

Právní analýza

Zadání: Posouzení variant vývoje Jednotného informačního systému práce a sociálních věcí z pohledu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Klient: Ernst & Young, s.r.o.

Autor: ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.

Datum: 27. 6. 2022

Obsah

Část I. Úvod	3
A. Zadání	3
B. Seznam zkratek	3
Část II. Právní analýza.....	5
A. Varianta 1	5
B. Varianta 2	12
C. Varianta 3	19
Část III. Východiska a podmínky zpracování.....	25

Část I. Úvod

A. ZADÁNÍ

1. Tento dokument popisuje proveditelnost jednotlivých variant vývoje Jednotného informačního systému práce a sociálních věcí z pohledu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.
2. Proveditelnost jednotlivých variant je posuzována se zohledněním probíhajících zadávacích řízení a zadávacího řízení, které bylo v době zpracování této analýzy zrušeno ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.
3. Analýza slouží jako podklad pro další posuzování možností Ministerstva práce a sociálních věcí při nakládání s jednotlivými informačními systémy v rámci zvažovaných variant v souvislosti s budováním Jednotného informačního systému práce a sociálních věcí. Zvažované varianty jsou následující:
 - a) Varianta 1: Dokončení schváleného záměru;
 - b) Varianta 2: Modernizace provozovaných systémů;
 - c) Varianta 3: Transformace ke klientskému přístupu.
4. Předmětem této analýzy není posouzení právních možností a limitů Ministerstva práce a sociálních věcí ve vztahu k již uzavřeným smlouvám týkajícím se relevantních informačních systémů, jelikož toto posouzení je obsaženo v samostatné právní analýze „Analýza smluvní dokumentace k informačním systémům Ministerstva práce a sociálních věcí“.

B. SEZNAM ZKRATEK

1. **ATOS** – společnost ATOS IT Solutions and Services, s.r.o., se sídlem Doudlebská 1699/5, 140 00 Praha 4, IČO: 44851391
2. **DXC** – společnost DXC Technology s.r.o., se sídlem Pikrtova 1737/1a, Nusle, 140 00 Praha 4, IČO: 05211131
3. **IS** – informační systém
4. **IS DAV** – monolitický informační systém pro zajištění agendy MPSV v oblasti nepojistných sociálních dávek, jehož technické podmínky byly vymezeny v rámci VZ IS DAV II
5. **IS ZAM** – monolitický informační systém pro zajištění agendy MPSV v oblasti zaměstnanosti, jehož technické podmínky byly vymezeny v rámci VZ IS ZAM II

6. **JISPSV** – Jednotný informační systém práce a sociálních věcí
7. **JŘSU** – jednací řízení s uveřejněním dle § 60 a násl. ZZVZ
8. **MNNC** – mimořádně nízká nabídková cena
9. **MPSV** – Ministerstvo práce a sociálních věcí
10. **NSS** – Nejvyšší správní soud
11. **OKaplikace** – informační systém, který je tvořený skupinou systémů a aplikací tvořících funkční celek, zajišťující výkon agendy MPSV v oblasti poskytování sociálních dávek, sociálních služeb a zaměstnanosti
12. **OKsystem** – společnost OKsystem a.s., se sídlem Na Pankráci 125, Praha 4 - Nusle, 140 00, IČO: 27373665
13. **ÚOHS** – Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
14. **VZ IS DAV II** – zadávací řízení (otevřené řízení) na veřejnou zakázku s názvem „Jednotný informační systém práce a sociálních věcí – IS SOCIÁLNÍ DÁVKY II“, které bylo zahájeno dne 12. 12. 2017
15. **VZ IS ZAM II** – zadávací řízení (otevřené řízení) na veřejnou zakázku s názvem „Dokončení realizace, provoz a další rozvoj IS ZAM“, které bylo zahájeno dne 6. 5. 2021
16. **VZ OKA** – zadávací řízení (jednací řízení s uveřejněním) s názvem: „Podpora, nutný rozvoj a ukončení OKaplikací rezortu MPSV“, které bylo zahájeno dne 11. 4. 2022
17. **ZZVZ** – zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů

Část II. Právní analýza

A. VARIANTA 1

1. **Varianta 1 spočívá v dokončení schváleného záměru, tedy dokončení stávající To-Be architektury JISPSV s následným exitem OKaplikací.**
2. Z pohledu zaměření této analýzy je potřeba posoudit možnosti MPSV k zajištění realizace IS DAV a IS ZAM s ohledem na pravidla definovaná v ZZVZ, přičemž je třeba vzít v úvahu stav předmětných zadávacích řízení VZ IS DAV II a VZ IS ZAM II.

A.1 IS DAV

3. Dne 2. 11. 2016 byla mezi MPSV a společností OKsystem uzavřena smlouva o vytvoření Jednotného informačního systému práce a sociálních věcí – „IS SOCIÁLNÍ DÁVKY“. Předmětem této smlouvy měl být závazek dodavatele OKsystem vyvinout, dodat a implementovat nový agendový informační systém pro oblast poskytování nepojistných sociálních dávek. Na základě velmi neuspokojivého postupu plnění této smlouvy, který byl zapříčiněn přístupem dodavatele OKsystem, MPSV dne 16. 11. 2017 odstoupilo od smlouvy. MPSV následně dne 12. 12. 2017 zahájilo VZ IS DAV II s cílem uzavřít novou smlouvu na vývoj, dodání a implementaci IS DAV.
4. Do VZ IS DAV II byly podány dvě nabídky od společností DXC a OKsystem. Nabídková cena účastníka DXC je 268.793.400,- Kč bez DPH. Nabídková cena účastníka OKsystem je 823.999.200,- Kč bez DPH.
5. **VZ IS DAV II se ke dni zpracování této analýzy stále nepodařilo MPSV zdárně dokončit. Důvody tohoto neuspokojivého výsledku lze spatřovat především v tom, že se dlouhodobě nedaří vypořádat s MNNC účastníka DXC.**
6. MPSV dne 18. 12. 2018 rozhodlo o výběru nabídky účastníka DXC. Proti rozhodnutí o výběru byly společností OKsystem podány námitky a následně návrh k zahájení správního řízení před ÚOHS. ÚOHS dne 13. 5. 2019 rozhodl o zrušení rozhodnutí MPSV o výběru DXC z toho důvodu, že MPSV nedostatečně posoudilo MNNC vybraného dodavatele DXC. Rozhodnutí ÚOHS nabylo právní moci dne 30. 5. 2019.
7. Následně MPSV dospělo k závěru, že nabídka účastníka DXC obsahuje MNNC, která nebyla dostatečně zdůvodněna. Účastník DXC pak byl následně dvakrát vyloučen z VZ IS DAV II z důvodu nedostatečného zdůvodnění MNNC. Obě rozhodnutí MPSV o vyloučení účastníka DXC byla zrušena ze strany ÚOHS, přičemž v případě druhého vyloučení účastníka DXC ÚOHS rozhodnul teprve na základě rozsudku NSS.

8. MNNC účastníka DXC je tedy možno považovat za zásadní problém stojící v cestě dokončení VZ IS DAV II. Od posledního vyloučení účastníka DXC, resp. od rozhodnutí ÚOHS, kterým bylo zrušeno rozhodnutí MPSV o vyloučení účastníka DXC (jako reakce ÚOHS na rozsudek NSS), si MPSV nechalo zpracovat dva znalecké posudky, jejichž předmětem bylo posouzení, zda je účastník DXC schopen realizovat předmět plnění VZ IS DAV II za cenu obsaženou v jeho nabídce. Z obou posudků vyplývá, že realizace zakázky na IS DAV je sice za účastníkem DXC nabídnutou cenu teoreticky možná, ale pouze při dotování tohoto projektu z jiných projektů účastníka DXC, což s sebou pro MPSV přináší nemalá realizační rizika. Přes tato rizika a zejména proto, že znalecké posudky shledaly realizaci zakázky za nabídnutou cenu jako možnou, znalecké posudky podle našeho názoru dostatečně průkazně neodůvodňují vyloučení účastníka DXC. **S ohledem na očekávatelnou vysokou procesní aktivitu účastníka DXC tak za stávajících okolností nelze vyloučení účastníka DXC pro neodůvodněnou MNNC doporučit. Máme za to, že vyloučení účastníka DXC by uzavření smlouvy na plnění VZ IS DAV II mohlo nadále oddalovat, a to v řádu měsíců či nízkých jednotek let, přičemž není jisté, zda by ÚOHS, resp. ÚOHS po rozhodnutí některého zesprávních soudů, toto vyloučení nezrušil.**
9. V případě, že by ze strany MPSV byla zvolena Varianta 1, která ve vztahu k VZ IS DAV II předpokládá dokončení tohoto zadávacího řízení, přičemž by se MPSV rozhodlo uzavřít smlouvu s účastníkem DXC, a to za situace, kdy by MPSV přijalo odůvodnění MNNC ze strany DXC, by bylo potřeba vyřešit další problematické aspekty nabídky účastníka DXC, jimž se věnují následující body 10–18 analýzy.
10. Účastník DXC bude dle své nabídky poskytovat část plnění prostřednictvím poddodavatele, společnosti Eller s.r.o., se sídlem Praha 4 - Krč, U Krčského nádraží 2044/40, PSČ 14000, IČO: 25685562 (dále jen „Eller“). Dle veřejně dostupných zdrojů¹ je společnost Eller vysoce pravděpodobně ze 100 % vlastněna ruským státním příslušníkem, panem Andrejem Koščejevem.
11. Na základě opatření obsaženého v sankčním nařízení Rady EU č. 2022/576, kterým se mění nařízení (EU) č. 833/2014 o omezujících opatřeních vzhledem k činnostem Ruska destabilizujícím situaci na Ukrajině, nesmí MPSV mj. zadat nadlimitní veřejnou zakázku dodavateli, který poskytuje část plnění větší než 10 % prostřednictvím poddodavatele, který je právnickou osobou z více než 50 % vlastněnou ruským státním příslušníkem. Dle nabídky společnosti DXC se poddodavatel Eller má na plnění VZ IS DAV II podílet v rozsahu odpovídajícím **cca 10 % finanční hodnoty veřejné zakázky.**
12. V případě, že by MPSV směřovalo k uzavření smlouvy na plnění VZ IS DAV II s účastníkem DXC, muselo by nejprve s účastníkem DXC vyjasnit konkrétní podíl, ve kterém by se poddodavatel

¹ <https://sankce.datlab.eu/subject/25685562>

Eller účastnil na plnění předmětné smlouvy. Pokud by plnění bylo pod 10 %, opatření stanovené sankčním nařízením by se neuplatnilo a DXC by mohla část plnění realizovat prostřednictvím tohoto poddodavatele. Pokud by však MPSV obdrželo informaci, že poddodavatel Eller bude plnit více než 10 % plnění, musel by být účastník DXC vyzván k výměně poddodavatele Eller a v případě nevyhovění této výzvě by musel být účastník DXC vyloučen z VZ IS DAV II.

13. **S ohledem na to, že aktuálně je v nabídce účastníka DXC podíl plnění poddodavatele Eller specifikován na „cca 10 %“, máme za to, že s vysokou pravděpodobností účastník DXC na případnou žádost MPSV k vyjasnění podílu Eller na plnění VZ IS DAV II uvede, že tento poddodavatel bude plnit méně než 10 %. Opatření stanovené sankčním nařízením by se tak ve vztahu k poddodavateli Eller, resp. ve vztahu k účastníkovi DXC neuplatnilo.** Pro úplnost uvádíme, že výměna poddodavatele Eller by mohla být problematická s ohledem na pravidlo vymezené v § 46 odst. 2 ZZVZ, dle kterého nemůže být nabídka po uplynutí lhůty pro podání nabídek měněna. Samotnou změnu poddodavatele bychom nepovažovali za problematickou již s ohledem na § 85 ZZVZ. Za problematickou bychom však považovali změnu nabídky účastníka DXC, pokud by došlo ke změně platformy, na které je řešení DXC postaveno. Máme za to, že k takové změně by pravděpodobně došlo proto, že právě poddodavatel Eller je tvůrce platformy, na které má být řešení účastníka DXC postaveno. **Jak ale uvádíme výše, s ohledem na to, že nyní má poddodavatel Eller realizovat cca 10 % plnění, nedá se předpokládat, že by se účastník DXC diskvalifikoval tím, že by uvedl, že plnění poddodavatele představuje deset nebo více procent plnění.**
14. Dalším problematickým aspektem souvisejícím s tím, že část plnění nabízeného účastníkem DXC má být realizována poddodavatelem Eller, je skutečnost, že řešení účastníka DXC je postaveno právě na platformě Softshell vytvořené a dále vyvíjené společností Eller. Tato situace může potenciálně pro MPSV představovat bezpečnostní riziko s ohledem na to, že z veřejně dostupných zdrojů vyplývá, že poddodavatel Eller je vlastněn ruským státním příslušníkem.
15. Dle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ platí, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovení lhůtě nedoložil. Pokud by nabídka účastníka DXC, resp. řešení společnosti Eller, představovala pro MPSV bezpečnostní riziko, a toto by bylo možné podřadit pod nějakou konkrétní zadávací podmínku, tak by bylo nutné účastníka DXC vyloučit na základě výše specifikovaného ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ.
16. Máme za to, že taková zadávací podmínka by mohla být obsažena v příloze č. 5 zadávací dokumentace – Funkční a technické požadavky. V kapitole 2.3.2 Požadavky na bezpečnost je obsažen celý soubor požadavků MPSV na zabezpečení a ochranu zpracovávaných údajů v kontextu dodávaného plnění. Dle našeho názoru by právě v této kapitole bylo možné shledat některé požadavky, které by z důvodu bezpečnostního rizika poddodavatele Eller nemusely být

nabídkou účastníka DXC splněny. Jedná se například o požadavek BEZ013 Bezpečnost aplikací či požadavek BEZ025 Legislativa. Pro výše popsany postup je však nutné provést **podrobné technické posouzení, které postaví na jisto, zda bezpečnostní riziko pramenící z použití SW platformy Softshell, která je vyvíjena subjektem pod ruskou kontrolou, znamená nesplnění některé ze zadávacích podmínek VZ IS DAV II.**

17. MNNC účastníka DXC je problematická i z pohledu vysoké procesní aktivity druhého účastníka VZ IS DAV II, kterým je společnost OKsystem. Již v minulosti tento účastník dosáhl zrušení rozhodnutí MPSV o výběru účastníka DXC k uzavření smlouvy. Nicméně zde lze uvést, že podle § 48 odst. 4 ZZVZ není zadavatel povinen vyloučit účastníka pro MNNC. § 48 odst. 4 ZZVZ stanoví pouze oprávnění zadavatele k vyloučení účastníka, a to v případě, že nabídka účastníka obsahuje MNNC, která nebyla účastníkem zdůvodněna. Obligatorní vyloučení účastníka ze zadávacího řízení se uplatní pouze za situace, kdy je v jeho nabídce obsažena MNNC a zároveň z jím poskytnutého objasnění nabídkové ceny vyplývá, že jeho nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu porušování povinností uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) ZZVZ či z důvodu dle § 113 odst. 4 písm. b) ZZVZ. MPSV tedy nemá povinnost vyloučit účastníka, jehož nabídka obsahuje MNNC. MPSV je pouze povinno MNNC dodavatele, se kterým hodlá uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky, posoudit.
18. Pokud dojde k výběru účastníka DXC, lze s ohledem na dosavadní zkušenosti ve VZ IS DAV II předpokládat, že proti rozhodnutí MPSV o výběru účastníka DXC budou podány námitky a následně i návrh k zahájení správního řízení před ÚOHS ze strany účastníka OKsystem. Protože je neoddiskutovatelné, že MPSV MNNC obsaženou v nabídce účastníka DXC posuzovalo, máme za to, že by MPSV bylo v případném správním, resp. navazujícím soudním řízení, úspěšné. **Uzavření smlouvy by však i v takovém případě mohlo být blokováno po řadu měsíců či nízkých jednotek let.**
19. Pro posouzení varianty dokončení VZ IS DAV II je vhodné také upozornit na probíhající soudní řízení sp. zn. 17 C 246/2017, jehož předmětem je žaloba na určení neplatnosti právního jednání MPSV ze dne 16. 11. 2017 spočívajícího v odstoupení od smlouvy uzavřené dne 2. 11. 2016 s dodavatelem OKsystem. Výsledek soudního řízení může v teoretické rovině spočívat i v tom, že soud žalobě vyhoví a vysloví neplatnost odstoupení od předmětné smlouvy.
20. Pokud by k takovému rozhodnutí soudu došlo v průběhu VZ IS DAV II, byl by naplněn důvod pro možnost zrušení probíhajícího VZ IS DAV II dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ. MPSV by tak stálo před rozhodnutím, zda:
 - a) dokončí plnění smlouvy uzavřené s účastníkem OKsystem a zruší VZ IS DAV II; nebo
 - b) opětovně odstoupí od smlouvy (či jinak ukončí její účinnost, např. výpovědí) uzavřené s účastníkem OKsystem a dokončí VZ IS DAV II.

21. Dokončení plnění smlouvy uzavřené v roce 2016 považujeme za komplikované, jelikož by bylo nezbytné například narovnáním vyjasnit otázky týkající se např. smluvně dohodnutých termínů, které byly ovlivněny dobou mezi (případně neplatným) odstoupením MPSV od této smlouvy a právní mocí rozhodnutí soudu o vyslovení neplatnosti tohoto odstoupení. Na druhou stranu, opětovné odstoupení bude moci být provedeno pouze v případě, že MPSV bude mít k ukončení této smlouvy zákonný důvod, přičemž bude potřeba zohlednit případné závěry soudu.
22. Pokud by došlo k rozhodnutí soudu o tom, že MPSV odstoupilo od smlouvy uzavřené s účastníkem OKsystem neoprávněně a soud by vyslovil neplatnost právního jednání MPSV spočívajícího v odstoupení od předmětné smlouvy až po uzavření smlouvy na plnění VZ IS DAV II, spočívala by situace MPSV v tom, že by bylo současně vázáno dvěma smlouvami na tentýž předmět plnění. Takový stav je zcela nepřijatelný. Jediným řešením by patrně bylo identifikovat důvod pro ukončení účinnosti jedné ze smluv. V tomto ohledu bude záležet na konkrétních faktických okolnostech v době rozhodování MPSV.
23. Aktuálně je předmětné soudní řízení přerušeno. Dne 8. 3. 2022 rozhodl Obvodní soud pro Prahu 2 usnesením o nařízení setkání se zapsaným mediátorem určeným ze strany soudu. Účastníkům soudního řízení byla zároveň uložena povinnost, aby předložili soudu mediátorem vystavené potvrzení o tom, že splnili uloženou povinnost setkat se s mediátorem, a současně aby sdělili soudu výsledek mediace, příp. stav mediace či mimosoudních jednání ve věci s návrhem dalšího procesního postupu. Usnesením bylo zároveň soudní řízení přerušeno na dobu tří měsíců od právní moci usnesení. Soudní řízení tak bylo usnesením původně přerušeno do 13. 6. 2022. K prvnímu jednání s mediátorem určeným ze strany soudu došlo ve lhůtě stanovené ze strany soudu. MPSV pak v červnu 2022 soud informovalo, že jednání v rámci mediace probíhají, a zároveň soud požádalo o nenařizování dalších jednání v rámci soudního řízení. Součástí podání MPSV byla i informace o tom, že o dalších krocích v rámci mediace bude soud ze strany MPSV informován.
24. S ohledem na pozice účastníků mediace a vývoj v rámci této mediace máme za to, že rozhodnutí soudu spočívající ve vyhovění žalobě OKsystem a ve vyslovení neplatnosti právního jednání MPSV spočívajícího v odstoupení od předmětné smlouvy **nepovažujeme za příliš pravděpodobné.**
25. **Jak vyplývá z výše uvedeného, dokončení VZ IS DAV II považujeme za vysoce problematické. Proti případnému vyloučení DXC na základě v úvahu připadajících a výše popsanych důvodů se s vysokou pravděpodobností bude DXC bránit, čímž i v případě svého neúspěchu může oddálit uzavření smlouvy na plnění s účastníkem OKsystem po dobu mnoha měsíců, či dokonce let. V případě, že se MPSV rozhodne uzavřít smlouvu na plnění VZ IS DAV II s účastníkem DXC, hrozí rovněž procesní obrana ze strany účastníka OKsystem, která rovněž může významně oddálit uzavření smlouvy s účastníkem DXC. V tomto případě by také MPSV uzavřelo smlouvu, která by byla riziková s ohledem na MNNC účastníka DXC.**

A.2 IS ZAM

26. MPSV dne 22. 12. 2015 uzavřelo smlouvu o vytvoření Jednotného informačního systému práce a sociálních věcí – „IS ZAMĚSTNANOST“ a poskytování souvisejících služeb. Předmětem této smlouvy bylo vytvoření, dodání a zprovoznění IS, který by plnil funkce spojené s výkonem agendy zaměstnanosti, přičemž měl tento systém také nahradit část dosavadních OKaplikací. Předmětem této smlouvy měl být také následný provoz předmětného informačního systému po dobu 24 měsíců. Smlouva byla uzavřena se společností ATOS. K vytvoření informačního systému mělo dojít k 28. 1. 2017.
27. V rámci plnění smlouvy docházelo k několika posunům v harmonogramu plnění a ke změnám technické specifikace předmětného IS. Dne 23. 7. 2020 byl k předmětné smlouvě uzavřen dodatek č. 7, kterým bylo mezi MPSV a společností ATOS dohodnuto, že je třeba do IS zapracovat změny, jež vyvstaly z průběžného rozvoje ICT infrastruktury MPSV, z přijatých legislativních požadavků a ze změn metodických postupů v rámci organizace MPSV a které bylo nezbytné reflektovat před nasazením IS do produkčního provozu. Zapracováním těchto nezbytných víceprací by však došlo k překročení zákonných limitů definovaných v § 222 ZZVZ. Z toho důvodu se MPSV se společností ATOS dohodlo na omezení plnění předmětné smlouvy, jež spočívalo v nerealizaci činností ověřovacího provozu, provedení migrace dat, školení koncových uživatelů, integrace IS s aplikací EESSI, nasazení IS do produkčního provozu a podpory provozu.
28. **Předmětný IS tedy nebyl na základě plnění smlouvy z 22. 12. 2015 dokončen, a tudíž nedošlo ani k jeho uvedení do provozu a zahájení poskytování služeb podpory provozu.**
29. MPSV v návaznosti na výše popsany vývoj přistoupilo v zadávacím řízení VZ IS ZAM II k poptávce **dokončení rozpracovaného IS**. V rámci tohoto zadávacího řízení byly podány dvě nabídky. Společnost ATOS podala nabídku ve výši 429.679.000 Kč bez DPH. Druhý účastník, společnost OKsystem, podal nabídku ve výši 265.325.500 Kč bez DPH.
30. Společnost OKsystem podala nabídku, která nesplňovala zadávací podmínky VZ IS ZAM II, přičemž tento stav účastník OKsystem vysvětlil následovně: *„Lapidárně řečeno, nenabízíme MPSV dokončení a uvedení do provozu nefunkčního a nedodělaného IS ZAM, tedy to, co je v rámci zadávacího řízení poptáváno, ale dodávku moderního, uživatelsky přívětivého, výkonného, bezpečného a plně funkčního systému pro podporu činností v oblasti agendy zaměstnanosti, tedy to, co MPSV skutečně potřebuje a co je kýženým cílem jeho snažení v této oblasti již téměř 10 let.“*
31. Společnost OKsystem po celou dobu zadávacího řízení VZ IS ZAM II opakovaně brojila proti tomu, že specifikace předmětu zvýhodňuje původního dodavatele ATOS. V rámci posledního návrhu na zahájení správního řízení před ÚOHS ze dne 31. 1. 2022 pak společnost OKsystem brojila mj. proti zadávacím podmínkám VZ IS ZAM II, ve kterých MPSV dle názoru OKsystem vymezilo předmět veřejné zakázky výhradně jako dokončení původního IS částečně

realizovaného společností ATOS. Společnost OKsystem tedy namítala to, že MPSV nepřipustilo jiné technické řešení, například dodání zcela nového IS. Společnost OKsystem přitom v podaném návrhu mimo jiné namítala, že je schopna dodat za obdobnou cenu zcela nový funkční informační systém, který by zcela naplnil potřeby MPSV.

32. Dne 20. 5. 2022 nabylo právní moci rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-14582/2022/510 ze dne 3. 5. 2022, kterým bylo ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky VZ IS ZAM II (sp. zn. ÚOHS-S0047/2022/VZ) (dále jen „**Rozhodnutí IS ZAM II**“), rozhodnuto o tom, že se MPSV dopustilo porušení § 36 odst. 1 ZZVZ. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu MPSV ÚOHS zrušil zadávací řízení veřejné zakázky VZ IS ZAM II. ÚOHS shledal dvojí porušení § 36 odst. 1 ZZVZ:
- a) ze strany MPSV bylo požadováno, aby účastníci zadávacího řízení převzali rozpracovaný IS dodaný společností ATOS, čímž byly vytvořeny překážky hospodářské soutěže, aniž by pro to existoval objektivní důvod;
 - b) účastníci museli nabídkovou cenu za část plnění s názvem „*Převzetí systému*“ stanovit formou fixní částky, přičemž uvedená zadávací podmínka nepřímou zaručovala konkurenční výhodu společnosti ATOS, aniž by pro to existoval objektivní důvod.
33. **Aktuálně je tedy VZ IS ZAM II pravomocně ukončeno. IS ZAM tedy prostřednictvím VZ IS ZAM II již nelze realizovat.**
34. V případě realizace posuzované Varianty 1 by bylo nutné zahájit nové zadávací řízení s předmětem plnění obdobným k VZ IS ZAM II, přičemž by však zadávací podmínky tohoto nového zadávacího řízení musely být upraveny na základě závěrů obsažených v Rozhodnutí IS ZAM II.
35. **Zejména je nutné, aby předmět plnění této nové veřejné zakázky nebyl stanoven pouze jako dokončení IS,** který byl částečně realizován společností ATOS. Využití IS, který byl částečně realizován společností ATOS, tedy nesmí být stanoveno jako povinnost, ale pouze jako možnost účastníků zadávacího řízení. V Rozhodnutí IS ZAM II je uvedeno, že podle § 36 odst. 1 ZZVZ nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímou zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Z tohoto pohledu ÚOHS lze dovozovat, že zadávací podmínky mohou za konkrétních okolností ve svém důsledku vytvářet jistou nerovnováhu mezi dodavateli, avšak výlučně za předpokladu, že pro to existuje objektivní důvod na straně zadavatele. Tímto důvodem by bylo to, že má MPSV již částečně realizován IS pro oblast agendy zaměstnanosti, který by bylo vhodné alespoň nabídnout účastníkům nového zadávacího řízení k využití při jejich plnění předmětu nové veřejné zakázky. **Zadávací podmínky tak mohou dle ÚOHS pro určité dodavatele skýtat výhodu, avšak tato výhoda musí vycházet z konkrétních logických úvah zadavatele a musí pro ni existovat objektivní příčiny.**

36. Dále je nutné, aby zadávací podmínky byly stanoveny tak, aby v zadávacím řízení nebyla společnost ATOS zvýhodněna nad rámec objektivních příčin souvisejících s tím, že byla dodavatelem IS částečně vytvořeného na základě smlouvy ze dne 22. 12. 2015.
37. S ohledem na výše uvedené je nutné, aby MPSV v rámci případného nového zadávacího řízení na IS ZAM upravilo zadávací podmínky tak, **aby byla odstraněna veškerá ustanovení, která ÚOHS v Rozhodnutí VZ IS ZAM II MPSV vytýkal.** Nad rámec výše uvedeného je však nutno upozornit na bod 115 Rozhodnutí VZ IS ZAM II. ÚOHS v tomto bodě uvádí, že se s ohledem na uložené nápravné opatření (zrušení VZ IS ZAM II) a v souladu se zásadou procesní ekonomie nezabýval dalšími skutečnostmi uvedenými společností OKsystem v návrhu na zahájení předmětného správního řízení. Z tohoto pohledu je pak nutné, aby se MPSV při zahájení nového zadávacího řízení zabývalo veškerými námitkami a body návrhu na zahájení správního řízení tak, aby byla posouzena jejich relevance. **V případě, že MPSV sezná, že některé body jsou relevantní, bude potřeba dotčená ustanovení zadávacích podmínek VZ IS ZAM II adekvátně upravit.**

A.3 Způsob realizace Varianty 1

38. Způsob realizace Varianty 1 spočívá v dokončení VZ IS DAV II a opětovném zahájení VZ IS ZAM II s tím, že MPSV bude muset v zadávacích podmínkách zohlednit závěry Rozhodnutí IS ZAM II.

A.4 Manažerské shrnutí Varianty 1

39. Dokončení VZ IS DAV II je velice problematické z pohledu dodržení pravidel ZZVZ a s ohledem na související vysokou procesní aktivitu obou účastníků. Máme za to, že VZ IS DAV II nebude možné v blízké době dokončit uzavřením smlouvy na plnění VZ IS DAV II.
40. VZ IS ZAM II bylo zrušeno ze strany ÚOHS. V rámci nového zadávacího řízení by musely být podmínky stanoveny tak, aby společnost ATOS nebyla zvýhodněna nad rámec objektivně existujících skutečností souvisejících s tím, že pro MPSV částečně realizovala IS, který byl předmětem smlouvy ze dne 22. 12. 2015.
41. Zejména s ohledem na dlouhodobě problematickou situaci při VZ IS DAV II máme za to, že z pohledu ZZVZ není Varianta 1 v dohledné době realizovatelná.

B. VARIANTA 2

42. Varianta 2 spočívá v odstoupení od realizace To-Be stavu dle schváleného záměru, terminaci většiny realizačních projektů a realizaci agend MPSV v rámci OKaplikací, přičemž tyto OKaplikace by měly projít významným rozvojem, jehož výsledkem by měla být modernizace předmětných OKaplikací tak, aby tyto IS splňovaly standardy IS poplatné roku 2022.

43. Při zohlednění předmětu této analýzy, kterým je posouzení jednotlivých variant z pohledu pravidel ZZVZ, je možné uvést, že je třeba posoudit pouze možnost ukončení VZ IS DAV II a souvislosti vycházející ze skutečnosti, že ze strany MPSV bylo dne 11. 4. 2022 zahájeno VZ OKA. Pro úplnost uvádíme, že v rámci této Varianty 2 není nutné posuzovat souvislosti s VZ IS ZAM II, jelikož toto zadávací řízení bylo konečnou platností ukončeno.

B.1 Posouzení možných souvislostí s VZ IS DAV II

44. V případě postupu dle Varianty 2 bude nutné zrušit nebo jinak ukončit VZ IS DAV II, jelikož plnění zadávané v tomto zadávacím řízení již nebude mít pro MPSV smysl. V úvahu připadá zejména možnost zrušení VZ IS DAV II na základě § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ či možnost ukončení VZ IS DAV II na základě pasivního přístupu MPSV spočívajícího v tom, že v zadávací lhůtě neodešle účastníkům oznámení o výběru dodavatele.

B.1.1 Zrušení VZ IS DAV II

45. V případě rozhodnutí MPSV o zrušení VZ IS DAV II je třeba posoudit, zda je naplněn některý zákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení. Při zohlednění stávající situace máme za to, že v úvahu připadá důvod ke zrušení VZ IS DAV II dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, který spočívá v tom, že: „*v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv*“. Tento důvod zrušení může MPSV použít pouze do doby odeslání oznámení o výběru dodavatele ve smyslu § 123 ZZVZ.
46. Důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ by podle našeho názoru bylo možné spatřovat především ve skutečnosti, že zadávací podmínky VZ IS DAV II byly stanoveny v roce 2017, resp. základ technického vymezení IS DAV vychází ze zadání učiněného v roce 2014. Od té doby došlo jak ke značnému vývoji dostupných technologií a řešení na relevantním trhu, tak k posunu v potřebách MPSV, odůvodněném například změnami ve strategickém přístupu MPSV k realizaci JISPSV či změnami v širším kontextu strategií a plánů ICT orgánů veřejné správy České republiky.
47. VZ IS DAV II by v tomto případě bylo ukončeno až okamžikem, kdy všem účastníkům VZ IS DAV II marně uplyne lhůta pro podání námitek proti zrušení VZ IS DAV II, pokud námitky nebudou podány. V případě podání námitek se okamžik ukončení zadávacího řízení určí podle § 51 odst. 2 ZZVZ. **Je třeba upozornit, že k ukončení VZ IS DAV II nemusí dojít vůbec, a to v případě, že by ÚOHS rozhodnul o tom, že důvod MPSV ke zrušení VZ IS DAV II nenaplňoval požadavky dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, a jako opatření k nápravě by ÚOHS zrušil rozhodnutí MPSV o zrušení VZ IS DAV II.**

48. Takové rozhodnutí by mělo za následek, že by VZ IS DAV II nebylo zrušeno. V tomto kontextu je vhodné upozornit na to, že k pravomocnému rozhodnutí ÚOHS může dojít v době, která bude následovat až několik měsíců po rozhodnutí MPSV o zrušení VZ IS DAV II. MPSV by pak muselo opět rozhodovat, jak s VZ IS DAV II naložit. V této souvislosti uvádíme, že pokud by MPSV VZ IS DAV II zrušilo a v mezidobí do pravomocného rozhodnutí ÚOHS by činilo kroky k realizaci Varianty 2, pak by se důvody pro zrušení VZ IS DAV II prohlubovaly a MPSV by bylo oprávněno VZ IS DAV II zrušit znovu se silnějšími a průkaznějšími důvody k jeho zrušení.
49. Máme však za to, že pokud budou důvody, které jsme pro zrušení VZ IS DAV II v rámci bodu 46 výše identifikovali jako možné, ověřeny z technologického, ekonomického a strategického pohledu a podpořeny konkrétními skutečnostmi souvisejícími s výše popsaným vývojem v potřebách MPSV či s vývojem na trhu relevantních informačních technologií, **bude zrušení VZ IS DAV II obhajitelné.**
50. V souvislosti s tím, že MPSV bude v případě zrušení VZ IS DAV II zahajovat další (jedno nebo více) zadávací řízení na realizaci IS pro oblast poskytování sociálních dávek, je potřeba upozornit na § 51 odst. 4 ZZVZ.
51. Dle § 51 odst. 4 ZZVZ platí, že:
- „Před ukončením zadávacího řízení zadavatel může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze tehdy, pokud*
- a) to vyžadují provozní potřeby zadavatele a*
- b) veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu“.*
52. K uvedenému lze uvést, že pokud MPSV bude v době po zrušení VZ IS DAV II zahajovat zadávací řízení, jehož předmětem bude rozvoj, resp. modernizace OKaplikací, máme za to, **že se nebude jednat o zakázku obdobnou k VZ IS DAV II.** Rozvoj, resp. modernizaci OKaplikací, nelze považovat za plnění obdobné k IS DAV zejména z důvodu, že v případě VZ IS DAV II jde o realizaci a implementaci nového IS, přičemž v rámci zakázky na rozvoj, resp. modernizaci OKaplikací jde o rozvojové služby týkající se hotového a provozovaného IS se zcela odlišnou technickou specifikací než měl být IS DAV dle VZ IS DAV II.
53. K výše uvedeným závěrům je možno uvést následující odůvodnění. Dle judikatury NSS² je totožné nebo obdobné plnění charakterizováno jako **„plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované pro téhož zadavatele v téže časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění“.** Při zohlednění výše uvedené citace je možné uvést, že plnění v rámci rozvoje, resp. modernizace, OKaplikací nelze považovat za plnění stejného nebo obdobného druhu k plnění VZ IS DAV II a rozhodně jej nelze považovat za plnění za týchž podmínek co do charakteru plnění. **Nepůjde tedy o obdobné plnění ve smyslu § 51 odst. 4 ZZVZ.**

² Rozsudek NSS č.j.: 2 Afs 55/2010, ze dne 15. 12. 2010.

54. S ohledem na výše uvedené nebude ani nutné posuzovat podmínky dle § 51 odst. 4 písm. a) a b) ZZVZ. Nebude tedy nutné ověřovat, zda zahájení zadávacího řízení vyžadují provozní potřeby MPSV ani to, zda veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu. **MPSV tak bude moci zahájit zadávací řízení na rozvoj, resp. modernizaci OKaplikací bez jakéhokoliv omezení souvisejícího s případným neukončením VZ IS DAV II.**
55. Riziko zrušení VZ IS DAV II spočívá v tom, že pokud bude ze strany ÚOHS rozhodnuto, že MPSV zrušilo VZ IS DAV II v rozporu se ZZVZ, mohou se účastníci VZ IS DAV II domáhat náhrady škody, která by mohla spočívat v marně vynaložených nákladech souvisejících s účastí v předmětném VZ IS DAV II a v krajním případě i v ušlém zisku. **Tento závěr vychází z toho, že pokud bude VZ IS DAV II zrušeno v rozporu se ZZVZ, dojde tím ze strany MPSV k protiprávnímu jednání, což je první předpoklad vzniku odpovědnosti za škodu.**
56. Účastníci VZ IS DAV II se tak budou moci svých případných nároků domáhat v rámci občanskoprávního sporu vedeného před obecnými soudy. V rámci těchto soudních řízení pak budou muset účastníci prokázat, že v příčinné souvislosti s protiprávním jednáním MPSV jim vznikla škoda spočívající v marně vynaložených nákladech souvisejících s účastí v předmětném VZ IS DAV II. Účastníci budou muset prokázat výši vynaložených nákladů.
57. Máme za to, že v řešeném případě by bylo VZ IS DAV II zrušeno ještě před výběrem nejvhodnější nabídky. Pokud by se některý účastník chtěl domáhat náhrady škody spočívající v ušlém zisku, musel by tento účastník požadující náhradu škody spočívající v ušlém zisku prokázat, že jeho nabídka splnila veškeré zadávací podmínky a byla by dle kritérií stanovených zadávacími podmínkami ekonomicky nejvýhodnější. **Takový scénář však nepovažujeme za pravděpodobný.**
58. Pro úplnost dodáváme, že zrušení zadávacího řízení bez naplnění některého zákonného důvodu dle § 127 ZZVZ nenaplnňuje formální znaky přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 ZZVZ. ÚOHS tak není oprávněn uložit MPSV za takové porušení ZZVZ žádnou pokutu ve smyslu § 268 odst. 2 ZZVZ.
59. Obdobné závěry pak platí i v případě zrušení VZ IS DAV II způsobem dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, kdy by v zadávacím řízení zbyl jediný účastník zadávacího řízení. Taková situace může nastat, pokud by došlo k vyloučení účastníka DXC z důvodů pospaných v bodech 14 až 16 výše.

B.1.2 Ukončení VZ IS DAV II marným uplynutím zadávací lhůty

60. K ukončení VZ IS DAV II může dojít také pasivním přístupem MPSV spočívajícím v tom, že MPSV v zadávací lhůtě neodešle oznámení o výběru dodavatele podle § 40 odst. 3 ZZVZ. S takovým porušením § 40 odst. 3 ZZVZ ze strany zadavatele spojuje § 40 odst. 4 ZZVZ sankci v podobě zrušení zadávacího řízení přímo ze zákona.

61. Ukončení VZ IS DAV II z důvodu marného uplynutí zadávací lhůty s sebou nese riziko z pohledu druhé věty § 40 odst. 4 ZZVZ. Dle tohoto ustanovení platí, že zadavatel v případě ukončení zadávacího řízení po marném uplynutí zadávací lhůty musí **účastníkům zadávacího řízení uhradit účelně vynaložené náklady spojené s jejich účastí v zadávacím řízení.**
62. V případě náhrady nákladů ve smyslu § 40 odst. 4 ZZVZ je situace účastníků oproti případu zrušení VZ IS DAV II dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ jednodušší. Je tomu tak proto, že povinnost zadavatele nahradit účastníkům škodu spočívající v marně vynaložených nákladech spojených s jejich účastí v zadávacím řízení je přímo obsažena v ZZVZ. **V případě ukončení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 ZZVZ tak již nebude nutné dovozovat, a v rámci soudního sporu prokazovat, naplnění podmínky pro vznik odpovědnosti za škodu spočívající v protiprávním jednání zadavatele tak, jak je to nutné v případě zrušení zadávacího řízení úkonem zadavatele.**
63. **Stejně jako v případě protiprávního zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele bude důkazní břemeno ležet na účastníkovi, který se bude náhrady nákladů domáhat. Takový účastník bude muset prokázat nejen výši vynaložených nákladů, ale také to, že tyto náklady byly vynaloženy účelně.**
64. Pro úplnost i zde dodáváme, že neodeslání oznámení o výběru mající důsledek v ukončení zadávacího řízení nenaplnuje formální znaky přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 ZZVZ. ÚOHS tak není oprávněn uložit MPSV za takové porušení ZZVZ žádnou pokutu ve smyslu § 268 odst. 2 ZZVZ.

B.2 Posouzení možných souvislostí s VZ OKA

65. Dne 11. 4. 2022 bylo ze strany MPSV zahájeno VZ OKA. Předmětem tohoto zadávacího řízení je zejména zajištění provozu a podpory OKaplikací. Předmětem VZ OKA je dále nutný rozvoj OKaplikací v rámci legislativních změn a kritických změnových požadavků a také exitové služby. **Primárním smyslem a účelem VZ OKA je tedy udržení OKaplikací v provozu do doby, než budou moci být nahrazeny jinými IS, které budou zajišťovat výkon agendy MPSV v předmětných oblastech.**
66. Při zohlednění předmětu plnění a účelu VZ OKA je možno uvést, že toto zadávací řízení počítá jak s variantou, že OKaplikace přestanou být využívány, tak s variantou, že Okaplikace budou muset být využívány po delší dobu, než je předpokládána v zadávacích podmínkách VZ OKA. Toto je dáno především tím, že služby exitu budou realizovány teprve na základě objednávek MPSV, přičemž dle aktuálního znění závazného vzoru smlouvy na plnění VZ OKA **nebude MPSV při plnění smlouvy uzavřené na základě VZ OKA povinno objednat žádné minimální množství služeb na objednávku.**
67. Nad rámec výše uvedeného lze uvést, že VZ OKA je zadávána v JŘSU. Dle § 61 odst. 10 ZZVZ platí, že zadavatel může v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména

technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek dle § 61 odst. 4 ZZVZ. V rámci VZ OKA mezi minimální technické podmínky nebyla zahrnuta doba plnění. Je tedy možné uzavřít, že MPSV bude mít možnost v rámci VZ OKA dohodnout s účastníky podmínky plnění tak, aby vyhovovaly rozhodnutí MPSV o dalším osudu OKaplikací.

68. **Souvislost Varianty 2 s VZ OKA z pohledu ZZVZ je tedy možné shrnout následovně tak, že VZ OKA nestojí v cestě Variantě 2**, a to s ohledem na významnou variabilitu plnění smlouvy v budoucnu uzavřené na základě VZ OKA a rovněž s ohledem na povahu JŘSU, kdy je možné v rámci jednání s účastníky měnit zadávací podmínky například s ohledem na rozhodnutí MPSV o dalším směřování, resp. ukončení využívání, OKaplikací.

B.3 Způsob realizace Varianty 2

69. Varianta 2 by měla být realizována jednak využitím plnění smlouvy v budoucnu uzavřené na základě VZ OKA, která ve svém odst. 8.21 obsahuje výhradu změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ, kdy si MPSV vyhrazuje právo na změnu závazku vyplývajícího z této smlouvy, čímž by celkový maximální rozsah služeb na objednávku dle této smlouvy mohl dosáhnout hodnotu až 30.000 člověkodnů. To považujeme za značný rozsah, který by měl umožňovat realizaci Varianty 2. K uvedenému je ale nutné doplnit, že stávající vymezení vyhrazené změny by při restriktivním výkladu, který obecně ÚOHS zaujímá, mohlo být považováno za nedostatečné ve smyslu požadavků § 100 odst. 1 ZZVZ na jednoznačné vymezení podmínek a obsahu vyhrazené změny. Máme za to, že pokud bude MPSV mít v úmyslu případně využít smlouvu uzavřenou na základě VZ OKA pro další rozvoj OKaplikací, považujeme za vhodné navázat tuto vyhrazenou změnu přímo na změnu koncepce JISPSV nebo podmínky pro využití této změny jinak konkretizovat. S ohledem na již zmíněný § 61 odst. 10 ZZVZ, dle kterého zadavatel může v průběhu jednání v JŘSU změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek dle § 61 odst. 4 ZZVZ, je MPSV oprávněno upravit znění předmětné vyhrazené změny. Vyhrazená změna dle odst. 8.21 smlouvy na plnění VZ OKA totiž není obsažena mezi minimálními technickými podmínkami dle 61 odst. 4 ZZVZ, které změnit nejde.
70. Alternativně lze uvažovat o realizaci Varianty 2 s využitím nového zadávacího řízení, jehož předmětem by měl být rozvoj a modernizace OKaplikací.
71. V rámci realizace takového případného nového zadávacího řízení na rozvoj a modernizaci OKaplikací by měly být zadávací podmínky zadávacího řízení formulovány tak, aby v rámci tohoto zadávacího řízení nebyl zvýhodněn stávající dodavatel OKsystem (nebo v tu dobu jiný dodavatel dle smlouvy na plnění VZ OKA) nad míru objektivně vyplývající ze skutečnosti, že vytvořil a/nebo po dlouhou dobu provozoval OKaplikace. MPSV by mělo zajistit, aby měli ostatní dodavatelé k dispozici veškeré zdrojové kódy a veškerou relevantní dokumentaci. Je však vhodné uvést, že pokud budou zadávací podmínky stanoveny na základě doporučení

formulovaných výše, bude se jednat pouze o jakési zákonné minimum pro to, aby takové zadávací řízení a plnění takové veřejné zakázky bylo realizovatelné z pohledu ZZVZ. Úplné srovnání pozice společnosti OKsystem a dalších relevantních dodavatelů je pak problematické hlavně z technologického pohledu. OKaplikace jsou vyvíjeny společností OKsystem po dlouhá desetiletí, přičemž tak má společnost OKsystem detailní informace o veškerých aspektech, souvislostech a procesech, přičemž srovnání tohoto technologického náskoku spočívající v přenosu veškerého technologického know how je z povahy věci značně limitováno. V praxi to může znamenat pouze teoretickou možnost dodavatelů odlišných od OKsystem realizovat potřebnou modernizaci a rozvoj OKaplikací. Domníváme se, že v případě této varianty MPSV přetrvá ve stavu věcné, znalostní a technologické závislosti na OKsystem.

B.4 Manažerské shrnutí k Variantě 2

72. V případě postupu dle Varianty 2 bude nutné úkonem MPSV zrušit nebo marným uplynutím zadávací lhůty ukončit VZ IS DAV II.
73. V ani jednom z těchto scénářů se MPSV nemůže dopustit přestupku a ÚOHS nebude oprávněn uložit pokutu.
74. V obou případech nicméně hrozí to, že bude MPSV povinno hradit účastníkům VZ IS DAV II škodu spočívající v účelně vynaložených nákladech spojených s jejich účastí ve VZ IS DAV II. V případě ukončení VZ IS DAV II marným uplynutím zadávací lhůty budou mít účastníci VZ IS DAV II snazší cestu k náhradě škody.
75. V případě zrušení VZ IS DAV II hrozí, že ÚOHS rozhodne o tom, že MPSV zrušilo VZ IS DAV II v rozporu se ZZVZ. Takové rozhodnutí ÚOHS by mělo důsledky v obnovení VZ IS DAV II. V takovém případě by se MPSV muselo o dalším postupu v rámci VZ IS DAV II rozhodovat podle aktuálních okolností v době tohoto rozhodování. Pokud bude v mezidobí MPSV činit kroky k realizaci Varianty 2, budou se důvody ke zrušení VZ IS DAV II zesilovat.
76. Další kroky MPSV směřující k realizaci Varianty 2 nelze podle našeho názoru považovat za plnění obdobné k plnění VZ IS DAV II. Z tohoto pohledu není MPSV při zadávání předmětných zakázek vázáno omezením dle § 51 odst. 4 ZZVZ a nemusí čekat na ukončení VZ IS DAV II.
77. V případě realizace nového zadávacího řízení nestojí VZ OKA v cestě realizaci Varianty 2. Při správném nastavení vyhrazené změny závazku dle smlouvy na plnění VZ OKA lze naopak VZ OKA k naplnění Varianty 2 využít. Z právního pohledu je tedy Varianta 2 využitelná. Otázka reálné možnosti MPSV zadat VZ OKA a zejména následně modernizovat OKaplikace však může být značně limitována možností dodavatelů vyrovnat informační náskok společnosti OKsystem. V případě této varianty tak z našeho pohledu MPSV do značné míry přetrvá ve stavu věcné, znalostní a technologické závislosti na OKsystem.

C. VARIANTA 3

78. **Varianta 3 spočívá v atomizaci cílových agendových aplikací MPSV do tzv. „Mini-services“.**

79. V rámci Varianty 3 je třeba s ohledem na předmět této analýzy posoudit souvislosti s ukončením VZ IS DAV II a posoudit souvislosti vycházející ze skutečnosti, že ze strany MPSV bylo dne 11. 4. 2022 zahájeno VZ OKA.

80. Dále je v rámci této části analýzy potřeba z pohledu limitů ZZVZ posoudit záměr MPSV, aby některé technické komponenty byly poptávány tak, že bude v zadávacích podmínkách příslušného zadávacího řízení označen přímo obchodní název poptávané technické komponenty. V rámci této kapitoly se také obecně zaměříme na principy, kterými by se MPSV mělo při zadávání těchto zakázek zabývat.

C.1 Posouzení možných souvislostí s VZ IS DAV II

81. V rámci ukončení VZ IS DAV II platí obdobné závěry, které jsou obsaženy výše v rámci kapitoly B.1 této analýzy. Tyto závěry lze ve vztahu k Variantě 3 shrnout tak, že MPSV bude muset docílit ukončení VZ IS DAV II. MPSV má v tomto ohledu na výběr zrušení VZ IS DAV II na základě § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ nebo ukončení VZ IS DAV II tím, že v zadávací lhůtě neodešle oznámení o výběru dodavatele dle § 40 odst. 3 ZZVZ; druhým zmiňovaným způsobem by došlo k ukončení VZ IS DAV II na základě § 40 odst. 4 ZZVZ přímo ze zákona. **Obě tyto varianty v sobě nesou riziko, že MPSV bude muset účastníkům VZ ID DAV II hradit škodu spočívající v účelně vynaložených nákladech spojených s jejich účastí ve VZ IS DAV II.** V případě ukončení VZ IS DAV II marným uplynutím zadávací lhůty budou mít účastníci VZ IS DAV II snazší cestu k náhradě škody.

82. V době zpracování této analýzy se předpokládá, že pro realizaci Varianty 3 bude nezbytné zajistit zejména potřebné služby specialistů (programátorů, IT architektů apod.) a potřebné technické komponenty jakožto základní předpoklady a atributy pro realizaci Varianty 3. Varianta 3 by tedy mohla být realizována následujícím způsobem:

a) Služby specialistů by byly zadávány v rámci dílčích zakázek na základě rámcových dohod uzavřených na základě běžících zadávacích řízení, která se v době zpracování této analýzy nacházejí ve fázi podávání žádostí o účast. Jedná se o následující zadávací řízení:

- i) IT delivery, ev. č.: Z2022-019850;
- ii) IT testování, ev. č.: Z2022-019296;
- iii) Strategické poradenství ev. č.: Z2022-018177.

K tomu lze uvést, že s ohledem na relativně široké vymezení předmětu plnění těchto jednotlivých veřejných zakázek, jejich značně vysokou předpokládanou hodnotu a tím velký objem činnosti, kterou lze na jejich základě realizovat, jakož i zejména vzhledem ke

skutečnosti, že každá z těchto zakázek směřuje k uzavření rámcové dohody s několika dodavateli, se domníváme, že tato sada veřejných zakázek vytváří dobré předpoklady pro realizovatelnost Varianty 3 v části zajištění potřebných kapacit Služeb specialistů. Toto nastavení zároveň vytváří prostor pro uplatnění široké palety dodavatelů, což zároveň lze jednoznačně chápat jako prosoutěžní a žádoucí nastavení.

- b) Technické komponenty budou zadávány v samostatných (viz bod 96 a násl. této analýzy níže) zadávacích řízeních, přičemž v tuto chvíli není stanoveno, jakým způsobem budou technické komponenty poptávány.
83. V otázce souvislosti s VZ IS DAV II je možné uvést, že je potřeba ověřit, zda se MPSV nedopustilo, resp. v případě technických komponent nedopustí, porušení pravidla vymezeného v § 51 odst. 4 ZZVZ spočívajícího v tom, že před ukončením zadávacího řízení zadavatel může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku **s obdobným předmětem plnění** pouze tehdy, pokud to vyžadují provozní potřeby zadavatele a veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu.
84. S ohledem na povahu jednotlivých v úvahu připadajících veřejných zakázek máme za to, že se uplatní závěry obsažené v kapitole B.1.1 této analýzy vztahující se k Variantě 2. **I v případě Varianty 3 máme tak za to, že zadávací řízení specifikovaná výše v rámci bodu 82 nemají předmět plnění obdobný k předmětu plnění VZ IS DAV II.** Tento závěr odůvodňujeme tím, že v případě VZ IS DAV II se jedná o realizaci samostatného monolitického IS, přičemž v případě zadávacích řízení specifikovaných výše v rámci bodu 82 se jedná o veřejné zakázky na služby či dodávky a s ohledem na charakteristiku „obdobného plnění“ podanou v bodě 53 této analýzy výše je možné uvést, **že se nebude jednat o plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňované za týchž podmínek co do charakteru plnění.**

C.2 Posouzení možných souvislostí s VZ OKA

85. **K souvislosti Varianty 3 s VZ OKA z pohledu ZZVZ je možné uvést, že ani VZ OKA nestojí v cestě realizaci Varianty 3.** Tento závěr je možné učinit především s ohledem na to, že VZ OKA počítá s ukončováním provozu OKaplikací tak, jak je popsáno výše v bodě 65 této analýzy. Primárním smyslem a účelem VZ OKA je totiž udržení OKaplikací v provozu do doby, než budou moci být nahrazeny jinými IS, které budou zajišťovat výkon agendy MPSV v předmětných oblastech. Veřejné zakázky potřebné k realizaci Varianty 3 je tak možné zadat bez ohledu na stav VZ OKA. Naopak, VZ OKA bude potřebná až do doby vzniku všech potřebných agendových aplikací MPSV dle Varianty 3, tedy, tzv. „Mini-services“.

C.3 Uvedení obchodních názvů technických komponent

86. Dle § 89 odst. 5 ZZVZ platí, že:

„Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu na

a) určité dodavatele nebo výrobky, nebo

b) patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu.“

87. Z § 89 odst. 5 ZZVZ tedy vyplývá zákaz uvádění přímých nebo nepřímých odkazů na konkrétní výrobky, resp. produkty, prostřednictvím uvedení obchodní značky nebo konkrétního typu výrobku (dále jen „**příznačné označení**“). Ustanovení § 89 odst. 5 ZZVZ konkretizuje § 36 odst. 1, dle kterého platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům přímo či nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu, nebo naopak vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Pro úplnost je možné uvést, že použití příznačných označení je dle znění § 89 odst. 5 ZZVZ zakázáno pouze tehdy, pokud by bezdůvodně zvýhodňovalo nebo znevýhodňovalo určité dodavatele nebo výrobky. **Máme za to, že v řešeném případě je zvýhodnění konkrétního výrobku (konkrétních technických komponent) zřejmé, přičemž se zákaz dle § 89 odst. 5 ZZVZ uplatní.**
88. Z uvedeného zákazu jsou v rámci ZZVZ nicméně upraveny **dvě výjimky**.
89. **První výjimka** je obsažena v samotném § 89 ZZVZ a spočívá v tom, že příznačné označení je možné v zadávacích podmínkách uvést za situace, **kdy je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky**. V této souvislosti uvádíme, že odůvodnění předmětem veřejné zakázky by mělo nabývat takové intenzity, že **na trhu neexistuje žádná jiná technická komponenta, která by splňovala podstatné a odůvodněné potřeby MPSV**. Za situace, kdy například na trhu existuje alternativa k poptávané technické komponentě, ale tato alternativa nesplňuje jen některý z nepodstatných požadavků MPSV, nebylo by možné příznačné označení v zadávací dokumentaci uvést. Doplňujeme, že totožné závěry se uplatní pro situaci, pokud MPSV identifikuje nikoli jednu, ale například dvě alternativní technické komponenty, přičemž žádné další nemohou z objektivních důvodů naplnit podstatné a odůvodněné potřeby MPSV.
90. Důkazní břemeno nese, jako ve všech případech, které omezují hospodářskou soutěž, zadavatel. Z tohoto důvodu je nutné, aby MPSV při využití této výjimky mělo **jednoznačně technicky odůvodněno následující**:
- a) **na trhu neexistuje alternativní technická komponenta**
 - b) **požadavky odůvodňující použití příznačného označení nejsou samoučelné a jsou odůvodněné podstatnými a odůvodněnými potřebami MPSV.**
91. V případě využití první výjimky zadavatel nemusí s ohledem na povahu věci umožňovat účastníkům, aby nabízeli rovnocenné technické komponenty.

92. **Druhá výjimka** je pak obsažena v § 89 odst. 6 ZZVZ. Dle tohoto ustanovení platí následující:
„[Příznačné označení] může zadavatel použít, pokud stanovení technických podmínek podle odstavce 1 nemůže být dostatečně přesné nebo srozumitelné. U každého takového [příznačného označení] zadavatel uvede možnost nabídnout rovnocenné řešení“.
93. Ustanovení § 89 odst. 6 ZZVZ tedy obsahuje výjimku ze zákazu uvádění příznačných označení v důsledku nemožnosti dostatečně přesného či srozumitelného stanovení technických podmínek obecným odkazem. V takovém případě je povoleno použít označení konkrétního výrobku či výrobce, jež doplní a ozřejmí požadavky zadavatele.
94. Máme za to, že v případě poptávání konkrétních technických komponent v rámci Varianty 3 nepůjde o případ, kdy by nebylo možné uvést dostatečně přesné a srozumitelné stanovení technických podmínek obecným odkazem. Identifikovaný záměr pro realizaci Varianty 3 totiž chápeme tak, že jde přímo o konkrétní technické komponenty, jejichž poptání je nezbytné, a příznačné označení by bylo v zadávacích řízeních uvedeno s ohledem na to, že je požadavek na konkrétní technickou komponentu odůvodněn tím, že pouze taková technická komponenta je schopná naplnit podstatné a odůvodněné požadavky MPSV.
95. Pokud by však měla být příznačná označení technických komponent uváděna pouze s ohledem na nemožnost požadavky MPSV specifikovat obecným vymezením, je třeba upozornit na povinnost umožnit účastníkům, aby nabízeli rovnocenné technické komponenty. **Takovou možnost je dle § 89 odst. 6 ZZVZ potřeba uvést u každého příznačného označení.** Ač jde o formalitu, nedoporučujeme s ohledem na formalistickou rozhodovací praxi ÚOHS, aby byla tato možnost v zadávací dokumentaci uvedena pouze jednou bez návaznosti na konkrétní příznačné označení.
96. Zadání veřejných zakázek, jejichž předmětem má být zajištění technických komponent, které mají být zadány v rámci realizace Varianty 3, je třeba provést v souladu s následujícími pravidly. MPSV by se nemělo dopustit toho, aby do jedné veřejné zakázky zahrnulo plnění, která spolu dohromady netvoří jeden předmět plnění. Tímto způsobem by se mohl dopustit diskriminace dodavatelů, kteří se v souladu s běžnými postupy na relevantním trhu soustředí pouze na dodávky konkrétního druhu technické komponenty. Zároveň by se však MPSV nemělo dopustit nedovoleného rozdělení předmětu veřejné zakázky. **Ve smyslu výše nastíněných limitů by MPSV mělo provést úvahu, jakým způsobem je nastaven relevantní trh. Nastavení relevantního trhu by mělo odpovídat rozvržení technologií do příslušných zadávacích řízení.**
97. Podle našeho vnímání popisu technických komponent tak, jak byl ilustrativně nastíněn v rámci popisu Varianty 3 (konkrétně kapitoly 8.3.13 *Případné technologické komponenty* Analýzy JISPSV vyhotovené ze strany Ernst & Young, s.r.o.), se jedná o samostatné produkty, které by bylo možno zadávat v samostatných zadávacích řízeních podle druhu příslušné technické komponenty. Tato zadávací řízení by pak mohla být zadávána v režimu odpovídajícím jejich předpokládané hodnotě (nadlimitní/podlimitní/veřejná zakázka malého rozsahu). V této

souvislosti je však třeba upozornit na možný restriktivní výklad ÚOHS, který by mohl tvrdit, že všechny technické komponenty tvoří ve smyslu ZZVZ jeden druh plnění. Takový postup by mohl být rizikový zvláště v případě, kdy by předpokládaná hodnota jednotlivých zakázek odpovídala jinému režimu veřejné zakázky než předpokládaná hodnota veškerých technických komponent dohromady.

98. Dle § 35 ZZVZ platí, že zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na více částí, pokud tím neobejde povinnosti stanovené tímto zákonem. Pokud zadavatel zadává více částí veřejné zakázky v jednom zadávacím řízení, vymezí rozsah těchto částí a stanoví pravidla pro účast dodavatele v jednotlivých částech a pro zadání těchto částí. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky se stanoví podle součtu předpokládaných hodnot všech těchto částí bez ohledu na to, zda je veřejná zakázka zadávána v jednom nebo více zadávacích řízeních. Dle § 18 odst. 3 ZZVZ pak platí, že **jednotlivá část veřejné zakázky může být zadávána postupy odpovídajícími předpokládané hodnotě této části v případě, že celková předpokládaná hodnota všech takto zadávaných částí veřejné zakázky nepřesáhne 20 % souhrnné předpokládané hodnoty a že předpokládaná hodnota jednotlivé části veřejné zakázky je v případě dodávek nižší než částka 2.087.000 Kč.**
99. **Za bezpečné a praktické řešení tedy považujeme zahájení jednoho zadávacího řízení rozděleného na části podle § 35 ZZVZ.** Podle § 101 ZZVZ postupuje zadavatel při výběru dodavatele v každé části odděleně. V oznámení o zahájení zadávacího řízení je však potřeba stanovit, zda dodavatel může podat nabídku na jednu, několik nebo na všechny části veřejné zakázky. Omezování počtu částí, na které může jeden dodavatel podat nabídku, bychom nedoporučovali už s ohledem na to, že tak MPSV může přijít o nejvýhodnější ceny. Dále je možné doplnit, že toto omezení je spíše vhodné u dlouhodobějších plnění s tím, že tím zadavatelé dosahují „rozprostření“ finančních prostředků mezi vícero dodavatelů.

C.4 Manažerské shrnutí k Variantě 3

100. **V případě postupu dle Varianty 3 bude potřeba zrušit nebo marným uplynutím zadávací lhůty ukončit VZ IS DAV II.**
101. **MPSV se v této souvislosti nemůže dopustit přestupku a ÚOHS nebude oprávněn uložit pokutu.**
102. **V obou případech však hrozí to, že bude MPSV povinno v případě nárokování hradit účastníkům VZ IS DAV II škodu spočívající v účelně vynaložených nákladech spojených s jejich účastí ve VZ IS DAV II. V případě ukončení VZ IS DAV II marným uplynutím zadávací lhůty budou mít účastníci VZ IS DAV II snazší cestu k náhradě škody.**
103. **V případě zrušení VZ IS DAV II úkonem MPSV hrozí, že ÚOHS rozhodne o tom, že MPSV zrušilo VZ IS DAV II v rozporu se ZZVZ. V takovém případě by se MPSV muselo o dalším postupu v rámci VZ IS DAV II rozhodovat podle aktuálních okolností v době tohoto rozhodování.**

Pokud bude v mezidobí MPSV činit kroky k realizaci Varianty 3, budou se důvody ke zrušení VZ IS DAV II zesilovat.

104. Další kroky MPSV směřující k realizaci Varianty 3 nelze podle našeho názoru považovat za plnění obdobné k plnění VZ IS DAV II. Z tohoto pohledu není MPSV při zadávání předmětných zakázek pro realizaci Varianty 3 vázáno omezením dle § 51 odst. 4 ZZVZ a nemusí čekat na ukončení VZ IS DAV II.
105. VZ OKA rovněž nestojí v cestě realizaci Varianty 3, naopak, plnění dle VZOKA bude potřebné až do doby vzniku všech potřebných agendových aplikací MPSV dle Varianty 3, tedy, tzv. „Mini-services“.
106. Příznačná označení technických komponent je možno v zadávacích podmínkách uvést pouze v případě, že je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nebo v případě, že MPSV nebude schopno požadavky na technické komponenty stanovit obecným způsobem. Ve druhém jmenovaném případě bude MPSV povinno u každého příznačného označení umožnit nabídnutí rovnocenného řešení.
107. Při zadávání veřejných zakázek na technické komponenty doporučujeme zahájit jedno zadávací řízení rozdělené na části, přičemž režim zakázky doporučujeme určit podle celkové předpokládané hodnoty.
108. Co do zajištění potřebných kapacit Služeb specialistů pro realizovatelnost Varianty 3, lze uvést, že s ohledem na relativně široké vymezení předmětu plnění těchto jednotlivých veřejných zakázek, jejich značně vysokou předpokládanou hodnotu a tím velký objem činnosti, kterou lze na jejich základě realizovat, jakož i zejména vzhledem ke skutečnosti, že každá z těchto zakázek směřuje k uzavření rámcové dohody s několika dodavateli, se domníváme, že tato sada veřejných zakázek vytváří dobré předpoklady pro realizovatelnost Varianty 3. Toto nastavení zároveň vytváří prostor pro uplatnění široké palety dodavatelů, což zároveň lze jednoznačně chápat jako prosoutěžní a žádoucí nastavení.
109. Celkově lze shrnout, že Variantu 3 považujeme z hlediska zakázkového za dobře realizovatelnou, která významně eliminuje právní či jiná realizační rizika identifikovaná v rámci Varianty 1 a Varianty 2. Ani případný dílčí neúspěch v jedné z několika zakázek potřebných pro naplnění Varianty 3 by nemusel mít (zejm. kvůli atomizaci kroků k naplnění této varianty) fatální dopad, na rozdíl od Varianty 1 a Varianty 2.

Část III. Východiska a podmínky zpracování

1. Tato právní analýza vychází z informací poskytnutých klientem a vyjadřujeme se v ní výhradně ke konkrétnímu zadání v konkrétní věci.
2. Závěry vyplývající z právní analýzy se opírají o platnou právní úpravu k datu uvedenému výše v této právní analýze.
3. Tato právní analýza je zpracována s výhradou uplatnění jejích závěrů výlučně v České republice.

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.