

Možnosti zapracovat změnu v požadovaném plnění na IS/NIS dle ZZVZ

MINISTERSTVO VNITRA, CENTRUM PRO REGIONÁLNÍ ROZVOJ

1

Obsah

Východiska	3
Varianty	3
I. Zadavatel poptává zcela nový Informační systém/Nemocniční informační systém (IS/NIS) ..	3
1. Možnost soutěžit služby plněné dodavatelem (v předmětu plnění vymezeném jako rámec) postupně formou mandays	3
2. Vysoutěžit předmět plnění (konkrétně definovaný předmět plnění) a následně realizovat změnu vysoutěženého předmětu plnění dle § 222 ZZVZ nebo si vyhradit změnu – §100 ZZVZ	4
3. Otevřené či jiné řízení s výstupem zasmulvnění rozvojových mandays.....	6
II. Zadavatel poptává úpravu stávajícího Informačního systému/Nemocničního informačního systému	7
1. Využití stávající provozní smlouvy (umožňující rozvoj aplikace)	7
2. Využití § 18/3 ZZVZ - využití 20% z hodnoty stávající uzavřené smlouvy/soutěžené veřejné zakázky	8
3. Možnost soutěžit služby plněné dodavatelem (v předmětu plnění vymezeném jako rámec) postupně formou mandays	8
4. Nová servisní smlouva s možností rozvoje	9
5. Otevřené řízení na rozvoj stávajícího IS/NIS na rozvoj MD	10
6. Zadavatel má vysoutěžen IS/NIS a následně realizuje změnu vysoutěženého předmětu plnění dle § 222 ZZVZ	11
7. Využití JŘBU na rozvoj IS/NIS.....	11
Vydané metodiky a další příklady judikatury k zadávání veřejných zakázek v oblasti ICT s ohledem na problém vendor lock-in.....	13

Východiska

Následující materiál stručně popisuje možnosti, které zadavateli dává zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) v situaci, kdy v době zahájení zadávacího řízení není známá finální podoba požadovaného plnění a dá se tedy důvodně předpokládat, že bude potřeba „aktualizovat“ požadované plnění v průběhu plnění smlouvy.

Materiál tak předkládá, mimo jiné, rámcovou informaci k možnosti využití § 100 ZZVZ „Vyhrazené změny závazku“¹

V případě jakékoliv varianty doporučujeme minimálně konzultovat s příslušnými poskytovateli dotace, a případně s právními kancelářemi, specializujícími se na zadávání veřejných zakázek (ideálně v oblasti ICT).² Právní poradenství je způsobilý výdaj projektu, a to jak v NPO, tak IROP.

Předpokládanou (případně běžnou) cenu prací a typ ICT profese lze odvodit z např. průběžně aktualizovaného průzkumu Přehled obvyklých cen ICT prací publikovaný na webových stránkách Ministerstva vnitra - <https://mv.gov.cz/clanek/prehled-obvyklych-cen-ict-praci.aspx>

Varianty

I. Zadavatel poptává zcela nový Informační systém/Nemocniční informační systém (IS/NIS)

1. Možnost soutěžit služby plněné dodavatelem (v předmětu plnění vymezeném jako rámec) postupně formou mandays

Je možné definovat předmět plnění jako rámec tak, aby výsledkem soutěže získal zadavatel dodavatele, který mu za vysoutěženou cenu na člověkohodinu bude poskytovat služby postupně na základě konkrétních požadavků zadavatele. Takto je hypoteticky možné vybudovat celý nový IS/NIS, anebo je možné takto poptat služby programátorů/vývojářů na rozvoj IS/NIS, pořízený v předchozí VZ, za předpokladu, že zadavatel bude disponovat oprávněním do pořízeného IS/NIS zasahovat (disponování zdrojovými kódy, výhradní licenci).

Příklad: [Dynamický nákupní systém - Zajištění ICT odborných rolí | Národní elektronický nástroj](#)

¹ § 100 ZZVZ - [134/2016 Sb. Zákon o zadávání veřejných zakázek \(nový\)](#)

² Seznam vybraných kanceláří - [Aktuální ročník – Právnická firma roku](#)

Předpokládanou (případně běžnou) cenu prací a typ ICT profese lze odvodit např. průběžně aktualizovaného průzkumu Přehled obvyklých cen ICT prací publikovaný na webových stránkách Ministerstva vnitra - <https://mv.gov.cz/clanek/prehled-obvyklych-cen-ict-praci.aspx>

Další informace:

- Zadavatel pro výběr této varianty musí vyhodnotit, zdali disponuje takovým odborným zázemím, které mu umožní řídit celý proces dodání/úprav IS/NIS, a to až na úrovni jednotlivých pracovníků
 - Je možné využít všechny druhy zadávacích řízení či zvláštních postupů dle ZZVZ
2. Vysoutěžit předmět plnění (konkrétně definovaný předmět plnění) a následně realizovat změnu vysoutěženého předmětu plnění dle § 222 ZZVZ nebo si vyhradit změnu – §100 ZZVZ

Pro možnost výběru této varianty je potřeba si odpovědět na následující otázky:

A) Jaký je předpokládaný rozsah (hodnota) plnění, které bude v průběhu plnění smlouvy zpřesněno?

Za předpokladu, že změny nezmění celkovou povahu zakázky, hodnota změn (součet všech změn v absolutní hodnotě) je³

- nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
- nižší než
10 % původní hodnoty závazku (dodávky, služby)

→ je možné uzavřít dodatek smlouvy se zpřesněným (upraveným) předmětem plněním dle § 222 odst. 4 ZZVZ jako změna de-minimis.

Hodnota změny je vyšší než v bodě A

→ nelze využít výjimku de-minimis a je nutné využít další možnosti – viz dále

B) Je možné při aktualizaci standardů postavit na jisto, že jako dodatečné služby nebo dodávky nebyly zahrnuty do původní veřejné zakázky, přičemž změna dodavatele není možná z ekonomických anebo technických důvodů?

Východiskem je naplnění podmínek § 222 odst. 5 ZZVZ, tj. 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

³ § 222, odst. 4 ZZVZ - [134/2016 Sb. Zákon o zadávání veřejných zakázek \(nový\)](#)

ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení a b) způsobila by zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů.

C) Byl vytvořen nový standard, o kterém zadavatel dosud neuvažoval?

Lze využít spíše u nově vydaných standardů, které v době zadání zakázky nejsou zadavateli ani v elementární rovině známy.

Východiskem je naplnění podmínek § 222 odst. 6 ZZVZ, kdy 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, a která b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky.

D) Dá se aktualizace standardů interoperability a odkaz na stávající standardy⁴ nadefinovat dostatečně jednoznačně dle §100 odst. 1 ZZVZ? Nebo je nutné využít §100 odst. 3 ZZVZ?

Tj. jak moc se budou v roce 2025 a v následujících letech standardy upravovat?

- a. Jedná se o zpřesňování standardů, které jsou v nějaké podobě již k dispozici zadavatelům, tj. změnu lze jednoznačně vymezit, přičemž není změněna celková povaha veřejné zakázky⁵

→ možno využít § 100, odst. 1 ZZVZ

nebo

- b. se vytváří i zcela nové standardy, které doposud nejsou zadavatelům k dispozici, a to v žádné jejich verzi?

→ možno využít § 100, odst. 3 ZZVZ

§100 ZZVZ

➔ 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.*

- zde je nutná podmínka **jednoznačně** vymezit změnu a změna nesmí změnit celkovou povahu veřejné zakázky. Jde o to, aby po využití nebyl důvod o změně jednat, tj. byla dopředu jasná.

⁴ [Požadavky MZ pro výzvy IROP eHealth a NPO Interoperabilita II. | Národní centrum elektronického zdravotnictví](#)

⁵ Například je uveřejněno na webu NCEZ - [Domů | Národní centrum elektronického zdravotnictví](#)

- V praxi – již existuje konkrétní verze standardu, který se bude už jen zpřesňovat – de facto pro všechny use case zveřejněné na webu NCEZ, ÚZIS, NIA, atd.
- ➔ odst. 2 - *Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny.*
 - možnost vyhradit změnu dodavatele
- ➔ odst. 3. - *Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit možnost použití jednacího 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 jednacího 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.*
 - Jedná se o využití opčního práva – § umožňuje zadavateli vyhradit si možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb vybraným dodavatelem
 - V praxi – využije se v případě, kdy v současné chvíli nejsou k dispozici konkrétní verze standardu (například jsou známy jen oblasti - afinitní doména, atd. - ale bez konkrétního technického popisu, atd.)

UPOZORNĚNÍ

Platné pro všechny vyhrazené změny závazku - Vyhrazené změny se započítají do předpokládané hodnoty!

3. Otevřené či jiné řízení s výstupem zasmluvnění rozvojových mandays

Popis

Zadavatel využívá otevřené řízení či jiný druh zadávacího řízení pro neomezený okruh dodavatelů, s tím, že výstupem je:

- Dodání díla specifikovaného v zadávací dokumentaci (tj. aktuální popis poznání požadovaného předmětu)
- Předem definovaný rozsah rozvojových člověkodní, který vychází za předpokladu dalšího rozvoje IS/NIS v dalších letech účinnosti smlouvy

Nutné předpoklady

- Určitá znalost požadovaného předmětu plnění
- Odhad toho, jaký rozsah rozvojových člověkodní bude zadavatel potřebovat k dalšímu rozvoji díla po dobu účinnosti smlouvy

Příklad:

- Otevřené řízení na dodání díla xy (dle aktuální podoby standardů)
- Vysoutěžení 1 000 člověkodní rozvoje – odhad na základě toho, že
 - o bude docházet k aktualizaci standardů 1 – 2x ročně
 - o průměrná náročnost zpracování aktualizace standardů je cca 100 - 125 člověkodní (na základě zkušeností)
 - o ročně se tak očekává využít až 250 člověkodní rozvojových dní
 - o smlouva je uzavřena na dobu neurčitou (pro RD omezení 4 roky, viz § 131 odst. 4 ZZVZ) → do předpokládané hodnoty pracujeme se 4 roky → cca 1 000 člověkodní rozvoje

II. Zadavatel poptává úpravu stávajícího Informačního systému/Nemocničního informačního systému

1. Využití stávající provozní smlouvy (umožňující rozvoj aplikace)

Popis

Příjemce může využít stávající servisní/provozní smlouvu, zpravidla uzavřenou paralelně s původní smlouvou na vlastní zařízení IS/NIS, a to za předpokladu, že úpravy spočívající v implementaci pravidel interoperability jsou v takovém rozsahu, že je možné je stávající smlouvou pokrýt.

Nutné předpoklady ke splnění:

- Příjemce má uzavřenou účinnou smlouvu s dodavatelem IS/NIS s možností rozvojových MD
- Úpravy vzešlé z požadavků pravidel interoperability (způsobilé výdaje) se svým finančním rozsahem vejdu do limitů této smlouvy (nutno řešit s dodavatelem IS/NIS)

2. Využití § 18/3 ZZVZ - využití 20% z hodnoty stávající uzavřené smlouvy/soutěžené veřejné zakázky

Popis:

ZZVZ umožňuje plnění jednotlivé části veřejné zakázky zadat postupy odpovídajícími předpokládané hodnotě této části v případě, že celková předpokládaná hodnota VZ nepřesáhne 20% souhrnné předpokládané hodnoty a že předpokládaná hodnota jednotlivé části je nižší než částka daná nařízením vlády.

Např. u stávající uzavřené smlouvy vysoutěžit rozvoj IS/NIS. Tj. díky odst. 3 § 18 ZZVZ lze vysoutěžit velkou nadlimitní VZ a následně na to navazující doplnění nějakých funkcionalit, vázaných na eHealth standardy, je možné zadat v hodnotě odpovídající té části, tj. není nutné dělat další nadlimitní VZ, ale pouze VZMR. Je však nutné dodržet a) vše je jeden funkční celek, b) samostatná část je do 20% celkové hodnoty a 3) vlastní hodnota té části je nižší, než částka daná § 5 NV č. 172/2016 Sb .

Znamená to tedy, že pokud by samotná implementace pravidel interoperability do IS/NIS byla do 3 mil. Kč, může příjemce tyto úpravy zadat jako veřejnou zakázku malého rozsahu (pokud jsou tyto 3 mil. Kč do 20% hodnoty zakázky jako celek).

Nutné předpoklady ke splnění:

- Existující uzavřená smlouva s dodavatelem IS/NIS, nebo
- mít zahájené zadávací řízení na úpravu/dodání nového IS/NIS,
- rozsah úprav dle pravidel interoperability se finančním rozsahem vejde do 20% hodnoty funkčního celku, složeného z již uzavřené smlouvy/soutěžené smlouvy a hodnoty nového plnění.

3. Možnost soutěžit služby plněné dodavatelem (v předmětu plnění vymezeném jako rámec) postupně formou mandays

Popis

Zadavatel soutěží jednotlivé projektové role. Je tak možné definovat předmět plnění jako rámec tak, aby výsledkem soutěže získal zadavatel dodavatele, který mu za vysoutěženou cenu na člověkohodinu bude poskytovat služby postupně na základě konkrétních požadavků zadavatele.

Příklad: [Dynamický nákupní systém - Zajištění ICT odborných rolí | Národní elektronický nástroj](#)

Nutné předpoklady ke splnění:

- Vyšší úroveň znalostí příjemce z oblasti řízení ICT projektů a vývoje aplikací/informačních systémů

UPOZORNĚNÍ !!!

Pro varianty 3, 4 a 5 je kumulativním předpokladem (a. + b. + c.), že:

- a. Je k dispozici plnohodnotný popis stávajícího IS/NIS (jeho vnitřní struktura), v takové míře, která umožňuje na IS/NIS navázat řešením jiného dodavatele, aniž by došlo k převodu odpovědnosti za správnost zadávacích podmínek na dodavatele, tj. musí být uvedeny popisy všech stávajících struktur IS/NIS, ať už přímo v ZD, anebo oproti NDA dohodě dle § 96 odst. 2 ZZVZ.
- b. Stávající IS/NIS má
 - i. rozhraní (API), tj. stávající IS/NIS je tímto API vybaven, a zadavatel disponuje i popisem tohoto API (obdobně jako bod a.), anebo je možné toto API od stávajícího dodavatele obstarat, ještě před vlastní VZ na rozvoj IS/NIS anebo paralelně či integrálně s takovou VZ (viz dále), a všechny potřebné informace jsou uvedeny v ZD takové VZ,
 - ii. anebo zadavatel disponuje oprávněním do pořízeného IS/NIS zasahovat skrze disponování zdrojovými kódy a výhradní licenci.
- c. Jasně vydefinovaná a vymezená součinnost stávajících dodavatelů, pokud budou muset pro potřeby vlastní VZ na rozvoj IS/NIS poskytovat programátorské, vývojářské, implementační, poradenské nebo jim obdobné služby za účelem napojení se na stávající IS/NIS a/nebo na jeho API a/nebo skrze zásah do jeho zdrojových kódů (popř. dodatečné poskytnutí těchto kódů), jak je popsáno v předchozím bodě – buďto (optimálně) jako samostatná VZ/objednávka (popř. smlouva o smlouvě budoucí či jiný obdobný nástroj) před vlastní VZ na rozvoj IS/NIS, anebo souběžná VZ/objednávka při plnění smlouvy na rozvoj IS/NIS. V krajním případě jako obligátní poddodávka VZ na rozvoj IS/NIS se závazkem spolupráce stávajícího dodavatele, která ale musí být jasně vymezena již v ZD, tj. nedostačuje „prázdný závazek“ s jednotkovou cenou.

4. Nová servisní smlouva s možností rozvoje

Popis

Zadavatel poptává novou servisní/provozní smlouvu s možností rozvoje stávajícího IS/NIS dle potřeby. K tomu využije klasické otevřené či jiný druh zadávacího řízení, nebo formou veřejné zakázky malého rozsahu, případně přímého nákupu, při splnění finančních limitů. Součástí smlouvy je i předem definovaný rozsah mandays, které může příjemce využívat pro rozvoj aplikace.

9

Nutné předpoklady ke splnění:

- Specifikace požadavků na požadovaný předmět plnění (SLA, další provozní parametry)
- Specifikace mandays, které může po dobu trvání smlouvy příjemce čerpat
- Pořízení nové servisní/provozní smlouvy je skutečně možné v otevřené hospodářské soutěži, tj. pokud jde opravdu i novou servisní smlouvu pořídit ve vazbě na IS/NIS., disponující API nebo zdrojovými kódy. Pokud je hospodářská soutěž omezená na stávajícího dodavatele, pak je nutné zvážit, zde je možné postupovat v JŘBU, s ohledem na platné regulativy pro JŘBU a stávající judikaturu k JŘBU.

5. Otevřené řízení na rozvoj stávajícího IS/NIS na rozvoj MD

Popis

Příjemce využívá otevřené či jiný druh zadávacího řízení pro neomezený okruh dodavatelů s tím, že výstupem je:

- Dodání díla specifikovaného v zadávací dokumentaci (tj. aktuální popis poznání požadovaného předmětu)
- Předem definovaný rozsah rozvojových človehkodní, který vychází za předpokladu dalšího rozvoje IS v dalších letech účinnosti smlouvy

Nutné předpoklady

- Určitá znalost požadovaného předmětu plnění
- Odhad toho, jaký rozsah rozvojových človehkodní bude zadavatel potřebovat k dalšímu rozvoji díla po dobu účinnosti smlouvy

Příklad:

- Otevřené řízení na dodání díla xy (dle aktuální podoby standardů)
- Vysoutěžení 1 000 človehkodní rozvoje - odhad na základě toho, že
 - o bude docházet k aktualizaci standardů 1 – 2x ročně
 - o průměrná náročnost zpracování aktualizace standardů je cca 100 - 125 človehkodní (na základě zkušeností)
 - o ročně se tak očekává využít až 250 človehkodní rozvojových dní
 - o smlouva je uzavřena na dobu neurčitou → do předpokládané hodnoty pracujeme se 4 roky → cca 1 000 človehkodní rozvoje

6. Zadavatel má vysoutěžen IS/NIS a následně realizuje změnu vysoutěženého předmětu plnění dle § 222 ZZVZ

Zde lze plně odkázat na text bodu 2 kapitoly I.

Souhrnně lze výše uvedené změny závazku shrnout do následující tabulky:

Implementace aktualizací standardů interoperability	Nové standardy	Všechny standardy jsou v konkrétní verzi pro zadavatele dostupné a bude docházet k jejich zpřesňování	Standardy nejsou dostatečně přesné (například existuje jen název standardu, ale v době zahájení zadávacího řízení není k dispozici ani verze 1), nebo bude nutné implementovat zcela nové use case
Dodatek smlouvy – de minimis změna dle § 222 odst. 4	jen do 10%	jen do 10%	jen do 10%
Dodatek smlouvy – změna dle § 222 odst. 5	Ano	Ano	Ano
Dodatek smlouvy – změna dle § 222 odst. 6	Ano	Ne	Individuální posouzení (nepředvídanost)
§100 odst. 1 – dodatek/konkludentně	Ano	Ano	Ne
§100 odst. 3 (opce, vyhrazení JŘBU v ZD)	Ano	Ne	Ano (pokud nebylo předmětem původní VZ)

7. Využití JŘBU na rozvoj IS/NIS

Popis

V obecné rovině je možné ze strany zadavatele využít i tento způsob zadání, nicméně velmi výjimečně s ohledem na to, že veřejná zakázka je prakticky zadávána dodavateli napřímo.

V této souvislosti je nutné upozornit na rozsudek Soudního dvora Evropské unie v řízení o předběžné otázce **C-578/23** týkající se sporu o rozhodnutí ÚOHS.

SDEU zde vyložil, že veřejný zadavatel nemůže použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodnit ochranou výhradních práv, pokud je důvod takové ochrany přičitatelný jemu.

Tato přičitatelnost se posuzuje nejen na základě okolností, za jakých byla uzavřena původní smlouva, ale rovněž na základě všech okolností charakteristických pro období mezi datem uzavření této smlouvy a datem, kdy zadavatel zvolí řízení, které má být použito pro zadání navazující veřejné zakázky.

Zadavatel je povinen učinit vše, co od něj lze rozumně očekávat, aby se vyhnul použití jednacímho řízení bez uveřejnění z důvodu stavu exkluzivity. Pokud zadavatel měl v mezidobí k dispozici skutečné a z finančního hlediska přiměřené prostředky k tomu, aby takový stav ukončil, nemohl jednacím řízení bez uveřejnění použít.

Nutné předpoklady

Splnění zákonných podmínek pro využití JŘBU při zohlednění judikovaných výjimek.

Je v podstatě již notorií, že podmínky pro zadávání veřejné zakázky v JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) nebo c) ZZVZ musí být objektivně osvědčeny nejen formálně, ale také materiálně. Řečeno jinými slovy, stav exkluzivity (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) není vytvořen samotným zadavatelem (rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012).

Z judikatury vyplývá, že se přihlíží i k pozici případného právního předchůdce zadavatele, jeho eventuální počáteční nevědomosti o potřebné době provozování určitého IS či případnému záměru provozu toliko po určitou dobu, pokud se jedná o kvalitu podmínek původní smlouvy (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 31/2018). Na druhé straně při zadávání navazující VZ je třeba provést vyhodnocení situace k okamžiku, který je dán k datu nově zadávané VZ (na rozvoj či podporu takového SW/IS). Zejména pokud se jedná o opakovanou potřebu rozvoje či podpory IS/NIS již předpoklady o původním nevědomí zadavatele z hlediska potřeb budoucího využití nebudou platit.

Z judikatury (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 30/2018) lze dovodit, že v některých případech při schopnosti zadavatele doložit existenci historicky nejisté potřeby, by mohla být přípustnost JŘBU shledána a zohledněn dřívější mírnější přístup k JŘBU. Jestliže byl stav vendor lock-in založen v době, kdy pohled na postupy nahrazující „otevřenější“ zadávací postupy nebyl přísný a nebyl v tuzemském prostředí ani dostatečně judikován a kdy ani rozumně uvažující zadavatelé nemuseli předvídat budoucí právní potíže při poptávce plnění od původního dodavatele, k němuž jej stav vendor lock-in vázal (za takové období lze považovat období devadesátých let minulého století), pak by se nejevilo jako zcela spravedlivé přičítat tento stav nyní zadavatelům k tíži v případech, kdy poptávka po nutně navazujících plněních na plnění původní (při jehož kontraktaci byl stav vendor lock-in založen) nebyla jasně a snadno předvídatelná.

JŘBU k rozvoji IS by v zásadě bylo možné, pokud zadání navazující VZ bylo odůvodněno objektivní změnou okolností, kterou navíc v době původní veřejné zakázky nebylo možné rozumně předpokládat, a to např. v situaci, pokud původní IS byl poptán na časově omezenou dobu nebo jen pro určitou (dočasnou) agendu (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 19/2019).

Dalším klíčovým faktorem může být proměnlivost úkolů zadavatele. Pokud zadavatel připravuje IS/NIS tak, aby splnil v dané chvíli objektivně stanovené úkoly zadavatele a byl po uplynutí určité doby životnosti vyřazen, lze také naplnit materiální podmínku pro vedení JŘBU, neboť postup zadavatele nemusí být zaviněný (nezákonný), ale jen do určité míry „nešikovný“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu 5 Afs 42/2012).

Naopak pokud zadavatel měl předpokládat potřebu zadání navazujících VZ a tomu měl přizpůsobit licenční a smluvní

ujednání, aby se vyhnul stavu uzamčení, snaha o řešení dalšího rozvoje či podpory v IS/NIS v rámci JŘBU legitimní nebude.

Pokud by však jediným technicky, provozně a ekonomicky přípustným řešením bylo IS dále využívat, lze JŘBU využít pro jeho „odemčení“, vždy však při pečlivém vyhodnocování rozsahu takového JŘBU plnění a jeho ceny. V praxi (rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 26/2017) byla shledána relevance jednání zadavatele z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to obecně (nikoliv výlučně ve vazbě na podmínky JŘBU), když bylo shledáno jako ekonomicky nedůvodné, aby zadavatel v původním zadávacím řízení požadoval poskytnutí komentovaného zdrojového kódu, anebo širší licenční oprávnění s přihlédnutím k účelu, ke kterému měl IS sloužit.

Princip celkové hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků byl v judikatuře (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 18/2018, rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 383/2019) potvrzen jako možný důvod pro využití JŘBU v případech, kdy finanční ekonomická náročnost varianty vyvážení se z vendor lock-in představuje zásadně nehospodárný postup ve srovnání s pokračující podporou fungování IS (bez rozšiřování o nové moduly). Jedná se tak za specifických podmínek o určitou možnost překonání nenaplnění materiální podmínky pro využití JŘBU.

Hospodárnost musí vyplývat z komplexní ekonomické analýzy, která musí zohlednit celý životní cyklus IS/NIS od původního zadání veřejné zakázky po navazující JŘBU, nikoliv jen finanční výhodnost dílčího plnění pořizovaného v JŘBU (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 19/2019).

Ačkoli podmínky k zadání veřejné zakázky v JŘBU musí být splněny v okamžiku zahájení zadávání, důkazní prostředky k obhajobě důvodnosti postupu zadavatele mohou vzniknout i později (rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4 As 207/2020), přičemž je možné využít jak externí odborné posudky (rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 10 As 344/2019), tak interní, jejichž původcem je sám zadavatel (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 18/2018).

Vydané metodiky a další příklady judikatury k zadávání veřejných zakázek v oblasti ICT s ohledem na problém vendor lock-in

- Metodika Vendor lock-in – únik a předcházení, vydaná Asociací pro veřejné zakázky, z.s. K dispozici zde <https://www.asociacevz.cz/clanek/vypracovana-metodika-vendor-lock-in-unik-a-predchazeni>

- „Opencard“ 62 Af 112/2013-131

„sama zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“

- „ADIS“ C578/23 – 9.1.2025

Musí být dovozeno, **zda zadavatel svým jednáním, zejména při uzavření dřívější smlouvy, zavinil vznik stavu exkluzivity**, případně, zda je **trvání takového stavu exkluzivity** až do rozhodnutí uvedeného zadavatele provést JŘBU **způsobeno jednáním nebo nečinností tohoto zadavatele**.

Je nutné **ověřit**, zda v období mezi **1. květnem 2004 a ...**, byl stav exkluzivity **přičitatelný zadavateli zejména proto, že měl k dispozici skutečné a z finančního hlediska přiměřené prostředky k ukončení tohoto stavu exkluzivity**.

Zadavatel **nemůže použití JŘBU odůvodnit ochranou výhradních práv, pokud je důvod takové ochrany přičitatelný jemu**. Tato přičitatelnost se posuzuje nejen na základě skutkových a právních okolností, za jakých byla uzavřena smlouva na původní plnění, ale rovněž **na základě všech okolností charakteristických pro období mezi datem uzavření této smlouvy a datem, kdy zadavatel zvolí řízení, které má být použito pro zadání navazující veřejné zakázky** – sjednocení rozhodovací praxe, tyto závěry zohledněny např. v **8As314/2021-123**.

- Nemocnice Příbram 9 Afs 201/2022 – 28 ze dne 18.4. 2024

[28] V čl. 6.2 zadávacích podmínek (Technické podmínky, zvláštní technické podmínky a požadavky na varianty na zpracování nabídek – Rovné podmínky) stěžovatelka vymezila vazbu na stávající prostředí tak, že označila dva potenciálně unikátní dodavatele technologií v rámci plnění veřejné zakázky – STAPRO s. r. o., se sídlem Pernštýnské náměstí 51, Pardubice, dodavatele stávajícího nemocničního systému, a OR-CZ spol. s r.o. se sídlem Gorazdova 1477/2, Moravská Třebová, dodavatele stávajícího systému PACS. Dále uvedla, že pro potřeby plnění veřejné zakázky, zejména zajištění migrace stávajících dat, zajistila od uvedených dodavatelů „prohlášení, že pokud budou jakýmkoliv dodavatelem osloveni, nabídnou všem poptávajícím subjektům v rámci této VZ zcela identické podmínky pro dodávku informačních a komunikačních technologií pro realizaci svého výhradního plnění (cenové, dodací a záruční podmínky, veškerá technická řešení – HW, SW, instalaci a servis dle aktuálního ceníku).“

[29] Nejvyšší správní soud souhlasí s posouzením poskytovatele dotace, žalovaného a městského soudu, že stěžovatelka stanovila zadávací podmínky nedostatečně a bezdůvodně zvýhodnila stávající dodavatele a účast jiných potenciálních dodavatelů na veřejné zakázce naopak bezdůvodně omezila, a to bez ponechání jakékoliv kontroly nad součinností stávajících dodavatelů.

- „Seyfor“ 30 Af 23/2020 – 202 – 25.4.2024

Zadavatel stanovil zadávací podmínky nepřiměřeně a diskriminačně, **požadavek na poskytnutí zdrojových kódů nebyl dostatečně odůvodněn a nepřihlížel k tržním zvyklostem.**

- OŘ - „Zlatokop“ R44/2022 (S406/2021)

Postup zadavatele, byť prováděný v jednotlivých fázích (převzetí NIS Zlatokop a soutěž licencí), musí být **posuzován společně**, nikoliv odděleně po jednotlivých fázích viz. „**C-796/18** – pro účely možné kvalifikace operace, která zahrnuje několik fází, jako „veřejné zakázky“, musí být tato operace posouzena jako celek a s ohledem na její účel.

Získání NIS **Zlatokop bylo spojeno s dodáním platformy InterSystems**, která byla pro jeho provoz nezbytná – jedná se o funkční celek.

Spolupráce mezi veřejnými zadavateli – horizontální spolupráce? Shledány znaky vzájemného protiplnění, tzn. jedná se o VZ. Avšak, i pokud by se jednalo o horizontální spolupráci, **nesmí dojít ke zvýhodnění** soukromého podniku oproti jeho konkurentům, resp. k vyloučení nebo nedůvodnému omezení hospodářské soutěže (C-796/18).

Zadavatel je povinen zajistit, aby hospodářská soutěž proběhla alespoň v některé z fází, které vedou k získání nového NIS.

- Pelhřimov - 31 Af 3/2015-29, 5 As 26/2017-24

Potvrzena možnost vyloučení migrace dat při upgrade spisové služby bez nutnosti akceptace dodání nového IS

- OŘ - „GINIS“ S279/2024

Cílem je **pořízení SKÚD vč. licencí** k platformě elektronické spisové služby, na které bude SKÚD vyvinut a provozován (licence GINIS Enterprise+), a dále **zajištění integrace SKÚD vč. jeho následného provozu a rozvoje.**

Licence **GINIS Standard** byly pro dodání (vývoj) a provozování SKÚD **nedostatečné**. Zadavatel proto **poptával konsolidaci, tzn. povýšení těchto licencí** za účelem získání licencí GINIS Enterprise+, **které by byly použity pro dodání a integraci KÚD.**

Konsolidace licencí a SKÚD jsou **vzájemně provázané a závislé předměty plnění šetřené veřejné zakázky**. Shodný závěr by však platil i tehdy, pokud by zadavatel **nespojil dodání SKÚD s předem určenými konkrétními licencemi**, ale volbu, jaké licence, resp. platformy budou k dodání SKÚD použity, **nechal zcela otevřeně na dodavatelích**. I v takovém případě by platilo, že nákup nezbytných licencí k platformě, na které má být nový informační systém vyvinut a provozován, tvoří s dodáním tohoto nového informačního systému jeden funkční celek.

Neodůvodněno objektivní legitimní skutečností, že dodávaný SKÚD musí být vyvinut a následně fungovat pouze na platformě GINIS. Zadavatel poptává vyvinutí a dodání zcela nového IS, jeho integraci a zajištění provozu a rozvoje, ke kterému dosud nemá žádná licenční oprávnění a tento informační systém dosud ani neexistuje.

Omezení hospodářské soutěže bylo v zadavatelem odkazovaných případech („Pelhřimov“, „ASPE“), vždy odůvodněno daným výchozím stavem, kdy zadavatel nepožadoval zcela nový informační systém, který dosud ani nebyl v žádné podobě vyvinut, jako v nyní posuzovaném případě, nýbrž poptával poskytování služeb podpory a údržby nebo rozšíření a vylepšení existujícího a zadavatelem již užívaného informačního systému.

Zadavatel nebyl omezen žádnými majetkovými autorskými právy poskytovatele poptávaného softwaru či předem daným technologickým řešením.

Exkluzivita platformy GINIS tak nebyla objektivně odůvodnitelná a v tomto kontextu tedy nemohl obstát ani požadavek na účast v partnerském programu GORDIC.

Předmět plnění veřejné zakázky mohl být poptán v rámci zadávacího řízení bez omezení na konkrétní platformu licencí, a tím tedy bez omezení na konkrétní partnerský program poskytovatele licencí. Mohla tak být poměřována různá řešení dodání informačního SKÚD vč. licencí dle kritérií stanovených zadavatelem (kvalita, cena) všech potenciálních dodavatelů, resp. výrobců různých platform a dodavatelů v jejich partnerských sítích.

Zadavatel mohl v rámci vedeného zadávacího řízení umožnit jako jedno z možných řešení i případné využití jím vlastněných stávajících licencí GINIS Standard, ovšem pouze za předpokladu, že toto řešení, včetně jeho hospodárnosti, by bylo řádně poměřováno dle kritérií stanovených zadavatelem s ostatními rovnocennými řešeními dodávky nového SKÚD.

▪ RD+CZ - „Cisco“ R89/2024 (S130/2024)

Nezpochybněny **výhody CZ** v oblasti IT – je však nutné **postupovat v souladu se zákonem** a upřednostnit vždy **zajištění řádné soutěže** o veřejnou zakázku.

V případě RD je třeba **oddělit odpovědnost CZ** za zadávací řízení vedoucí k uzavření RD a **odpovědnost PZ**, který si sám zadává realizační veřejné zakázky na základě uzavřené RD.

Před uzavřením RD zadavatel postupuje tak, jako by vybíral dodavatele, kterému má být zadána konkrétní veřejná zakázka, pouze při zohlednění odchylek stanovených pro RD. V RD je **vymezen také**

její předmět, resp. fakticky předmět dílčích veřejných zakázek, které mohou být na jejím základě zadávány. Technické podmínky proto **nelze stanovit prostřednictvím odkazů, pokud to nebylo odůvodněno předmětem plnění**. Nelze dovodit, že by povinnost odůvodnění použití odkazů měla dopadat až na realizační veřejné zakázky.

Okruh dodavatelů nabízejících na trhu produkty Cisco je omezen - **12 držitelů certifikátu**.

Existují i **jiní výrobci aktivních síťových prvků** a lze tedy daný druh produktů poptávaných na základě RD pořídit i od jiných značek (přímo od výrobců či od jejich distributorů). Na trhu působí i dodavatelé, kteří z obchodních důvodů nemají zájem prodávat produkty CS, neboť **obchodují s produkty konkurenčních značek**.

Není podstatné to, zda je partnerský systém CS **otevřený**, ani to, zda dodavatelů Cisco produktů existuje celkem 12 a tedy **určitá forma soutěže být zaručena může**. Podstatné je, že na dodavatele mimo okruh sítě Cisco působící na relevantním trhu **zvýhodnění produktů Cisco negativně dopadá**.

Aby přitom bylo možné takové omezení hospodářské soutěže ospravedlnit, resp. aby bylo možné aplikovat výjimku dle § 89 ZZVZ, **muselo by být odůvodněno předmětem RD**.

CZ **nezjišťoval, neověřoval a nevyhodnocoval** technické a související ekonomické podklady, zda PZ (i on sám) produkty Cisco vlastní, o jaké konkrétní produkty jde, a zda **mohou nastat relevantní důvody** pro to, že k těmto stávajícím produktům bude zapotřebí **z důvodu funkční návaznosti** na stávající infrastrukturu a síťové vybavení **pořídit další produkty téhož výrobce**, a že zároveň jejich (i jeho) potřeby nemohou naplnit výrobky jiného výrobce.

Nebyly dány dostatečné záruky, že PZ využijí RD pouze v případě **existence oprávněné potřeby** nakoupit právě produkty Cisco. Neplatí, že odpovědnost za vymezení předmětu dopadá až na PZ v rámci minitendrů. Ošetření této otázky bylo spíše formálního charakteru - **PZ není zavázán konkrétní odůvodnění poptávky po produktech Cisco posuzovat a zdůvodňovat**.

Fakticky je **vyloučena možnost řádné obrany** proti případnému neoprávněnému využití RD v rámci minitendrů v případě, kdy poptávka pro produktech CS není řádně odůvodněna - možnost brojit mají pouze účastníci RD (nepravděpodobné).

- DNS - „Aspe“ R37/2022, R132/2022 (S534/2021)

Oprávněnost požadavku na členství v partnerském programu – vyvoláno **charakterem předmětu VZ** (autorskoprávní důvody), **otevřená partnerská síť - objektivně nastavené, nediskriminační** podmínky členství (**navrhovatel nečinil žádné kroky**), zadavatel svým postupem **nevytvořil stav exkluzivity**.

Řešena otázka, **co je předmětem činnosti rozvoje systému** – spočíval de facto v implementaci **aktualizací vyvíjených a poskytovaných výrobcem IS** a jejich navázání na zadavatelem používané systémy třetích stran, **nikoliv v samostatném rozvoji systému jednotlivými dodavateli**.

Menší a složitější úpravy - oprávněnost postupu v DNS posoudit nikoliv z hlediska pouhé přítomnosti rozvoje, ale „intenzity“ charakteru těchto služeb. Implementaci aktualizčních balíčků lze přirovnat ke službě podpory a údržby systému - **ze své podstaty mohou vyžadovat zásahy do zdrojového kódu**. Takový předmět plnění **nelze považovat za rozporný s účelem DNS** - je na relevantním trhu **běžný a obecně dostupný**.

▪ Aspekt běžné dostupnosti poptávaného plnění v DNS - Rozsudek KS - 31 Af 3/2023-164

Odkaz na bod 63 odůvodnění směrnice 2014/24/EU - „*tato technika nákupu dává zadavatelům k dispozici širokou škálu nabídek, což zajišťuje optimální využití finančních prostředků díky rozsáhlé hospodářské soutěži v souvislosti s běžně užívanými již hotovými výrobky, stavbami nebo službami, jež jsou na trhu běžně k dispozici*“

- **Subjektivní hledisko** – zboží a služby **pro běžnou potřebu, avšak z pohledu zadavatele**, musí se jednat o zboží či služby, které konkrétní zadavatel běžně potřebuje ke své činnosti a které musí pořizovat prostřednictvím veřejných zakázek. S ohledem na šíři zadavatelů a rozsah jimi zajišťovaných činností se **předmět DNS může u jednotlivých zadavatelů značně lišit**.
- **Objektivní hledisko** – zboží a služby **obecně dostupné**, je třeba posuzovat **z pohledu relevantního trhu**, tj. zda dané zboží či služba jsou na trhu běžně k dispozici, resp. jsou **nabízeny množstvím dodavatelů**. Dostupnost“ v sobě zároveň zahrnuje předpoklad, že dodání zboží či služby **není v zásadě ničím podmíněno** a dodavatelé jsou schopni se DNS účastnit bez dalšího (aniž by museli plnit specifické podmínky).

Subjektivní ani objektivní podmínku pak v případě služeb **nelze vykládat tak, že vylučují služby vyžadující kreativitu**.

Předmětem DNS **mohou být služby spočívající v údržbě a správě, ale též v modernizaci či rozvoji softwaru vyžadujícím zásah do zdrojového kódu** – posoudit splnění subjektivní a objektivní podmínky.

Běžnou činností zadavatele je administrace stavebních projektů, k níž je potřebný relevantní software – jeho **údržbu a rozvoj lze z pohledu zadavatele považovat za běžnou potřebu, subjektivní podmínka byla splněna**.

Požadované služby na relevantním trhu **poskytují jen jednotky dodavatelů** (6 členů partnerské sítě), a nelze tudíž hovořit o rozsáhlé hospodářské soutěži. Požadované služby tak **nelze považovat za obecně dostupné na relevantním trhu. Objektivní podmínka pro zavedení DNS tedy nebyla splněna**.

Požadavkem na účast dodavatelů v partnerském programu IBR byla **porušena zásada zákazu diskriminace**. Otevřenost partnerského systému je iluzorní - zájemce nesmí vyvíjet, nabízet a/nebo prodávat svůj vlastní nebo jiný vůči produktům Aspe konkurenční produkt - **omezení těchto dodavatelů ze zařazení do DNS**.

Na účast v soutěži má **zásadní vliv postoj IBR k jednotlivým dodavatelům** - uzavření partnerské smlouvy, jejíž obsah zadavateli není znám (z důvodu tvrzeného obchodního tajemství). Není tak jasné, **k jakým závazkům musí dodavatelé svolit**, aby s nimi IBR bylo ochotno takovou smlouvu uzavřít. Uvedený požadavek tak **neobstál již z hlediska zásady transparentnosti a zákazu diskriminace**.

Zadavatel měl **vytvořeny exitové podmínky**, mohl celý systém **v potřebnou dobu přesoutěžit**. Nutnost respektovat autorská práva k Aspe si tedy **zadavatel přivodil sám svým postupem**, ačkoliv mohl postupovat jinak, transparentně a nediskriminačně.