

Vendor lock-in ve veřejných zakázkách v oblasti dopravní telematiky

JUDr. Martin Flaškár, advokát, ROWAN LEGAL

Workshop SDT, 8. 4. 2019, Plzeň

Obsah



- Základy problematiky závislosti na jediném dodavateli z právního pohledu
- Nástroje a instituty vhodné k eliminaci rizika závislosti na jediném dodavateli dle ZZVZ
- Vhodné nastavení smluvních podmínek
- Poučení z praxe

Základy problematiky závislosti na jediném dodavateli z právního pohledu

Vendor lock-in



- ▶ Stav faktické a právní závislosti odběratele na jediném dodavateli
- ▶ Nejčastější příčiny ve veřejném sektoru:
 - Chybné, nevhodné nebo nedostatečné ošetření licenčních podmínek nebo jiných podstatných podmínek plnění
 - Absence dokumentace k autorskému dílu
 - Setrvačnost a „pohodlnost“ zadavatelů, tendence k opakování stejné chyby
 - Nedostatek času

Vendor lock-in - důsledky



- Nutnost zadat v JŘBU z technických důvodů nebo z důvodů ochrany výhradních práv (§ 63 odst. 3 písm. b), c) ZZVZ)
- Vysoké riziko postihu ze strany ÚOHS
- Obecně přijímaný právní názor:
 - „Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“
(rozsudek NSS č.j. 5 Afs 42/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013)

Vhodné nástroje a instituty dle ZZVZ

Jednací řízení s uveřejněním (JŘSU)



- Specifické tím, že zadavatel v jedné z fází jedná s dodavateli o jejich předběžných nabídkách a parametrech nabídky
- Lze použít vždy v případě sektorových zakázek, nebo také za splnění zákonných předpokladů, kdy:
 - Potřeby zadavatele nelze uspokojit bez úpravy na trhu dostupných řešení; nebo
 - Součástí plnění VZ je návrh řešení nebo inovativní řešení; nebo
 - Veřejná zakázka nemůže být zadána bez předchozího jednání z důvodu zvláštních okolností; nebo
 - Nelze stanovit technické podmínky odkazem na technické dokumenty.

Řízení se soutěžním dialogem (ŘSSD)



- Lze jej použít za stejných předpokladů jako JŘSU
- Specifika:
 - Zadavatel nemá představu o tom, jaká existují vhodná řešení a uchazeči teprve přicházejí s možným řešením;
 - Zadavatel smí jednat i po podání nabídek, avšak pouze s vybraným dodavatelem;
 - Velká časová náročnost;

Řízení o inovačním partnerství (ŘOIP)



- Lze jej použít, pokud nelze uplatnit dostupná řešení, a potřebu zadavatele nelze uspokojit bez inovativního řešení
 - Cílem je výzkum, vývoj a realizace předmětu inovačního partnerství;
 - Rozděleno na zadávací fázi a fázi inovačního partnerství.

- Specifika:
 - Ukončeno uzavřením smlouvy o inovačním partnerství;
 - V zadávací dokumentaci je nutné vymezit i fázi inovačního partnerství (tj. fázi po uzavření smlouvy).

Předběžné tržní konzultace



- Zadavatel je oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž
- Vedou se zpravidla písemně (aby bylo možné doložit jejich průběh)
 - Zahrnuje i zvukové nahrávky, nebo zápis z jednání.

Nastavení hodnocení



- Základní kritérium vždy ekonomická výhodnost nabídky
 - Ne vždy je ideální hodnotit pouze nabídkovou cenu (u ŘSSD a ŘOIP to ZZVZ výslovně zakazuje);
 - Eliminaci vendor lock-inu napomáhá i hodnocení technické úrovně či inovačních aspektů.

- Stanovení subjektivních kritérií
 - Nakolik je řešení otevřené dalšímu rozvoji zadavatelem nebo jím pověřenou třetí stranou;
 - Nakolik je možné navrhované řešení integrovat s jinými a jak složité to je;
 - Kvůli ÚOHS je vhodné pokusit se subjektivní kritéria objektivizovat.

Smluvní podmínky

Licenční podmínky



- **Nastavení licenčních oprávnění v co možná nejširším rozsahu**
 - Neomezený množství a územní rozsah nezbytný pro potřeby zadavatele;
 - Neomezené oprávnění do autorského díla zasahovat, modifikovat, zpracovávat do databází atd.;
 - Možnost udělování podlicencí;
- **Jasně vymezení podmínek užití proprietárního SW**
- **Důsledně řešená otázka vlastnictví dat**

Zdrojový kód a dokumentace



- Vždy trvat na předávání zdrojových kódů všech aplikací zadavateli (s výjimkou proprietárního SW)
- Zakotvit povinnost dodavatele poskytnout podrobnou a úplnou dokumentaci ke zdrojovým kódům

Exit



- Závazek poskytovatele poskytnout veškerou potřebnou součinnost v souvislosti s převáděním poskytování služeb na nového poskytovatele
- Zadat poskytovateli povinnost vytvořit exitový plán pro účely jasného a přehledného převedení služeb



Poučení z praxe

Typický případ



- Zadavatel dostatečně stanovil funkční požadavky na IT řešení, ale nedostatečně nastavil právní podmínky
- Důsledky
 - Zadavatel neměl k dispozici zdrojové kódy;
 - Nejasný vlastnický režim samotného systému a všech dat v něm obsažených;
 - Nedostatečná licenční oprávnění zadavatele k systému (zadavatel nemyslel na budoucnost a na to, že se s dodavatelem mohou podstatně zhoršit vztahy);
 - Vznik situace, kdy byl zadavatel zcela závislý na vůli stávajícího dodavatele dál provozovat systém;
 - Neexistovala alternativa – žádný jiný dodavatel neměl dostatek informací a oprávnění k tomu převzít provoz systému
 - Zadavatel byl nucen další podporu systému zadat v JŘBU;
 - Vše skončilo významným finančním postihem ze strany ÚOHS a vleklými soudními spory s původním dodavatelem.

Typický případ



- Řešením byla až nákladná a časově náročná náhrada IT řešení jiným od jiného dodavatele
- Prolomení vendor lock-inu až vyřazením původního systému a implementací nového řešení
- Zadavatel má aktuálně kvalitní smluvní dokumentaci řešící klíčové věci
 - Licence k užití i změnám či zásahům do autorského díla vč. možnosti sdílet či jinak zpřístupňovat zdrojové kódy třetím subjektům
 - Ošetřená otázka předávání a aktualizace zdrojových kódů a dokumentace systému
 - Předem jasně stanovené podmínky pro exitovou součinnost aktuálního poskytovatele

Shrnutí



- ▶ Vendor lock-inu se dá nejúčinněji zabránit ve fázi přípravy zadávacích podmínek a smluvní dokumentace
- ▶ Řešení již existujícího vendor lock-inu v průběhu účinnosti smlouvy je obvykle časově a finančně velmi náročné; někdy i zcela neúspěšné

Děkuji za pozornost



JUDr. Martin Flaškár

ROWAN LEGAL

flaskar@rowanlegal.com

+420 602 161 756