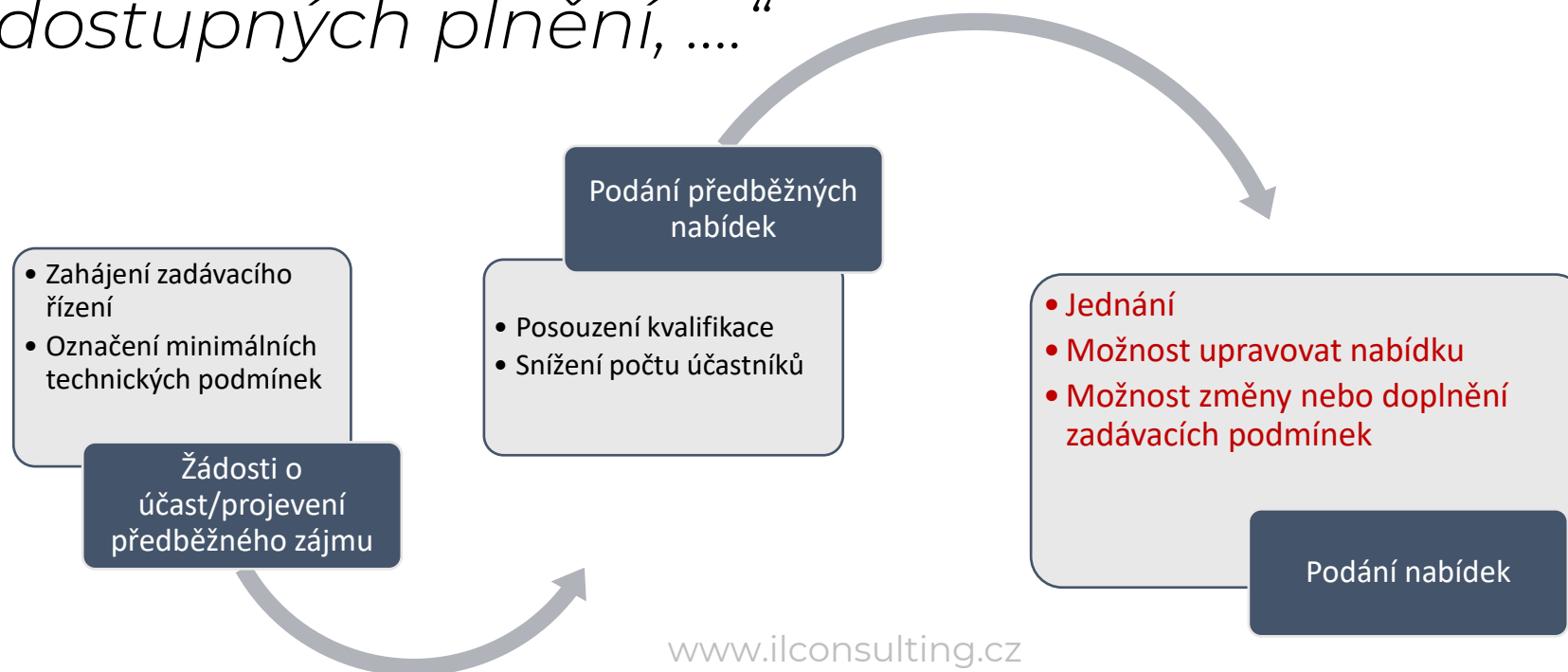
# Jak realizovat zadávací řízení

- hodnocení nákladů životního cyklu (§ 117 a násl. ZZVZ)
- Nemocniční informační systém (NIS)
  1. Cena plnění za dodávku a implementaci NIS
    - Cena za licenci
    - Cena za jeden člověkodenní (projektový vedoucí, konzultant, programátor)
  2. Cena plnění za následnou podporu a servisní služby
    - Měsíční paušální cena za údržbu NIS
    - Cena za jeden člověkodenní rozvoje (konzultant, programátor)
  3. Ostatní náklady životního cyklu
    - Veškeré dodatečné náklady zadavatele na hardware a software nezbytný pro úspěšnou a funkční implementaci NIS

# Jak realizovat zadávací řízení

- jednací řízení s uveřejněním (§ 60 a násl.)

*„Zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním, pokud potřeby zadavatele nelze uspokojit bez úpravy na trhu dostupných plnění, ....“*





# Jak realizovat zadávací řízení

- vyhrazené změny (§ 100 odst. 1)

*„Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.“*

# Jak realizovat zadávací řízení

- vyhrazené změny (§ 100 odst. 3)

*„Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit možnost použití jednacního řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem za předpokladu, že*

*a) podmínky pro nové služby nebo nové stavební práce odpovídají podmínkám pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle § 66*

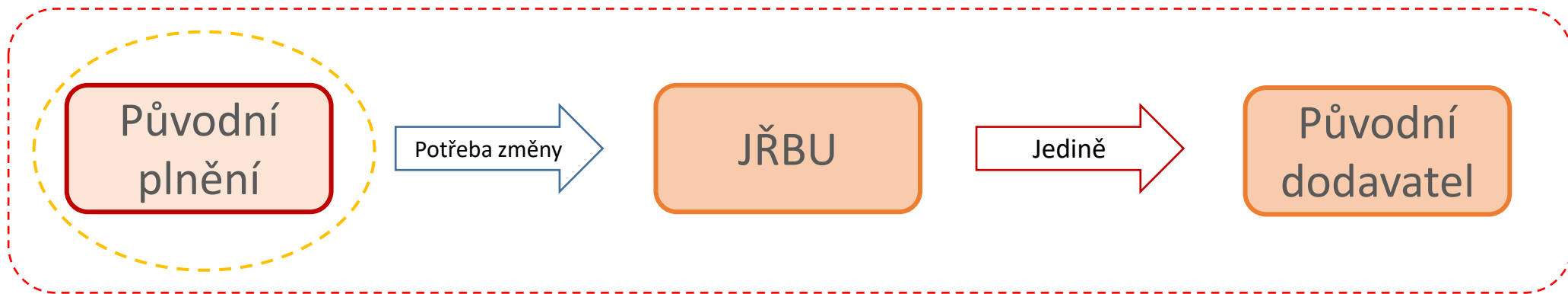
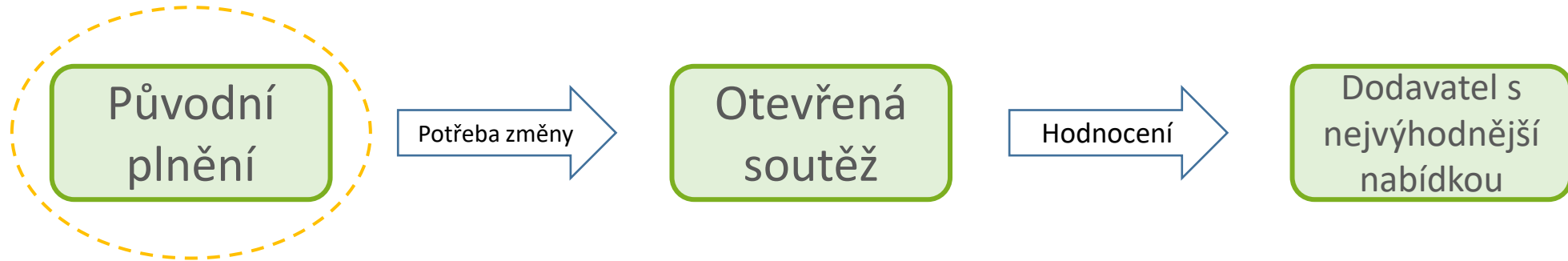
*b) předpokládaná hodnota nových služeb nebo nových stavebních prací nepřevyšuje 30 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky a*

*c) v zadávací dokumentaci uvede předpokládanou dobu a rozsah poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací.“*

# Zadávání „nové“ VZ - otázky

- Musí zadavatel jít vždy cestou „řešení na míru“?
- Musí zadavatel vždy požadovat zdrojový kód?
- Jaké podklady by zadavatel měl před tímto rozhodnutím obstarat, z čeho by měl vycházet?
- Jak postupovat v situaci, kdy plnění poskytuje jen několik dodavatelů, přičemž jejich plnění není kompatibilní s jinými výrobky na trhu?
- Co zvážit, pokud podá nabídku pouze jeden dodavatel?

# Vliv vendor lock-inu na další postup



# ZZVZ a vendor lock-in

- § 63 odst. 3

*„Zadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť*

*a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,*

*b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo*

*c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.“*

- § 63 odst. 4

*„Podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.“*

# Limity zadávání navazující VZ v JŘBU

- 1 As 242/2017

*„stávající podoba licenčních podmínek sjednaných se společností HAGUESS bude pro další vývoj projektu značně limitující v tom směru, že v zásadě znemožní volný výběr dodavatele na další související a navazující plnění.“*

- 5 Afs 42/2012-53

*„Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“*

# Limity zadávání navazující VZ v JŘBU

- 62 Af 112/2013

*„se žalobce b) nemůže odvolávat na objektivní nutnost realizace předmětu zakázky jiným subjektem než vybraným uchazečem, neboť tento stav exkluzivity sám způsobil. Autorská práva vybraného uchazeče jsou chráněna na základě jím akceptovaných výše citovaných licenčních ujednání ze dne 6. 11. 2006, která však uzavřel za situace, kdy již musel rozumně předpokládat potřebu budoucích zakázek v návaznosti na rozvoj projektu municipální multiaplikační čipové karty.“*

- 1 As 256/2015

# Limity zadávání navazující VZ v JŘBU

- 62 Af 93/2015

*„[s]kutkové okolnosti předcházející a provázející zadávání původní zakázky především svědčí o tom, že žalobce nepochybně od počátku plánoval rozvoj projektu Opencard a musel vědět, že dojde v budoucnu k postupnému připojování jednotlivých aplikací týkajících se municipálních služeb, jak též od počátku deklaroval v usnesení Rady hlavního města Prahy jako výkonného orgánu v samostatné působnosti hlavního města Prahy“*



zadavatel se podílel na vytvoření omezení, která vedly k vytvoření stavu exkluzivity a není nutné, aby mu byla prokázána účelovost takového jednání nebo úmysl – objektivní odpovědnost

*„není nutné, aby o předchozím zadávacím řízení na původní zakázku bylo žalovaným autoritativně rozhodnuto jako o porušení zákona“*



# Závěry plynoucí z judikatury

- zadavatel měl potřebu budoucích změn předvídat a sjednat licenční oprávnění ve vhodném rozsahu
- pokud tak tak neučinil, sám tímto postupem stav exkluzivity (vendor lock-in) způsobil
- a to bez ohledu na úmysl či účelovost jeho jednání
- a aniž by při zadávání původní veřejné zakázky musel porušil ZZVZ



**NELZE ZADAT NAVAZUJÍCÍ VZ V JŘBU**

# Nezaviněný nešikovný postup

- 5 Afs 42/2015

*„[v] postupu žalobce není možno shledávat účelovost a úmysl obejítí zákona o veřejných zakázkách při zadávání návazných veřejných zakázek. Původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. Rovněž je třeba zdůraznit, že stav exkluzivity nebyl vytvořen zadavatelem a nevznikl samoučelně jako v odkazovaných případech, ale byl přirozenou součástí předmětu plnění, respektive neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla ve smyslu ustanovení § 2 autorského zákona.“*



nemohl budoucí potřebu změn předvídat při zadávání původní VZ

# Nezaviněný nešikovný postup

- 5 Afs 43/2012

*„[p]okud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacího řízení bez upozornění fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software.“*



existuje-li objektivní důvod může zadat navazující VZ v JŘBU, jinak by musel poptávat stejné plnění znovu, což by bylo v rozporu se samotným cílem zákona – principy 3E

# Závěry plynoucí z judikatury

- s ohledem na skutkové okolnosti při zadávání původní veřejné zakázky nemohl zadavatel budoucí objektivní změnu okolností předvídat
- a bylo by v rozporu s principy 3E, aby znovu poptával plnění, jehož částí disponuje



LZE ZADAT NAVAZUJÍCÍ VZ V JŘBU

# Aktuální judikatura

- 62 Af 93/2017
- 62 Af 13/2018
- 62 Af 15/2018
- 62 Af 20/2018
- 62 Af 27/2018
- 62 Af 30/2018
- 62 Af 34/2018
- 62 Af 35/2018

- 1) zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší ZZVZ, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení
- 2) zadavatel stav exkluzivity sám s úmyslem vytvořit podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vědomě způsobil

# Aktuální judikatura

- 3) zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, při zadávání původní veřejné zakázky akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která de facto vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným než v této původní veřejné zakázce vybraným dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.

# „Kreativní“ řešení

- zadávání v otevřeném řízení
  - reálná nemožnost navazující veřejnou zakázku „vyhrát“ jiným, než původním dodavatelem
- zadávání v JŘBU z důvodu krajně naléhavé okolnosti
  - podmínka nemožnosti předvídat
  - podmínka nezpůsobení situace

# Zadávání navazující VZ - otázky

- Lze se do vendor lock-inu dostat jinak, než tak, že to zadavatel sám způsobí?
- Kde je hranice mezi nešikovností (nepředvídatelností) a předvídatelností budoucí potřeby úprav – Opencard vs. MZe? Co je možné předvídat?
- Je obava ze změny důvodem pro zadávání VZ v JŘBU?
- Jsou nutné/vhodné právní posudky?
- Musí zadavatel porušit ZZVZ při zadávání původní VZ, aby nemohl zadávat v JŘBU?
- Může zadavatel poptávat rozšíření počtu licencí v JŘBU?
- Jak má zadavatel zajistit potřebnou kompatibilitu?



# Specifika přezkumného řízení

- důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává
  - rozsudky SDEU C-199/85, C-318/94, C-385/02, C-57/94, C-71/92, C-20/01, C-28/01
  - rozsudky Krajského soudu v Brně 62 Af 48/2012, 62 Af 95/2013, 62 Af 93/2013, 31 Af 35/2015
  - rozsudky Nejvyššího správního soudu 3 As 18/2015, 8 As 149/2014, 5 Afs 42/2012-53

# Specifika přezkumného řízení

*„...při použití jednacního řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacního řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně ... Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž)...“*

ÚOHSR215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc

# Specifika přezkumného řízení

*„...[j]e na zadavateli, aby prokázal, že objektivněneexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacního řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná...“*

ÚOHS-S364/2011/VZ-4144/2012/540/PVé

# Specifika přezkumného řízení

*„...je v důsledku přesunu důkazního břemene na jeho osobu do jisté míry oslabeno, resp. je mu ztížena obrana před orgánem dohledu. To však ničehož nemění na tom, že k takovému „zatížení“ zadavatele došlo „vědomě“, jako logický následek restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění...“*

*„...[ú]řad přitom zcela jistě není povinen jakkoliv vyvracet tvrzení zadavatele o neporušení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť je to zadavatel, koho stíhá povinnost tato tvrzení prokázat, a pokud je není schopen prokázat, pak se má za to, že v souladu se zákonem nepostupoval. Přísnost takové konstrukce je pak mimo jiné dána právě snahou o eliminaci používání tohoto druhu zadávacího řízení, a to v zájmu zachování co nejvíce transparentní hospodářské soutěže...“*

ÚOHS-R0064/2016/VZ-39883/2016/323/KKř

# Specifika prezkumného řízení

- zásada materiální pravdy - § 3 správního řádu

*„[n]evyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2.“*

- zásada vyšetřovací - § 50 odst. 3 správního řádu

*„[v] řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena“*

- zvláštní právní úprava může ze správního orgánu sejmout

# Specifika přezkumného řízení

- 2 As 78/2010-49

„[z] dikce ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu se jednoznačně podává, že řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je výlučně ovládáno zásadou vyšetřovací; rovněž je zde zdůrazněna i zásada objektivního, nestranného přístupu, kdy je správní orgán povinen zjišťovat veškeré rozhodné okolnosti, tedy i ty, které svědčí ve prospěch osoby, které má být povinnost (proti její vůli) uložena. Je to tedy správní orgán, který nese odpovědnost za řádné soustředění podkladů pro rozhodnutí a případně i odpovědnost za nesplnění této povinnosti.“

# Specifika přezkumného řízení

- zadavatel má (toliko) povinnost označit důkazy na podporu svých tvrzení (§ 52 správního řádu); to za zadavatele nikdo domýšlet nemůže, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát
  - zadavatel nemůže být pouze pasivní
- pokud zadavatel tuto povinnost splní, pak je na ÚOHS, aby označené důkazy (jež objektivně nemůže předložit sám zadavatel) eventuálně opatřil, především je pak provedl a konečně je podle své úvahy hodnotil
  - pokud ÚOHS zpochybňuje, pak sám musí doložit

# Specifika přezkumného řízení

- např. 62 Af 27/2018

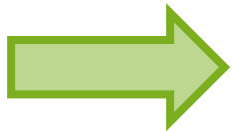


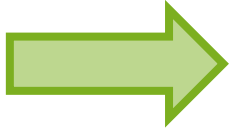


*„Závěr ohledně „neunesení důkazního břemena“ tak přichází v úvahu toliko v situaci, kdy zadavatel na podporu svých tvrzení ohledně naplnění podmínek opravňujících jej k použití jednacního řízení bez uveřejnění neoznačí žádné konkrétní relevantní důkazy anebo kdy provedením důkazů se tvrzení zadavatele ohledně splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění nepotvrdí.“*



# Změna nahlížení na důkazní břemeno?

- 62 Af 93/2017 – ZRUŠENO
- 62 Af 13/2018 – ZRUŠENO
- 62 Af 15/2018 - ZRUŠENO
- 62 Af 20/2018 - ZRUŠENO
- 62 Af 27/2018 - zamítnuto
- 62 Af 30/2018 - zamítnuto
- 62 Af 34/2018 - ZRUŠENO
- 62 Af 35/2018 - zamítnuto

# Možnosti řešení stavu exkluzivity

-  zadat i přesto navazující VZ v JŘBU (3E?)
  -  přešupek podle § 268 ZZVZ a pokuta
  -  nápravné opatření podle § 263 ZZVZ
-  nechat smlouvu uzavřenou na základě původní VZ doběhnout a začít „na zelené louce“ (3E? přechodné období?)
-  „dokoupit“ potřebná licenční oprávnění v režimu změny závazku ze smlouvy podle § 222 ZZVZ
-  hospodárnost, účelnost a efektivnost (3 E) ?

# Změny závazku ze smlouvy na VZ

- § 222 odst. 1 ZZVZ

*„Není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.“*

- § 222 odst. 3 ZZVZ – podstatná změna = změna, která by
  - a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
  - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
  - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

# Změna de minimis

- § 222 odst. 4 ZZVZ

*„Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je*

*a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a*

*b) nižší než*

*1. 10 % původní hodnoty závazku, nebo*

*2. 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.*

*Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.“*

# Změna de minimis

- ÚOHS-S0182/2017/NZ-17929/2017/551/DBo

*„[c]o se týče podmínky, podle níž nepodstatná změna závazku ve smyslu § 222 odst. 4 ZZVZ nemění celkovou povahu veřejné zakázky, pak Úřad uvádí, že je evidentní, že předmětem plnění Smlouvy dle čl. I bylo nejen dodání a implementace informačního systému spisové služby, ale též závazek zhotovitele poskytovat podporu tohoto systému dle přílohy č. 6, přičemž předmětem Dodatku č. 1 bylo rozšíření podpory poskytované dle přílohy č. 6 Smlouvy na tři nové moduly IS E3S. V tomto směru tedy nelze hovořit o celkové změně povahy „původní“ veřejné zakázky, neboť poskytování podpory IS E3S bylo od počátku předmětem plnění veřejné zakázky a na základě Dodatku č. 1 došlo pouze k rozšíření jejího poskytování na nové moduly.“*

# Dodatečné nezbytné plnění

- § 222 odst. 5 ZZVZ

*„Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele*

*a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,*

*b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů,*

*c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.“*

# Nepředvídané změny

- § 222 odst. 6 ZZVZ

*„Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,*

*a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,*

*b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a*

*c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.“*

# Finanční limity změn závazku

- § 222 odst. 9 ZZVZ

*„Pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu se původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.“*

➤ nevztahuje se na změny de minimis



# Přechodná ustanovení ke změnám smluv

- § 273 odst. 3 ZZVZ

*„Změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv uzavřených podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona posuzují podle tohoto zákona. Do součtu cenového nárůstu změn závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) se započítávají i změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv provedené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.“*

# Hospodárnost, účelnost a efektivnost

- opora?

- zákon o finanční kontrole
- zákon o rozpočtových pravidlech
- zákon o NKÚ



relevantní?

- ZZVZ?
- logika?
- judikatura?

# Cíl a účel ZZVZ

- 9 Afs 3/2011

*„[p]ři posuzování věci je nutno vycházet zejména z účelu právní regulace veřejných zakázek. Tím je zajištění transparentnosti, efektivnosti, účelnosti a hospodárnosti při vynakládání veřejných prostředků. ... . Regulace zadávání veřejných zakázek představuje jeden z případů legitimního veřejnoprávního omezení subjektů, neboť při této jejich činnosti dochází k nakládání s veřejnými prostředky. Základním cílem zákonné úpravy těchto postupů je především úspora veřejných prostředků, kdy je v soutěži vybrána nejvhodnější nabídka ... . Tím, že o veřejnou zakázku probíhá soutěž mezi více subjekty, jsou uchazeči o veřejnou zakázku nepřímo nuceni počínat si jako v každém jiném obchodněprávním vztahu a nabídnout co nejlepší kvalitu poptávaného za pro zadavatele nejvýhodnější cenu.*

# Cíl a účel ZZVZ

- 62 Af 3/2017

*„pro naplnění cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy kontrolovatelného, hospodárného, účelného a efektivního nakládání s veřejnými prostředky, je zachování otevřené hospodářské soutěže, pro kterou je zcela nezbytné dodržet zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, nutným předpokladem.“*

- obdobně 2 Afs 375/2017, 9 As 195/2015-68, 1 Afs 60/2012, 5 Afs 42/2012, ...

# Existuje tedy prostor?

- 62 Af 15/2018

*„žalobce ve správním řízení argumentoval také nutností posuzovat jeho chování z hlediska hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků na vyhrazení práva, pokud nelze v době zadávání veřejné zakázky rozumně předpokládat jeho využití, a na poptávání celého nového technického řešení v některém z „otevřených“ druhů zadávacího řízení namísto (nevelkých) úprav informačního systému, kterým žalobce disponuje.... Tento argument může ve zvoleném kontextu dobře sledovat jeden z cílů samotného ZVZ, resp. ZZVZ, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky ...*

*Hodlá-li žalobce i v dalším průběhu řízení před žalovaným hlediskem hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků argumentovat, musí především žalovanému předložit kvalifikovanou ekonomickou analýzu, která by tento jeho argument potvrdovala. V takovém případě bude na žalovaném, aby se s takto vedenou argumentací žalobce kvalifikovaně a přezkoumatelně vypořádal a své závěry ohledně naplnění (či nenaplnění) uvedeného cíle ZVZ, resp. ZZVZ, promítl do svých závěrů ohledně naplnění (či nenaplnění) podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění.“*

# Přednost 3E před ustanoveními ZZVZ

- 3 As 18/2015

*„sama otázka hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zákonem stanovenými podmínkami pro použití jednacého řízení bez uveřejnění“*

- 62 Af 3/2017

*„[n]ení tedy možné, aby žalobce porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace obsažených v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách odůvodňoval snahou o zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, neboť právě porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace je v přímém rozporu s naplněním uvedených cílů zákona o veřejných zakázkách“*

# Prostor pro 3E - otazníky

- Lze zadávat VZ v JŘBU jen z ekonomických důvodů?
- Jak má zadavatel tvrdit a čím prokázat?
- Může zadavatel zadávat upgrade otevřeného systému založeného na mezinárodních standardech z důvodu ekonomické výhodnosti v JŘBU?
- Co může zadavatel dělat v případě, že mohl budoucí potřebu změn předvídat, dělat? Proč orgány dozoru komplikují/znemožňují zadávání v JŘBU? Co mají zadavatelé dělat v přechodném období?





# (Rozumný) Závěr

- posuzovat chování slušných, rozumných a zodpovědných zadavatelů z hlediska hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti vynakládání veřejných prostředků při současném dodržení ustanovení ZZVZ

# Dynamický nákupní systém

- Zadavatel může zavést dynamický nákupní systém, kterým se pro účely tohoto zákona rozumí plně elektronický, otevřený systém pro zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem je pořízení běžného, obecně dostupného zboží, služeb nebo stavebních prací.
- Zadavatel zavede dynamický nákupní systém v zadávacím řízení, ve kterém postupuje přiměřeně podle pravidel pro užší řízení.
- Lze rozdělit do kategorií.
- Nesmí být požadována úplata.

# Dynamický nákupní systém

- V oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel uvede také dobu trvání dynamického nákupního systému a označí, že se jedná o zavedení dynamického nákupního systému.
- Lhůta pro doručení žádosti o účast nesmí být kratší než 30 dnů od zahájení zadávacího řízení, kterým se zavádí dynamický nákupní systém.
- Zadavatel není oprávněn požadovat od účastníků zadávacího řízení poskytnutí jistoty.

# Dynamický nákupní systém

- Zadavatel posoudí soulad žádostí o účast, které obdržel ve lhůtě pro podání žádostí o účast, se zadávacími podmínkami. Zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení jeho účastníky, jejichž žádost o účast nesplňuje zadávací podmínky, a ostatní účastníky zadávacího řízení zařadí do dynamického nákupního systému. Zařazení do dynamického nákupního systému zadavatel bez zbytečného odkladu oznámí účastníku zadávacího řízení.
- Zavedení
  - všem účastníkům zadávacího řízení uplyne lhůta pro podání námitek proti vyloučení
  - uplynou blokační lhůty

# Dynamický nákupní systém

- Zadavatel umožní po celou dobu trvání dynamického nákupního systému každému dodavateli podat žádost o účast. Žádosti o účast doručené po zavedení dynamického nákupního systému zadavatel posoudí do 10 pracovních dnů od jejich doručení. Tuto lhůtu může zadavatel v odůvodněných případech prodloužit na 15 pracovních dnů.
- Před zadáním veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému zadavatel odešle všem dodavatelům zařazeným do dynamického nákupního systému výzvu k podání nabídky.
- Lhůta pro podání nabídek nesmí být kratší než 10 dnů od odeslání výzvy k podání nabídek.
- Zadavatel oznámí výběr dodavatele s odůvodněním všem dodavatelům zařazeným do dynamického nákupního systému, kteří podali nabídku. Zadavatel zadá veřejnou zakázku v rámci dynamického nákupního systému dodavateli vybranému na základě kritérií uvedených ve výzvě k podání nabídek.



Děkuji za pozornost

JUDr. Kamil Jelínek  
jelinek@akjelinek.cz