

Vendor Lock-In v zmluvách na dodávku IT súčasná rozhodovacia prax ÚVO a súdov

JUDr. Milan Žoldoš



8. marca 2023

Definícia

Obmedzenia užívateľa/objednávateľa/kupujúceho
Umelá závislosť verejného obstarávateľa na jedinom dodávateľovi
– kedy je daná, kedy nie

Prirodzenosť/protiprávnosť závislosti závisí od miery tejto
závislosti a následkov jej ukončenia
Stav exkluzivity nie je možné úplne vylúčiť

„Prevod“ majetkových práv z dodávateľa na objednávateľa –
kritický bod

Duševné vlastníctvo

Vendor Lock-In

Rokovacie konanie bez zverejnenia

Krabicové riešenie vs. dielo na mieru

Výsledok vs. riešenie

Typy VLI

právny

dátový

personálny (znalostný)

technologický

Vendor Lock-In a čo s ním

„Starý“ VLI

Prevencia vzniku VLI do budúcnosti

Existujúci VLI (staré zmluvy) – prelomenie VLI

Existujúci dodávateľ spolupracuje

Striktné a preukázateľné vylúčenie pochybností o účasti existujúceho dodávateľa na príprave novej súťaže, v akejkoľvek fáze alebo časti

Existujúci VLI (staré zmluvy) - prelomenie VLI

Existujúci dodávateľ **nespolupracuje**

Dožitie pôvodného SW riešenia,
bez predlžovania

Každý SW má svoju životnosť

Obstaranie nového riešenia

Existujúci VLI (staré zmluvy) - prelomenie VLI

predlžovať VLI (dodatky/nová zmluva) alebo zvážiť obstaranie
nového a komplexného riešenia

je nové riešenie vždy dostupné? (náklady/časové hľadisko)
spolupráca existujúceho dodávateľa - kritický moment

Prelomenie VLI

I) využitie existujúcej zmluvy

2) nová zákazka

3) rokovacie konanie bez zverejnenia

Rozhodovacia prax ÚVO/správne súdnictvo

Koncepcia nákupu IT
Dodatok v trvaní najviac 3 rokov

Nevyhnutnou súčasťou takehoto postupu je súčasné vysporiadanie výhradných práv k ISVS, vrátane práv k dokumentácii a softvérom, použitím príslušného znenia licenčných dojednaní

Vrchní soud v Olomouci
v konaní č. 2 A 3/2002-75

„Pokud zadavatel takový stav exkluzivity sám zaviní, nemůže následně rozvíjet systém zadáním zakázky původnímu dodavateli pomocí jednacího řízení bez zveřejnění s poukazem na to, že z technických či právních důvodů to nikdo jiný dělat nemůže.“

V zmysle Rozhodnutia ÚVO č. 43I6-6000/20I9-OD/3

by mal verejný obstarávateľ najskôr z objektívneho hľadiska vyhodnotiť skutočnosti za ktorých „vendor lock-in“ vznikol, predtým ako by pristúpil k tak „drastickému“ kroku, ktorý môže v určitých prípadoch znamenať navýšenie nákladov v stovkách tisícov až miliónoch eur.

*Situáciu výlučnosti, resp. neexistencia hospodárskej súťaže **nie je výsledkom umelého zúženia parametrov** tohto verejného obstarávania a ani procesom verejného obstarávania, ktorý predchádzal vytvoreniu AIS DP. **Situácia výlučnosti vznikla v dôsledku existencie vyššie špecifikovaných objektívnych technických dôvodov**, pre ktoré **neexistuje žiadne primerané alternatívne, resp. náhradné riešenie**, ktorým by bolo možné zabezpečiť rovnaký, resp. podobný výsledok inou službou prostredníctvom iného hospodárskeho subjektu tak, aby nevznikli neprimerané ťažkosti a boli zabezpečené všetky požiadavky kladené na AIS DP. Uvedené skutočnosti potvrdzujú, že pri zadávaní tejto zákazky nebolo možné použiť niektorý z otvorených postupov upravených v zákone.“*

Znalecký posudok zabezpečený ÚVO

Český Nejvyšší správní soud
v konaní č. 5 Afs 42/20I2-64

Predvídateľnosť budúcich plnení

Potreba nových plnení mimo dispozičnej sféry obstarávateľa

Premenlivosť úloh obstarávateľa

„Ne každé spôsobení vendor lock-in efektu zadavateľom je považované za zavinené, niekedy je považované iba za „nešikovné“ s tým, že ďalší rozvoj systému pomocou jedného riadenia bez uverejnenia je v takom prípade prípustný.

Toto nastáva v prípadoch, keď šlo o ťažké plnenie, zadavateľ nemohol na začiatku predpovedať potrebu rozvoja systému (v konkrétnej rovine, obecná mlhavá predstava o budúcom rozvoji zrejme nie je na závažnosť), ...

a potreba rozvoja systému následne nastala na základe objektívnych okolností nezávislých na zadavateľovi (promenlivosť úloh zadavateľa, manažerské rozhodnutia nadriadených orgánov, zmena legislatívy)...“

rozsudek Krajského soudu v Brně
č.j. 30 Af 30/2019-II5 ze dne 18.2.2021

Formálna podmienka

existencia typicky autorskoprávneho obmedzenia v zmluve

Materiálna podmienka

*obstarávateľ nemohol v okamžiku obstarávania pôvodnej verejnej
zákazky na informačný systém predvídať budúcu potrebu zmeny,
ktorá musí byť vyvolaná objektívnou zmenou okolností*

Princíp 3E

hospodárnosť, účelnosť, efektívnosť

*...další možnost, jak zadat veřejnou zakázku, jejímž předmětem je úprava informačního systému v **jednacím řízení bez uveřejnění** v souladu se ZZVZ, a to na základě zohlednění principů 3E. Krajský soud v Brně konstatoval, že **nenaplnění materiální podmínky** (nikoliv formální!) **může být vyváženo ekonomickou výhodností zvoleného řešení** spočívajícího v zadání navazující veřejné zakázky v **jednacím řízení bez uveřejnění** namísto poptávání zcela nového plnění tzv. na zelené louce, neboť i ekonomičnost odpovídá cílům ZZVZ. Aby však s touto argumentací zadavatel u ÚOHS či správních soudů měl šanci uspět, musí nutně předložit **kvalifikovanou a přezkoumatelnou ekonomickou analýzu**, která bude (dlouhodobou) ekonomickou výhodnost zadání úpravy stávajícího plnění v **jednacím řízení bez uveřejnění** potvrzovat; v případě této argumentace **se splnění důkazní povinnosti zadavatele uplatní o to přísněji**.*

Rozsudok Nejvyššího správního soudu
zo dňa 15. 2. 2018, sp. zn. 5 As 26/2017

Podmienka zákazu migrácie dát nie je sama o sebe
diskriminačnou, a to ani vo forme skrytej diskriminácie
(nevyhnutnosť individuálneho posúdenia prípadu)

Podle zdejšího soudu ovšem nelze objektivně očekávat, že žalobce v roce 2004 (kdy měl začít užívat systém elektronické spisové služby) mohl předpokládat, jakým způsobem bude o mnoho let později rozšiřovat a vylepšovat funkcionality systému, na které mu byla schválena dotace. Proto nelze učinit závěr, že žalobce měl již v té době vynakládat další finanční prostředky a poptat produkt způsobem, který by mu teprve v nyní projednávané zakázce umožňoval absolutní nezávislost na společnosti SoftHouse a s tím související možnost migrace a úpravy zdrojových dat bez dalších nákladů.

*Nejvyšší správní soud v žádném případě **nečiní** paušální **závěr**, že v případě upgradu určitého systému je vždy v souladu se zákonem, pokud jsou uchazeči o veřejnou zakázku nuceni počítat se subdodávkami či licencí na stávající system*

Úrad pro ochranu hospodářské soutěže
sp. zn. ÚOHS-04205/2020/322/PJe
zo 6. februára 2020

**Vo svojom rozhodnutí uviedol, že odovzdanie zdrojového kódu
nepredstavuje diskriminačnú podmienku verejnej súťaže**

"Lze shrnout, že oprávněné získání zdrojových kódů počítačového programu a práva do programu zasahovat je elementárním předpokladem k tomu, aby úpravu, rozvoj či zásah do počítačového programu bylo vůbec možno s pomocí nově vybraného dodavatele uskutečnit.

*Ze všeho výše uvedeného lze uzavřít, že výhrada předání zdrojových kódů je ve zdejší situaci přiměřená svému účelu, neboť sleduje legitimní cíl, dále že je možno skrze ni tohoto cíle dosáhnout a že **namítané alternativní metody řešení nemají stejný efekt**. Skutečnost, že zadavatel požaduje něco, na co dle tvrzení navrhovatele není velká část dodavatelů na relevantním trhu ochotna přistoupit, sama o sobě zásadně nemůže být důvodem k závěru, že zadavatel jedná diskriminačně."*

Vylúčenie VLI do budúcnosti

záväzok nového/staronového dodávateľa poskytovať spoluprácu
ďalším dodávateľom

záväzok poskytnúť kompletnú dokumentáciu a zdrojový kód

myslieť na vylúčenie VLI na začiatku obstarávania

nastavenie zmluvných podmienok, úprava práv duševného
vlastníctva

§ I5 ods. 2 písm. d) zákona č. 95/2019 Z.z. o informačných
technológiách vo verejnej správe

*„správca je povinný vo fáze prípravy a obstarania projektu
akceptovať také zmluvné podmienky, podľa ktorých:*

*je jediným a výhradným disponentom so všetkými informáciami
zhromaždenými alebo získanými počas projektu a prevádzky
projektom vytvoreného riešenia vrátane jeho zmien a servisu a*

*pri zmene dodávateľa pôvodný dodávateľ poskytne správcovi úplnú
súčinnosť pri prechode na nového dodávateľa, najmä v oblasti
architektúry a integrácie informačných systémov.“*

Koncepcia nákupu IT

Konkurencia ZVO a Koncepcie

Rada ÚVO: I4365-9000/20I9

*Rada konštatuje, že koncepcia nie je právne záväzný akt, nemá právnu silu zákona, a teda **nerozširuje podmienky na použitie priameho rokovacieho konania ustanovené v zákone o verejnom obstarávaní.***

Verejní obstarávatelia sú teda povinní preukázať splnenie podmienky na použitie priameho rokovacieho konania ustanovenej v zákone o verejnom obstarávaní, a nie sa odvolávať na koncepciu, ktorá nemá žiadne právne účinky

Metodické usmernenie MIRRI

k aplikácii základných princípov pri realizácii projektov IT
financovaných z verejných zdrojov a zdrojov EÚ č.

0094I7/202I/oSBAA-I

zo dňa 3I. marca 202I

Princíp č.2

Prenos duševného vlastníctva a dôsledné zabezpečenie prevencie
"vendor lock-in", vrátane maximálneho zníženia závislosti od
dodávateľa/dodávateľov

dosiahnuť taký stav (právny, faktický a technický), v ktorom
objednávateľ bude disponovať **všetkými a akýmikoľvek právami** k
dodávanému dielu (v súlade s ustanoveniami autorského zákona)

Exit stratégia

Stanovenie formalizovaného procesu, ktorá na konci života určitého systému určí, akým spôsobom systému previesť, zlikvidovať, preniesť dáta alebo ich poskytnúť obstarávateľovi

Úspešná pri zákazkách na mieru, výhradná licencia, poskytnutie zdrojového kódu

Priestor pre Vaše otázky...

Ďakujem za pozornosť

mzoldos@bch.sk