Vendor lock-in – únik a předcházení

metodika

pracovní skupina „Veřejné zakázky v ICT“

Asociace pro veřejné zakázky, z.s.

1 Obsah

1 Obsah 2
2 Slovník důležitých pojmů a zkratek 3
3 Definice, příčiny, důsledky 6
3.1 Definice vendor lock-in (VLI) 6
3.2 Důsledky VLI pro zadávání souvisejících VZ 6
3.3 Základní důvody vzniku VLI: 6
3.4 Příčiny VLI 7
3.4.1 Nevhodný stávající stav 7
3.4.1.1 Právní příčiny VLI 7
3.4.1.2 Technické příčiny VLI 8
3.4.2 Nová potřeba jako iniciátor identifikace VLI 9
3.5 Výrobce vs. dodavatel 9
4 Únik z VLI a předcházení VLI 10
4.1 Rozcestník 10
4.2 Způsoby řešení úniku z VLI 10
4.3 Předcházení VLI 10
4.4 Technické nástroje pro únik z VLI 12
4.5 Legislativní nástroje ZZVZ umožňující rozhodování ve VLI 13
4.5.1 Volba vhodného druhu zadávacího řízení 13
4.5.2 Limity využití VLI JŘBU z pohledu aktuální výkladové praxe a soudní judikatury 15
4.5.3 Veřejná zakázka malého rozsahu (VZMR) 16
4.5.4 Využití stávající smlouvy, změna závazku ze smlouvy (§ 100, § 222 ZZVZ) 16
4.5.5 Realizace předběžných tržních konzultací (PTK) 17
4.5.6 Právní vymezení obligátní poddodávky 17
4.5.7 Obchodní podmínky 18
4.5.8 Sektorové VZ 19
4.6 VLI jako výhoda 19
5 Seznam příloh 20

2 Slovník důležitých pojmů a zkratek

API (Application Programming Interface) – rozhraní[1] SW/IS, jedná se o prostředky pro ovládání SW/IS na programové úrovni, tj. bez zásahu uživatele. Principem fungování API je výměna dat, spojená s komunikačním procesem, např. pokud chce vývojář aplikace X z této aplikace provést činnost v aplikaci Y (knihovně) s předáním dat ze své aplikace, může k tomu využít API aplikace Y, tj. "zavolat" příslušnou proceduru. API umožňuje propojení více SW/IS bez nutnosti integrovat zdrojové kódy.

Autorský zákon (AZ) – zákon č. 121/2000 Sb. o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

Copyleft – označuje typově okruh různých licenčních ujednání, směřujících k zajištění setrvání statutu použitého SW jako svobodného i při zapracování do většího celku. Copyleftová licence může být formulována často i tak, že "infikuje" celek, do kterého je dílo takto licencované zapracováno a výsledný celek pak musí být šířen jako svobodný SW.

Copyright – tzv. copyright law, viz autorské právo, autorský zákon.

Datový formát – formát souboru, označuje standard, na základě kterého jsou elektronická data uložena do počítačového souboru. Formáty mají své názvy a obvykle jim odpovídá přípona souboru – např. .xlsx, .xml apod. Každý SW/IS má zpravidla svůj datový formát, či několik datových formátů, se kterými pracuje a je s nimi kompatibilní.

Data – údaje, zaznamenané v digitální (číselné) podobě určené k počítačovému zpracování. Data (např. číslo, text, obrázek, zvuk) jsou zapsána (kódována) v podobě posloupností čísel (bajtů) a uložena.

Databáze – systém datových souborů s pevnou strukturou záznamů. Tyto soubory jsou mezi sebou navzájem propojeny pomocí klíčů. V širším smyslu jsou součástí databáze i SW, které umožňují manipulaci s uloženými daty a přístup k nim.

Dodavatel – podnikatel, smluvní partner zadavatele v závislosti na konkrétní situaci a modelu spolupráce. Dodavatelem může být výrobce, distributor, partner, nebo obchodník v obecném smyslu.

EULA – End-User License Agreement jako dokument definující licenční oprávnění a omezení k SW.

Exit plán – praktická část exit strategie, které je vtělena do smlouvy s dodavatelem a definuje konkrétní opatření při ukončení smluvního vztahu a přechodu k novému dodavateli (včetně migrace dat a součinnosti poskytované novému dodavateli dodavatelem původním), popř. správu SW/IS vlastními kapacitami zadavatele.

Exit strategie – strategický dokument zadavatele, obsahující postupy pro zmírnění rizik při ukončení smluvního vztahu s externím dodavatelem (outsourcingu), řešící např. dopady částečného nebo úplného ukončení outsourcingu, přechod outsourcovaných SW/IS k alternativnímu poskytovateli, anebo zpět na lokální pracoviště zadavatele.

Funkcionalita – souhrn funkcí SW/IS, kterými se tento prezentuje uživateli navenek, a těch, které jsou nutné k fungování SW/IS jako takového. Někdy též „funkčnost".

Hospodářská soutěž – soupeření podnikatelů na trhu. Podnikatelé ve snaze o vyšší zisk soupeří se svými konkurenty o zákazníka. Snaží se proto o větší efektivitu, aby mohli nabízet své výrobky či služby za nižší ceny nebo ve vyšší kvalitě.

ICT – informační a komunikační technologie.

IdM (Identity management) – SW nebo IS, který zajišťuje centralizovanou správu identit v jiných SW/IS organizace. Zpravidla se jedná o řešení, které "zastřešuje" větší množství jiných systémů a je s nimi integrováno.

Informační systém (IS) – systém (v tomto kontextu ve smyslu SW) pro zpracování komplexnějších procesů. IS má svoji databázi, pracuje se specifickými daty konkrétní organizace, a je založen na architektuře klient/server[2].

[1] https://en.wikipedia.org/wiki/API
[2] https://cs.wikipedia.org/wiki/Klient%E2%80%93server

Integrační platforma (IP) – IS nebo SW, který slouží k propojení jiných SW/IS, pro jejich vzájemnou komunikaci a výměnu dat. Ve veřejném sektoru bývá IP často řešena formou tzv. sběrnice Enterprise Service Bus[3] (ESB).

JŘBU – jednací řízení bez uveřejnění.

Konektor – funkcionalita SW/IS, určená pro přístup jiných SW/IS k datům v tomto SW/IS. Někdy též „datový konektor".

Licence – dle § 2358 a násl. OZ jde o oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví k poskytovanému SW.

Licence nevýhradní – oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví dle § 2361 OZ, podle něhož je dodavatel oprávněn k výkonu práva, ke kterému udělil nevýhradní licenci, jakož i poskytnout licenci třetí osobě.

Licence výhradní – oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví dle § 2360 odst. 1 OZ, podle něhož dodavatel nemá právo poskytnout tutéž licenci třetí osobě, ani nemůže vykonávat práva udělená licencí sám, pokud není ujednáno jinak.

LogM (Log management) – SW sloužící jako nástroj pro správu logů (žurnálů), které jiné SW/IS vytvářejí pro záznam informací o své činnosti a běhu. LogM je jedním z nástrojů ICT bezpečnosti.

Migrace dat – proces přenosu dat mezi dvěma SW/IS. Jde o kompletní přesun dat z jednoho SW/IS do druhého. Migrace dat může probíhat mezi různorodými datovými úložišti, formáty či ICT systémy.

Modul – logicky ohraničená komponenta SW/IS, funkcionalita či souhrn funkcionalit SW/IS, umožňující řešit určitý proces či vykonávat určitou agendu. Modul zpravidla funguje na bázi konkrétního řešení konkrétního dodavatele.

NDA – non-disclosure agreement, dohoda o mlčenlivosti, dle ustanovení § 1746 odst. 2 OZ.

Občanský zákoník (OZ) – zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Obligátní poddodávka – specifický druh poddodávky v rámci VZ, ve které vendor vystupuje jako unikátní poddodavatel, se kterým musí každý účastník ZŘ uzavřít poddodavatelskou smlouvu, aby byl teprve schopen sestavit, ocenit a podat svoji nabídku. Předmětem plnění obligátní poddodávky jsou zpravidla vývojové, programátorské nebo implementační práce na stávajícím SW/IS, vytvoření API, dodávka licence API, dodávka konektoru, dodávka nového samostatného modulu nebo jiné obdobné komodity, kterou je schopen dodat pouze vendor, případně migrace dat vendorem.

Open source SW – SW, který naplňuje definici vymezenou Free Software Foundation[4], resp. Open Source Initiative[5], s čímž je spojena podmínka svobody užívání, svobody šíření SW a svobody SW měnit, s čímž souvisí obecná dostupnost zdrojového kódu. Otevřenost zde znamená jak technickou dostupnost kódu, tak legální dostupnost, která je dána licencí tohoto SW, zpravidla GNU General Public License[6] (GNU GPL). Někdy též „svobodný software" nebo „free software".

Partnerská síť – síť dodavatelů, která prodává SW/IS či dílčí komponenty SW/IS konkrétního výrobce. Někdy též „partnerský program".

Platforma – SW nutný k činnosti většího množství jiných SW/IS nástrojů (např. operační systém), anebo HW nutný k činnosti většího množství SW, včetně SW platformy (např. servery, disková pole).

Proprietární software – komerčně běžně dostupný a prodávaný SW/IS, který nemá běžně dostupné zdrojové kódy a nelze do něj zasahovat, možnosti jeho využití jsou omezeny licencí (EULA nebo jiný obdobný typ), opak svobodného a open source SW.

Provozní dokumentace – dokumentace SW/IS, jeho vnitřní struktury, modulů a datových toků. Jde o dokumentaci SW z věcného a procesního hlediska, na rozdíl od dokumentace zdrojového kódu.

Předběžné tržní konzultace (PTK) – aktivita umožňujícím zadavateli, aby ještě ve fázi před zahájením ZŘ komunikoval s

[3] https://en.wikipedia.org/wiki/Enterprise_service_bus
[4] https://www.fsf.org/
[5] https://opensource.org/
[6] https://cs.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License

dodavateli, popř. odborníky ohledně otázek vztahujících se k zadávání VZ, popsaná v § 33 ZZVZ.

Překlenovací smlouva/překlenovací řešení – prostředky provizorního charakteru, kterými zadavatel řeší svou potřebu z části či po přechodnou dobu, přičemž se často jedná o hledání cesty z VLI s využitím různých institutů ZZVZ (např. § 18 odst. 3, § 19 odst. 1, § 51 odst. 4, § 63 odst. 5, § 222 ZZVZ).

Smlouva licenční – smluvní typ dle § 2358 a násl. OZ, na základě kterého je zadavateli poskytována licence k poskytovanému SW/IS ve sjednaném rozsahu; může se jednat o samostatnou smlouvu anebo součást jiné (zastřešující) smlouvy (licenční ujednání).

Smlouva o dílo – smluvní typ dle § 2586 a násl. OZ jako možný smluvní základ pro řešení vývoje či poskytnutí, customizace SW/IS v rámci VZ.

Smlouva o servisní, technické podpoře a rozvoji – inominátní (nepojmenovaná) smlouva uzavíraná dle § 1746 odst. 2 OZ, která je uzavírána za účelem pokrytí životního cyklu pořizovaného SW, a to jako samostatná smlouva nebo jako součást jiné (zastřešující) smlouvy. Někdy též "provozní smlouva". Tato smlouva může zahrnovat poskytování služeb různorodého charakteru, především poskytování záručního, mimozáručního a pozáručního servisu, maintenance, subscription, upgrade či update SW, sjednání úrovně SLA (Service Level Agreement), sjednání zajištěné míry dostupnosti řešení apod. Může se jednat o samostatnou smlouvu, anebo součást jiné (zastřešující) smlouvy. Obecně též „podpora".

Smlouva o vývoji SW – inominátní (nepojmenovaná) smlouva, uzavíraná dle § 1746 odst. 2 OZ jako alternativa ke smlouvě o dílo.

Software (SW) – programové vybavení.

Software Escrow – úschova zdrojových kódů SW/IS na základě trojstranné dohody mezi zadavatelem, dodavatelem SW/IS a escrow agentem jako nezávislou stranou. Při naplnění dohodnutých podmínek vzniká escrow agentovi povinnost k vydání zdrojových kódů zadavateli. Možná součást exit plánu s účelem pokračování v servisu a rozvoji SW/IS novým partnerem.

Struktura dat – konkrétní způsob organizace a uložení dat v SW/IS, který zajišťuje, aby mohla data být používána efektivně.

Účastník zadávacího řízení – dodavatel, specifikovaný v § 47 ZZVZ.

Veřejná zakázka (VZ) – postup definovaný v § 2 a § 14 ZZVZ.

Vendor – dodavatel, který dodává stávající VLI řešení.

Zadávací dokumentace (ZD) – dokument vymezený v § 28 odst. 1 písm. d) ZZVZ.

Zadávací podmínky (ZP) – veškeré zadavatelem stanovené podmínky, uvedené v zadávací dokumentaci nebo sdělené účastníkům při jednání. Zadávací podmínky zahrnují podmínky průběhu zadávacího řízení, podmínky kvalifikace, technické podmínky, obchodní a jiné smluvní podmínky, zvláštní podmínky plnění, pravidla pro hodnocení nabídek aj. Zadávací podmínky jsou podrobně definovány v § 28 odst. 1 písm. a), §36, § 37 a § 39 ZZVZ a ve vybraných dalších částech ZZVZ.

Zadávací řízení (ZŘ) – procesní postup zadavatele, směřující k zadání veřejné zakázky, jednotlivé druhy zadávacího řízení jsou uvedeny v § 3 ZZVZ a v rámci ZZVZ dále podrobně rozvedeny.

Zadavatel – osoba, vymezená dle § 4 ZZVZ.

Zákon o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ) – zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů – základní norma v oblasti zadávání veřejných zakázek.

Zdrojový kód – počítačový program, zapsaný v programovacím jazyce[7], základní funkční element SW/IS. Zdrojový kód je v počítači s pomocí překladače (assembler) přeložen do tzv. strojového kódu, a může být samostatné spuštěn (počítač mu "rozumí"). V této metodice je strojový kód subkategorií kódu zdrojového.

[77] https://en.wikipedia.org/wiki/Programming_language

3 Definice, příčiny, důsledky

3.1 Definice vendor lock-in (VLI)

V obecném slova smyslu pod termínem vendor lock-in chápeme určitou formu „proprietárního uzamčení“, kterým je zákazník z důvodů svého předchozího rozhodnutí či nedostatečně vyhrazených práv odkázán k využívání produktů nebo čerpání služeb konkrétního dodavatele. Ztrácí nebo má významně omezenou možnost učinit svou novou potřebu předmětem hospodářské soutěže, jelikož výrobce či stávající dodavatel („vendor“) vůči němu kvůli „uzamčenému“ vztahu ("lock-in") vystupuje v pozici monopolu. V oblasti VZ pak pod VLI chápeme situaci, která nastává zejména v oblasti ICT, resp. pořizování SW/IS, ve které vzhledem ke složitosti předmětného stávajícího SW/IS, nárokům na kompatibilitu a existujícím právům duševního vlastnictví, jakož i s ohledem na další specifika fungování tohoto odvětví, k tomuto jevu dochází poměrně často. Hospodářská soutěž je tedy omezena na stávajícího dodavatele SW/IS nebo na stávajícího výrobce technologie. VLI tedy nabývá důležitosti v oblasti zadávání VZ, a to v situaci, kdy zadavatel sám svým konáním stav VLI způsobil a posléze hodlá poptávat navazující rozvoj SW/IS na takto deformovaném trhu.

3.2 Důsledky VLI pro zadávání souvisejících VZ

V praxi bývá někdy VLI vykládán zúženě a ztotožňován se situací dle § 63 odst. 3 písm. b) nebo c) ZZVZ, tj. důvody pro použití JŘBU, kdy VZ může být splněna jen určitým dodavatelem, neboť:

b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo

c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví,

a tento stav způsobil sám zadavatel přechozím konáním. Pojem VLI však nelze interpretovat pouze takto úzce. Naopak pod VLI lze spatřovat celou řadu situací, kdy je hospodářská soutěž na podporu či rozvoj SW/IS nejen zcela vyloučena, ale i více či méně ztížena. Jinými slovy řečeno, VLI lze identifikovat i v jiných případech, kdy zadavatel nepostupuje v JŘBU, přesto je proprietárně uzamčen (tj. je závislý na určité technologii a jejích distributorech, potřeba kompatibility určitých segmentů SW/IS mu nedovoluje pořídit řešení jiného dodavatele) a je nucen v navazující „otevřené“ VZ na rozvoj či podporu SW/IS (dále rovněž „cílová akce“) používat takové postupy (viz dále v dokumentu jako „únik z VLI“, „předcházení VLI“), které by v běžné VZ, ve které riziko VLI není, nepoužil.
Obecně lze uvést, že v tomto širokém pojetí nemusí VLI vždy představovat „závadný stav“, naopak se mohou vyskytnout i situace, kdy je VLI výhodou (viz kapitola VLI jako výhoda), ale negativní aspekty převažují. Pokud by totiž zadavatel v zadávacích podmínkách budoucí VZ a priori nepoužil postupy úniku z VLI, anebo v zadávacích podmínkách VZ na „nový“ SW/IS nepoužil postupy předcházení VLI, pak by se v případě budoucí VZ dostaly její zadávací podmínky do nežádoucího stavu, který by odpovídal zmíněné situaci, definované § 63 odst. 3 písm. b) nebo c) ZZVZ, a současně by takto nastavené podmínky pro JŘBU s velkou pravděpodobností neobstály judikovaným výjimkám pro použití JŘBU ve stavu VLI (viz kapitola Limity využití JŘBU z pohledu aktuální výkladové praxe a soudní judikatury). V takovém případě by se zadavatel vystavoval vysokému riziku spáchání přestupku dle § 268 ZZVZ, aneb riziku nevyplacení dotace či porušení rozpočtové kázně ze strany dotačního orgánu dle § 14e a § 44a zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech.

3.3 Základní důvody vzniku VLI:

Jak upozorňují různí autoři, důvody VLI jsou nejčastěji představovány

- omezením způsobeným existencí práv duševního vlastnictví,
- technologickou závislostí zadavatele na dodavateli,
- inkompatibilitou pořízeného a na něj navazujícího řešení,
- brzkým zavedením technologií, např. brzké zavedení na trhu nového, nevhodně rozvinutelného SW/IS, v době, kdy o něm na trhu ještě neexistovaly ucelené poznatky (**early adopters VLI**),
- uzamčením zadavatele uživateli SW/IS, kteří jsou navyklí používat konkrétní produkt, např. Windows (**network VLI**),

- nepřiměřenými náklady na změnu, tj. jiné řešení, než rozvoj stávajícího SW/IS vendorem, je krajně nehospodárné (**switching-costs VLI**),
- přílišnou individuální konfigurací a customizací SW/IS, vedoucí k vysoce propojené úrovni vztahů mezi zadavatelem a dodavatelem (**personal VLI**),
- anebo prostým tržním monopolem dodavatele (tj. „klasické JŘBU“, viz dále).

Přirozeně se v praxi jedná o kombinaci těchto nejčastějších důvodů VLI. Uzamčení je pak velmi často historické, trvající dokonce i více než dekády.

3.4 Příčiny VLI

Skutečnou příčinou VLI je vždy nevhodně nastavený (zejména nedostatečný) právní nebo technický způsob pořízení původního SW/IS. Příčinou VLI může být i historická situace, kterou zadavatel “zdědil” po svém předchůdci. Druhým klíčovým faktorem je existence potřeby další podpory anebo rozvoje pořízeného SW/IS, tj. nová potřeba, kterou je nutné uskutečnit prostřednictvím další cílové akce. **Existence VLI je tedy kombinaci dvou klíčových faktorů**

- **nevhodný stávající stav,**
- **nová potřeba.**

3.4.1 Nevhodný stávající stav

Příčiny existence nevhodného stávajícího stavu lze rozdělit na:

- **Právní příčiny** – zejména problém ve stávajícím autorskoprávním či licenčním ujednání a absence exit strategie. Tím je zpravidla dána nemožnost SW/IS vlastními silami nebo prostřednictvím třetí osoby vůbec upravovat, rozšiřovat, anebo servisovat, jakkoli by to bylo technicky možné. Odstranit právní příčiny lze zpravidla pouze velmi obtížně, muselo by dojít ke změně stávajících ujednání (dodatek ke smlouvě), nebo k jejich zániku, za respektování ZZVZ. Vendor pak často na takovém ujednání nemá zájem.
- **Technické příčiny** – těmito příčinami může být jak prostá technická unikátnost SW/IS, tak i “nečitelnost” jeho stávajícího stavu a provozní dokumentace. Příčiny mohou být již primárně na straně vendora, který svůj produkt poskytuje v “nepropojitelném” stavu, tak i na straně zadavatele, který dokumentací (byť propojitelného) SW/IS nedisponuje, nezažádal o její vytvoření nebo nepřekontroloval její skutečné dodání. “Propojitelností” produktu se u SW/IS zpravidla myslí funkční integrace SW/IS s jiným SW/IS či s dalšími SW/IS, a to dle konkrétní potřeby na úrovni
    - zdrojového kódu, nebo
    - API, konektoru nebo
    - migrace dat, poskytnutí popisu struktury dat,
- případně kombinaci těchto příčin.

3.4.1.1 Právní příčiny VLI

Autorskoprávní omezení v licenčním ujednání – licenční ujednání je formulováno jako standardní EULA, nebo je licenční ujednání ke stávajícímu SW/IS ve smlouvě formulováno vágně, v důsledku čehož platí obecná autorskoprávní ochrana (copyright) výrobce SW/IS. Zadavatel si smluvně neošetřil možnost zasahovat do poskytovaného SW/IS, dále ho rozvíjet a rozšiřovat. Možnosti zásahu do stávajícího SW/IS jsou omezené, jde o klasický proprietární SW. Zásahy do stávajícího SW/IS mohou být ve stávajícím licenčním ujednání rovněž zakázány výslovně.

Omezení plynoucí ze smlouvy o servisní, technické podpoře a rozvoji – vedle licenčního ujednání může představovat další překážku v rozvoji SW/IS stávající provozní smlouva. Nehledě na licenční ujednání jsou zásahy do SW/IS a řešení incidentů podřízeny režimu, který je sjednán ve stávající smlouvě o servisní a technické podpoře nebo v obdobném typu smlouvy. Rozšíření SW/IS o řešení jiného dodavatele může přinést do stávajícího provozního smluvního vztahu nejasnosti, spočívající v otázkách, ve které chvíli v případě incidentu zasahuje vendor, a kdy nový dodavatel. Zejména může k takovým situacím docházet ve chvíli, kdy nové řešení přímo komunikuje se stávajícím řešením a dochází k výměně dat a aktivním procesům mezi oběma řešeními. Pokud není stávající provozní smlouva nastavena dostatečně exaktně, dochází k nežádoucímu

překryvu odpovědností, s rizikem budoucích kompetenčních sporů mezi jednotlivými dodavateli. Vstupovat do takto neurčitě rozčleněného výchozího rozložení odpovědností za záruku a servis jednotlivých komodit bude pro řadu dodavatelů velice rizikovým faktorem. Tato rizika mohou být natolik významná, že prakticky zcela odradí jiné dodavatele od podání nabídky na rozšíření stávajícího SW/IS, a to i v situaci, pokud by využití plnění jiného dodavatele nebránila autorskoprávní a licenční ujednání anebo technické příčiny VLI.

3.4.1.2 Technické příčiny VLI

Nejasná struktura stávajícího SW/IS – se zvyšujícím se stářím prvotního pořízení SW/IS se lze setkat s absencí téměř jakékoli provozní dokumentace, týkající se vnitřní struktury SW/IS, datových typů a toků, struktury a popisů API apod. Pokud vendor neprojeví vůli sám tento nežádoucí stav na žádost zadavatele zhojit, jsou možnosti řešení tohoto stavu omezené. Často jedinou možností získání popisu stávajícího SW/IS je pak zpravidla intuitivní opis uživatelských a technických zkušeností se SW/IS, či kusé informace v rámci nápovědy SW/IS, což je zpravidla pro možnosti dalšího rozvoje SW/IS nedostačující. V případě SW/IS, provozovaných v režimu speciálních právních předpisů[8] lze součinnost vendora SW/IS vyžadovat v režimu těchto zvláštních právních předpisů. Situace pro zadavatele v těchto případech je tedy o něco jednodušší.

Nepoužitelnost či přímá absence dokumentace zdrojových kódů stávajícího SW/IS – znakem každého SW/IS je jeho vytvoření v určitém programovacím jazyce formou zdrojového kódu. Jakýkoli rozvoj tohoto SW/IS pak může být prováděn zásahy do syntaxe tohoto zdrojového kódu, pokud není možná jiná cesta (např. zásahem pouze do API či vytvoření konektoru). Stávající syntaxe ale bývá často zcela nepřehledná a nevyužitelná, pokud nebyla již přímo vytvářena s tím, že do ní bude do budoucna zasahováno, případně je do ní v omezené míře schopen zasahovat pouze vendor (z důvodu autorství a dobré znalosti této syntaxe). Dokumentace zdrojových kódů pak rovněž často nebývá uživateli SW/IS vůbec poskytnuta, s ohledem na licenční ujednání a autorskoprávní ochranu. Jakékoli zásahy do stávajícího SW/IS jsou pak v takovém případě podstatně ztíženy či znemožněny.

Absence API či dokumentace API – řada SW/IS je vybavena API, které umožňuje těmto SW komunikovat a propojovat se s jinými SW. Prostřednictvím API je možné se spojit s okolními SW/IS, některé SW/IS jsou skrze API propojeny dokonce i interně v rámci svých modulů. API pak umožňuje stávající SW/IS propojit s SW/IS modulem jiného dodavatele (resp. umožňuje propojit více spolupracujících IS), aniž by přitom bylo nutné disponovat vlastními zdrojovými kódy stávajícího SW/IS. Toto řešení ale nemusí být vždy dostupné a využitelné, a to z různých důvodů:

a) API stávajícího SW/IS vůbec neexistuje a nemůže být dodatečně vyvinuto,
b) API stávajícího SW/IS existuje, ale zadavatel o něm neví, nebo vendor odmítá zadavateli toto API zpřístupnit a poskytnout jeho popis,
c) API stávajícího SW/IS existuje, ale jeho využití je vendorem licencováno, a zadavatel touto licencí zatím nedisponuje,
d) API stávajícího SW/IS neexistuje, byť může být dodatečně vyvinuto.

Absence konektorů – obdobně jako u absence API.

Nejasná součinnost vendora – v praxi se setkáváme s řadou situací, kdy propojení dvou řešení různých dodavatelů je možné za předpokladu, že vendor svůj stávající SW/IS určitým způsobem upraví, zpravidla v malém rozsahu, prostřednictvím poskytnutí prerekvizity (viz dále Krokář), čímž se propojení stávajícího SW/IS s novým stane proveditelným. Pokud ale tyto technické detaily nejsou v ZD žádným způsobem identifikovány či navrženy, pak absence těchto východisek představuje podstatnou překážku pro hospodářskou soutěž na rozvoj stávajícího SW/IS.

Nutnost komplexního rozšíření – v praxi se setkáváme s případy, kdy předmětem rozvoje stávajícího SW/IS není jeho rozšíření, propojení či zastřešení v běžném rozsahu, nýbrž mnohem komplexnější řešení. U proprietárního SW/IS se může jednat jeho o faktický "upgrade", či jeho update na vyšší verzi, u SW/IS vyvinutého na míru pak může jít o jeho rozvoj ve velice komplexním rozsahu, anebo se může jednat o zajištění servisní a technické podpory na další období. S ohledem na komplexnost takového business case pak zpravidla není možné jiné řešení, než provedení vendorem, a to i ve chvíli, kdy zadavatel disponuje veškerou provozní dokumentací, kompletním API apod. (viz dále Krokář). Komplexní rozšíření často

[8] Zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy; Zákon č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti atd.

zasahuje variabilním způsobem do stávajícího SW/IS, vedle propojení přes API je nutné zasáhnut i do zdrojového kódu, modifikovat i stávající datové toky a procesy, a vendor nemá vůli vyjít zadavateli vstříc, jelikož k tomu není od počátku smluvně vázán. VLI je v tomto případě způsoben kombinací právních a technických příčin.

3.4.2 Nová potřeba jako iniciátor identifikace VLI

Jakkoli je základní příčinou VLI nevhodný stávající stav, tak teprve prostřednictvím zajišťování nových či aktualizovaných potřeb zadavatele nabývá problematika VLI na své relevanci. Pokud je SW/IS pořízen a např. po dobu 10 let využíván bez jakékoli další potřeby jej rozvíjet či aktualizovat, pak ani problematika VLI nebude zadavatele příliš trápit. Nová cílová akce je pak ve spojení s charakterem nevhodného výchozího stavu klíčovým faktorem, který určuje hloubku problému, míru VLI a předjímá možnosti dalšího řešení. Možnou novou potřebou (novou cílovou akcí) zadavatele je tedy:

- **Rozšíření** – zpravidla pořízení nového "modulu" či nového SW/IS, který řeší jinou agendu či funkcionalitu, která dříve řešena nebyla. Toto "nové řešení" pak může být navázáno na stávající SW/IS, s různou mírou "propojení" – od nového modulu, přes samostatný systém komunikující přes API až po zcela samostatný SW/IS, s nímž je komunikováno prostřednictvím konektorů.
- **Propojení** – zpravidla propojení dvou autonomních SW/IS za účelem vzájemné výměny a zpracování dat ve vazbě na procesy v konkrétní organizaci. Propojení může být různé míry intenzity, od integrace zdrojových kódů, přes propojení na úrovni API, až po jednoduchou výměnu dat přes konektor či exportovaná data v jednoduchých formátech (např. *.xlsx).
- **Zastřešení** – specifické řešení, kdy jeden SW/IS tvoří "střechu" pro řadu dalších SW/IS řady vendorů, zpravidla za účelem jednoduché funkcionality (ověření identity, přihlášení). Typicky nastává např. u řešení typu IdM či LogM.
- **Upgrade** – upgradem v pravém slova smyslu se rozumí povýšení konkrétního SW/IS konkrétního výrobce na vyšší verzi - např. z Windows 7 na Windows 10. V takovém případě jde o jednoznačný požadavek na zachování řešení vendora. V praxi ale může být upgradem rovněž nazýváno rozšíření či propojení SW/IS.
- **Update** – aktualizace SW/IS za účelem získání nejnovějších verzí funkcionalit či datových sad. Na rozdíl od upgrade se v případě update jedná vždy o zcela jasný požadavek na řešení vendora či jeho distribuční síť dodavatelů.
- **Zajištění podpory** – nejedná se o rozšíření SW/IS v pravém slova smyslu, ale o pořízení dalších služeb v provozní fázi SW/IS. Zajištění podpory zpravidla vždy míří na vendora či jeho distribuční síť. V praxi je však možné se setkat i s modely, kdy podporu poskytují jiní dodavatelé než původní vendor a jeho distribuční síť, a může jít i o více subjektů.

Dalším důležitým faktorem jsou rovněž vlastní důvody vzniku nové potřeby. Může se jednat o ukončení servisní podpory SW/IS, nutnost přechodu na vyšší verzi, změnu procesů v organizaci, přechod na nové agendy, vyšší požadavky na bezpečnost, změna legislativy, existence dotačního programu s konkrétními podporovanými aktivitami apod.

3.5 Výrobce vs. dodavatel

Pod pojmem VLI se zpravidla rozumí situace, kdy existuje pouze jeden vendor předmětného plnění. V této souvislosti je proto nutné v kontextu vendora odlišovat pojmy dodavatel (distributor, partner, servisní organizace, prodejce) a výrobce, kdy některý SW/IS může mít jednoho výrobce, ale více dodavatelů, zatímco u jiného SW/IS je výrobce rovněž i jediným dodavatelem. Právě taková situace je z pohledu VLI nejvíce problematická. I plnění, které je samo o sobě vázáno na konkrétního výrobce, může totiž být předmětem hospodářské soutěže mezi dodavateli, kteří takové plnění distribuují. Obecně například není na poli VZ považována závislost na stávajícím řešení od Microsoft jako typický VLI, a to právě kvůli existenci mnoha prodejců a distribučních kanálů (partnerská síť), od kterých je možné produkty Microsoft pořídit. Tento model je rozšířen i u některých výrobců specifických SW/IS (např. spisových služeb, ekonomických IS či zdravotnických IS). Problematika VLI se v takovém případě v podstatě redukuje na problematiku důvodnosti omezení hospodářské soutěže na určitou technologickou platformu (zejména ve vazbě na § 89 odst. 5 ZZVZ). Tento typ VLI bývá někdy nazýván jako **platformní VLI**. Nejvíce problematická jsou ale taková plnění, u kterých je vendor současně výrobcem a jediným dodavatelem tohoto plnění, ať už absolutně, anebo formou výhradního zastoupení na určitém trhu. V takovém případě jde vždy o podmínky pro JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) nebo c), ale taková situace v řadě případů nemusí vyhovět některé z judikovaných výjimek pro použití JŘBU ve stavu VLI (více viz kapitola „Důsledky VLI pro zadávání souvisejících VZ").

4 Únik z VLI a předcházení VLI

4.1 Rozcestník

Obecně je hlavním rizikem VLI omezení zadávacích podmínek budoucí soutěže na další rozvoj či podporu SW/IS, kdy hospodářská soutěž je omezena na vendora jakožto jediného dodavatele, anebo je hospodářská soutěž ztížena, ať už obecně, anebo z důvodů vynechání některých přiměřeně možných kroků, které by k otevření soutěže vedly. Současně má zadavatel potřebu pořídit novou rozvojovou potřebu (modul, funkcionalita) nebo pořídit další technickou podporu SW/IS, a to v souladu se ZZVZ. V zájmu zadavatele je tedy

a) S ohledem na § 63 odst. 4 ZZVZ použít JŘBU teprve ve chvíli, kdy není možné využít jiného přiměřeného řešení (tj. např. přednostní propojení řešení přes zdrojové kódy, API/konektory anebo pořízením zcela nového SW/IS a migrací dat z původního SW/IS), a současně
b) pokud lze použít jiné přiměřené řešení, tak v ZD takové VZ stanovit zadávací podmínky takovým způsobem, aby nezaručovaly určitým dodavatelům přímo nebo nepřímo konkurenční výhodu nebo nevytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, byly uvedeny v ZD nebo sděleny účastníkům řízení při jednání, byly stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v ZŘ, a nedošlo k přenosu odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele (tj. veškeré zadávací podmínky popisující a umožňující jiné přiměřené řešení byl měly být shodně zřejmé všem dodavatelům a poskytnuty transparentním způsobem) (§ 36 odst. 1-3).

Obecný zájem zadavatele využít přednostně jiné přiměřené řešení lze realizovat buďto již při prvotním pořízení SW/IS (předcházení VLI), anebo alespoň dodatečně aplikací nápravných či záchranných opatření (únik z VLI).

Únik z VLI zahrnuje širokou škálu možných přístupů, kterými lze stávající VLI omezit, anebo zcela či částečně odstranit. Tato kategorie je z podstaty věci velice široká, jelikož v sobě zahrnuje řadu možných postupů, od řešení, jak se vymanit z VLI, založeného před mnoha desítkami let, až po rozvoj SW/IS, pořízených v souladu s aktuální mírou poznání. Je nutné pamatovat na to, že určitá míra VLI se nachází i u SW/IS řádně pořízených s veškerými prerekvizitami (API, zdrojové kódy atd.), jakkoli je pozice zadavatele v takovém případě mnohem lepší, než v případě velice historických SW/IS, u kterých zpravidla v době jejich pořízení, s ohledem na dobovou míru poznání o rozvoji takových SW/IS, výše uvedené prerekvizity nebyly zajištěny.

Předcházení VLI pak zahrnuje souhrn nástrojů, přístupů a podmínek, které inkorporujeme do zadávacích podmínek VZ na zcela nový SW/IS s cílem, aby v následném potenciálním úniku z VLI byla obchodní pozice zadavatele vůči vendorovi co nejsilnější.

4.2 Způsoby řešení úniku z VLI

Únik z VLI v sobě zahrnuje nutnost posoudit řádně stávající faktický i právní stav SW/IS, kterých se VLI týká. Na základě toho je možné stanovit, jak “moc nevhodný” je tento výchozí stav, a jaké prerekvizity (viz dále) aktuálně SW/IS postrádá. Dále je nutné znát charakter nové potřeby. Z těchto dvou východisek (tedy z míry intenzity ztížení hospodářské soutěže a charakteru nové potřeby) je pak v jejich vzájemné kombinaci možné plánovat a organizovat konkrétní zadávací postup v úplném technickém, právním a ekonomickém detailu.

Zhodnocení stávajícího stavu je možné provést v součinnosti právních a technických pracovníků zadavatele, případně za účasti externího analytika. Často se nevyhneme nutnosti konzultovat řešenou lock-inovou situaci s vendorem, ať už v rámci jednání na bázi stávajícího smluvního vztahu, anebo jako součást předběžných tržních konzultací k nové VZ.

Pro potřeby rozhodování zadavatele je součástí této metodiky tzv. Krokář, který je přílohou tohoto dokumentu.

4.3 Předcházení VLI

Jak již bylo uvedeno dříve, předcházení VLI je do jisté míry postup, kterým se zadavatel již při prvotním pořízení SW/IS připravuje na co nejlepší výchozí pozici pro budoucí únik z VLI. Při pořízení SW/IS tzv. na "zelené louce" se jedná o pořízení

zcela nového řešení, které je navázáno pouze na HW/SW platformu. Nejedná se sice o VLI, ale tato situace může často být pro VLI iniciační. Je tedy nutné právě v této fázi podniknout takové kroky, kterými se budoucí VLI co nejvíce omezí či zcela vyloučí.

Již při prvotním pořízení SW/IS bychom měli pamatovat i na to, jakým způsobem jej budeme v budoucnu rozšiřovat či nahrazovat. I v budoucnu budeme řešit problém, týkající se posouzení míry intenzity ztížení hospodářské soutěže a charakter nové aktivity. Je logické, že při prvotním pořízení nelze předjímat budoucí možnosti, dostupné na trhu za několik let. Zadavatel by však měl být schopen alespoň určit

- jaká je předpokládaná životnost SW/IS a tomu také přizpůsobit zadávací podmínky (je předpoklad dlouhodobého využití, rezortního využití, dopad evropské legislativy apod. nebo je to jen krátkodobé řešení apod.),
- zda bude stávající SW/IS postupně rozvíjen a rozšiřován jinými dodavateli, anebo
- zda bude nová aktivita řešena formou prostého nahrazení starého SW/IS novým.

Každá z těchto možností iniciuje odlišné úvahy o charakteru zpracované exit strategie, tj.

- exit strategie s novým dodavatelem, rozvíjejícím stávající SW/IS, tj. pokračování se stávajícím řešením, ale s potenciálně jiným dodavatelem, anebo
- exit strategie s novým SW/IS.

Obecně lze konstatovat, že je z pohledu zadavatele žádoucí, aby v rámci předcházení VLI uvažoval a zadávací podmínky koncipoval takovým způsobem, **aby v následné výchozí pozici pro únik z VLI (novou cílovou akci) SW/IS disponoval všemi prerekvizitami, které je vendor ochoten poskytnout a jejichž získání je ekonomicky přijatelné.** Prerekvizity jsou dále detailně popsány v části Krokář. Z hlediska jejich sjednání a pořízení v rámci prvotní VZ na pořízení SW/IS se může jednat o následující:

Společně pro obě exit strategie

- povinnost nezbytné součinnosti dodavatele ke konci smluvního vztahu – je nezbytné, aby tento předával informace a podklady nutné pro řádný přechod provozu na nového dodavatele, generoval další informace a podklady budou-li nezbytné, účastnil se případně jednání či prezentací atd.,
- ujednání o přenosu, záchraně, migraci a vlastnictví dat.

Pro exit strategii s novým partnerem

- pořízení SW/IS s licencí, umožňující zadavateli a třetím osobám systém upravovat, s řádně zdokumentovanými zdrojovými kódy, případně připuštění či požadavek na open-source řešení a copyleft licenci (pozn. požadavek na poskytnutí zdrojových kódů je možné požadovat jak u SW/IS řešeného na výhradní licenci, tak i u řešení SW/IS na nevýhradní licenci za účelem připuštění sjednaných typů zásahů do SW/IS zadavatelem či třetí stranou, akceptovatelných vendorem),
- v případě pořízení dokumentace zdrojových kódů (zejména u SW/IS, pořízeného na výhradní licenci) sjednání Software Escrow, včetně podrobného postupu kontroly, formátu a aktualizace uschovaného obsahu,
- pořízení API/konektorů (zejména u pořízení proprietárního SW/IS),
- pořízení provozní dokumentace, dostatečné popisy SW/IS a jeho průběžných úprav,
- sjednané navazující programátorské a obdobné práce v provozní smlouvě,
- sjednání vyhrazené změny závazku dle § 100 ZZVZ (rozšíření plnění v povoleném rozsahu),
- garance existence více dodavatelů řešení za účelem neupadnutí do VLI, v opačném případě povinnost zpracovat a zadavateli předat výše uvedené práva / podklady / plnění (pokud je to v kontextu konkrétního trhu přijatelné).

Pro exit strategii s novým systémem

- pořízení provozní dokumentace, dostatečné popisy stávajícího SW/IS,

- sjednání garance získání provozních údajů a dat subjekty, majícími SW/IS ve veřejné správě (§ 9e zákona č. 365/2000 Sb.), resp. pro povinné osoby v oblasti kyberbezpečnosti (§ 6a zákona č. 181/2014 Sb.),
- sjednání vyhrazené změny závazku dle § 100 ZZVZ (rozšíření plnění v povoleném rozsahu, popř. vyhrazená změna pro potřeby migrace dat),
- garance snadné nahraditelnosti řešení.

Úspěšně aplikovaná opatření k předcházení VLI by měla vést ke stavu, kdy v rámci Krokáře pro únik z VLI by měla výchozí pozice zadavatele pro realizaci cílové akce být vždy v kategorii opatření A, B nebo C, bez nutnosti získat další prerekvizity prostřednictvím mezikroků, tj. prerekvizity jsou poskytnuté od počátku. Více viz Krokář.

4.4 Technické nástroje pro únik z VLI

Únik z VLI je nejčastěji podmíněn technickým stavem stávajícího SW/IS a jeho možnostmi (prerekvizitami), které umožňují skrze otevřenou hospodářskou soutěž navázat řešením jiného dodavatele. Takové nástroje jsou dané objektivním stavem vývoje ICT na trhu a zahrnují následující možnosti. Tyto možnosti pak představují prerekvizity propojených cílových akcí (viz Krokář).

Popis struktury dat, součinnost vendora při migraci

Jedná se o základní aspekt, který bývá přirozeně přítomen u každého SW/IS. Tj. každý SW/IS má určitým způsobem uložená a strukturovaná data vendor má vždy alespoň možnost tento popis zadavateli poskytnout. Pokud toto poskytne, pak je zadavatel schopen při přechodu na jiný SW/IS provést migraci dat i ve vlastní režii, popř. to je schopen provést nový dodavatel, pokud neexistují jiné překážky. Pokud k tomuto nedojde, stále existuje možnost, aby migraci dat provedl sám vendor formou služby, poskytnuté zadavateli samostatným postupem.

Předávání dat konektory

Konektory umožňují automaticky předávat data z jednoho SW/IS do jiného. Příkladem standardního konektoru může být např. Syslog v rámci služby Microsoft Sentinel[9], ale řada SW/IS disponuje vlastními datovými konektory, vyvinutými na míru SW/IS vendorem.

Komunikace SW/IS prostřednictvím API

Na rozdíl od konektorů umožňuje API komunikaci mezi různými SW/IS na úrovni funkcionalit. V praxi se u řady SW/IS, které jsou předmětem VZ, může jednat o API řešené formou webových služeb, v rámci kterých je využíván určitý protokol (např. SOAP[10], REST API[11] atd). API není součástí zdrojového kódu, není psáno v programovacím jazyce, naopak je psáno ve značkovacím jazyce[12] (nejčastěji XML[13]), a jeho dokumentace bývá spíše součástí provozní dokumentace SW/IS. Jde o určitou „svrchní vrstvu“ SW/IS, nad zdrojovými kódy, určenou pro komunikaci (interface) s okolím. API je častou součástí proprietárního SW/IS. API může být dostupné volně, ale taktéž může být zatíženo zpoplatněnou licencí. V praxi se na poli SW/IS můžeme setkat i s určitými typy „standardizovaných“ API, např. tzv. Národní standard pro elektronické systémy spisové služby (NSESSS)[14], používaný u spisových služeb, na poli zdravotnických SW/IS se můžeme setkat s řešeními, které jsou vybaveny určitými typy konektorů pro předávání dat, např. na bázi standardů DASTA[15], HL7[16] nebo tzv. IHE profilů[17].

99 https://learn.microsoft.com/cs-cz/azure/sentinel/connect-syslog
10 https://en.wikipedia.org/wiki/SOAP
11 https://en.wikipedia.org/wiki/REST
12 https://cs.wikipedia.org/wiki/Zna%C4%8Dkovac%C3%AD_jazyk
13 https://en.wikipedia.org/wiki/XML
14 https://www.mvcr.cz/clanek/narodni-standard-pro-elektronicke-systemy-spisove-sluzby.aspx
15 https://dastacr.cz/
16 https://www.hl7.org/
17 https://www.ihe-czech.cz/

Možnost měnit systém prostřednictvím zdokumentovaného zdrojového kódu a práv měnit SW/IS

Pokud zadavatel disponuje od vendora kompletním zdokumentovaným zdrojovým kódem SW/IS, a spolu s tím mu vendor udělil právo měnit SW/IS, pak je schopen ve vlastní režii či prostřednictvím třetí osoby provádět v podstatě jakékoli úpravy tohoto SW/IS. Zdrojový kód by měl dále být v optimálně případě řádné uschován prostřednictvím escrow. Vlastní konkrétní programovací jazyk zdrojového kódu by pak neměl být programátorskou překážkou pro úpravy jiným dodavatelem. Z hlediska licence zdrojového kódu se můžeme setkat s různými licenčními modely. Zdrojový kód může být již od počátku licencován jako open source a poté jsou i odvozené části SW/IS „infikovány" touto copyleftovou licencí. Ujednání mezi zadavatelem a vendorem se ale nemusí odkazovat na žádný z veřejně standardizovaných open source režimů, může jít o prosté ujednání o možnosti zdrojový kód vendora použít, s určitou limitací ve věci jeho plného uveřejnění, např. s ujednáním o poskytnutí zdrojového kódu novému dodavateli pouze v režimu NDA.

Jiné možnosti, jak propojit nové řešení se SW/IS vendora

Tato kategorie zahrnuje řadu velice různorodých možností, které umožňují s technicky propojit se SW/IS vendora, a to způsoby, které nevyžadují téměř žádnou součinnost vendora. Často vyplývají z využití platformy SW/IS, anebo z využití veřejně standardizovaných nástrojů, které jsou v |SW/IS inkorporovány. Může se jednat o následující možnosti:

- rutinní propojení se systémem IdM/LogM s jednoduchými datovými toky (tj. není nutné znát podrobnosti, dodavatel ví, že na SW/IS vendorů lze napojit),
- propojení se SW/IS vendora přes databázovou platformu (např. čerpání dat z replikované databáze, která je oddělena zdrojové databáze SW/IS, s využitím technologie Microsoft SQL Server Reporting Services[18] apod.),
- čtením dat z databáze nebo zápisem dat do databáze univerzálně dostupným rozhraním OLE DB[19],
- synchronizace skrze Active Directory[20] (propojení přes AD účty),
- standardizovaným exportem dat z druhého SW/IS v otevřeném formátu strojově čitelném formátu CSV (comma-separated values) a jejich importem do vlastního SW/IS,
- načítáním standardních souborů JPEG obsahujících všechny potřebné informace, a to bez potřeby využití přímých licencovaných API,
- metodami reverzního inženýrství[21],
- řada dalších ad hoc možností.

4.5 Legislativní nástroje ZZVZ umožňující rozhodování ve VLI

Postup zadavatele při zadávání VZ nebo při jejím plánování, pokud se jedná o VZ s VLI prvkem, je ovlivněn konkrétními věcnými aspekty a procesními postupy, které umožňuje ZZVZ. Rozhodování o konkrétní cestě je tedy nedílnou součásti analýzy a úvah pro únik z VLI či jeho předcházení. Mezi takové nástroje řadíme volbu vhodného zadávacího řízení (§3, § 53 - § 72 ZZVZ), předběžné tržní konzultace (PTK, § 33 ZZVZ), změnu závazku ze smlouvy (§ 100, § 222 ZZVZ) a další specifické aspekty, plynoucí ze ZZVZ i dalších právních předpisů.

4.5.1 Volba vhodného druhu zadávacího řízení

Je z hlediska rozhodování o úniku z VLI či jeho předcházení důležitý aspekt. Obecně lze konstatovat, že únik z VLI vyžaduje spíše složitější než jednodušší zadávací postup. Do zadávacích podmínek je nutné zařadit řadu takových technických a obchodních podmínek, které by v jiné veřejné zakázce nebyly použity, jako je popis stávajícího řešení, poskytnutí technických příloh s dokumentací API, sjednání a vymezení obligátní poddodávky vendora apod. Téměř vždy jsou tedy naplněny podmínky dle § 60 odst. 1 ZZVZ. Na druhou stranu, z žádného ustanovení ZZVZ nevyplývá limitace určitý zadávací postup použít. Obecně se tedy lze omezit na doporučení ke konkrétním zadávacím postupům, které ZZVZ umožňuje -

[18] https://learn.microsoft.com/en-us/sql/reporting-services/create-deploy-and-manage-mobile-and-paginated-reports?view=sql-server-ver16
[19] https://learn.microsoft.com/en-us/cpp/data/oledb/ole-db-programming-overview?view=msvc-170
[20] https://cs.wikipedia.org/wiki/Active_Directory
[21] https://www.sprava-site.eu/reverzni-inzenyrstvi/

Zjednodušené podlimitní řízení (ZPŘ) – defacto zjednodušený postup otevřeného řízení s benevolentními požadavky na kvalifikaci či hodnocení nabídek. Hlavním úskalím je nízký limit předpokládané hodnoty – finančního objemu, který je pro danou veřejnou zakázku možné alokovat[22]. Dále pak velice krátká minimální lhůta pro podání nabídek (11 pracovních dní), která je pro dodavatele, kteří nejsou vendorem, nedostatečná pro provedení analýzy, zda jsou schopni se na stávající řešení vendora napojit, či navrhnout vlastní způsob řešení. Pokud se zadavatel pro použití ZPŘ rozhodne, vždy doporučujeme stanovit lhůtu pro podání nabídek delší, odpovídající konkrétním okolnostem, optimálně alespoň stejnou, jako je minimální lhůta pro podání nabídek v otevřeném řízení (30 kalendářních dnů).

Otevřené řízení (OŘ) – nejrozšířenější typ zadávacího řízení. Minimální lhůta pro podání nabídek v tomto řízení již zpravidla umožňuje analýzu aspektů zadání, čehož by v krátké lhůtě ZPŘ dodavatelé nebyli schopni. I přesto je nutné lhůtu pro podání nabídek nastavit vždy s obezřetností, jelikož únik z VLI obnáší pro účastníky zadávacího řízení (kteří nejsou vendorem) nutnost řadu technických řešení pro účely podání nabídky důkladně analyzovat, ověřit reálnost propojení různých řešení a vlastní propojení navrhnout, ať už na bázi zdrojových kódů, API, či na bázi ruční výměny dat. Je vhodné toto ověřit prostřednictvím PTK. I přesto ale použití OŘ často naráží na své limity, a to zejména v případě, kdy návrh vlastního technického propojení dvou řešení přináší pro podání nabídky nutnost dále se ptát na nově nastolené otázky, které mohou zahrnovat i dotazy na samotného vendora, jakkoli se to prvotně nejevilo jako nezbytné. Takové dotazy je vhodné řešit skrze zadavatele (prostřednictvím vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 ZZVZ), aby výstupy takové "konzultace" s vendorem viděli všichni účastníci zadávacího řízení. Ne vždy však k tomu takto dochází, účastníci se často uchylují k dotazům na vendora napřímo, bez kontroly zadavatele, kdy takto vendorem zodpovězené dotazy zůstanou defacto ostatním účastníkům skryty. Takový postup pak často bývá v rozporu s § 36 odst. 1, 2 a 3 ZZVZ. Jako vhodnější typ se v takovém případě nabízí použití tzv. řízení s jednacím prvkem, v rámci kterého je možné propojení svých řešení diskutovat mezi účastníky a zadavatelem spolu s vendorem v rámci jednacích fází těchto řízení, podávat předběžné a upravené nabídky a měnit zadávací podmínky v návaznosti na jednání.

Řízení s jednacím prvkem – jednací řízení s uveřejněním (JŘSU), řízení se soutěžním dialogem (ŘSSD)[23] a řízení o inovačním partnerství (ŘOIP)[24] – představují tzv. vícefázové typy řízení, kdy po podání žádostí o účast a předběžných nabídek účastníci se zadavatelem jednají o finální nabídce, nebo vedou dialog s cílem nalézt řešení způsobilá splnit potřeby zadavatele. Právě v této fázi je možné v rámci jednání s účastníky řešit výše uvedené otázky, což otevřené řízení neumožňuje. Řízení s jednacím prvkem je tedy v rámci úniku z VLI řízením vhodnějším. Nevýhodou těchto řízení je zejména zvýšená časová a administrativní náročnost, spojená s podáváním upravovaných nabídek, pořizováním zápisů z proběhlých jednání, a dále nutnost přiměřené věcné erudice na straně zadavatele, který v rámci jednání musí být schopen s odborníky na straně dodavatelů polemizovat.

Jednací řízení bez uveřejnění (JŘBU) – na základě tohoto specifického typu řízení s jednacím prvkem zadavatel napřímo zadá zakázku konkrétnímu dodavateli (ve stavu VLI zpravidla stávajícímu dodavateli – vendorovi). Musí však být splněny podmínky dle § 63 ZZVZ, jejichž naplnění však poměrně bohatá soudní judikatura k možnostem využití JŘBU ve stavu VLI posuzuje velice přísně. Použití JŘBU ve stavu VLI je tak značně limitované. S ohledem na rozsáhlost problematiky VLI jsou pro účely této metodiky rozlišovány tři základní „subtypy" JŘBU

1. **„klasické JŘBU"** – tedy stav, kdy neexistence hospodářské soutěže, definovaná § 63 odst. 3 písm. b) a/nebo c) ZZVZ je dána přirozeným stavem trhu. Tímto subtypem JŘBU se tato metodika dále nezabývá, jelikož i v případě, kdy zadavatel prostřednictvím tohoto subtypu JŘBU pořídí SW/IS, a ten je ve stavu VLI, pak tento problém v případě

[22] Určen nepřímo Nařízením vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Realizace a řešení plnění, které má přecházet VLI bývá obvykle robustní a komplexní (zejm. délka kontraktu, software escrow, licence, podpora a rozvoj, exit apod.) a s tím jsou spojeny vyšší náklady, které se do předpokládané hodnoty započítávají.

[23] V rámci soutěžního dialogu zadavatel stanovuje spíše cílový předpoklad řešení a s dodavateli nejprve hledá řešení, které bude následně pro účastníky závazné a na které budou moci podávat nabídky. JŘSU předpokládá, že zadavatel s cílem řešení má k dispozici již hrubou představu postupu – tzv. minimální technické podmínky, které musí nabídka splňovat a o nichž není možné jednat.

[24] ŘOIP je specifický typ ZŘ, aplikovatelný spíše v projektech vědy a výzkumu, nicméně teoreticky jej lze aplikovat i na pořízení SW/IS, pokud zároveň s požadavkem na únik z VLI či předcházení VLI je poptáváno unikátní řešení, které na trhu neexistuje. Výhodou ŘOIP je zejména skutečnost, že inovační partnerství lze ukončit i tzv. nulovou variantou, tj. řešení nebylo nalezeno.

dalšího rozvoje SW/IS není nutné řešit, jelikož lze předpokládat, že důvody dle § 63 odst. 3 písm. b) a/nebo c) ZZVZ budou platit nadále. Pokud by v průběhu času došlo ke změně okolností na trhu, a tyto důvody by přestaly být platné, byl by zadavatel nucen postupovat některým ze způsobů úniku z VLI v intencích této metodiky.

2. **„dočasné JŘBU“** – tedy JŘBU, kterým je pořizováno tzv. překlenovací řešení, kterým je mezikrok na zajištění prerekvizit (viz dále) pro budoucí postup zadavatele. Předpokladem aplikace je splnění podmínek dle § 63 ZZVZ, tj. prerekvizitu je schopen dodat pouze vendor. K aplikaci JŘBU ve stavu VLI existuje poměrně bohaté soudní judikatura, která se však dotýká převážně situací, kdy předmětem JŘBU bylo pořízení vlastního rozvoje SW/IS, nikoli však dočasný zadávací postup vedoucí k překlenutí nevhodného výchozího stavu. V takovém případě by však rozhodování o naplnění judikaturních podmínek pro realizaci JŘBU ve stavu VLI mělo být podstatně jednodušší, jelikož navazujícím efektem tohoto “dočasného JŘBU” je otevření hospodářské soutěže. Vždy je však nutné posuzovat každý takový případ individuálně.
3. **„VLI JŘBU“** – tedy v kontextu VLI asi nejčastěji vnímané JŘBU, kdy důvody dle § 63 odst. 3 písm. b) a/nebo c) ZZVZ sice platí, ale zadavatel je způsobil sám svým předchozím konáním. Rozvoj SW/IS či zajištění jeho podpory je pak zatížen tím, že takový postup zadavatele bývá sankcionován ze strany ÚOHS a dotačních orgánů, právě kvůli „zavinění“ tohoto postupu ze strany zadavatele. I v těchto případech ale existují výjimky, vymezené již poměrně ustálenou judikaturou, ve kterých lze tento postup aplikovat, pokud není jiného zbytí. Těmto výjimkám se věnuje samostatná následující kapitola.

4.5.2 Limity využití VLI JŘBU z pohledu aktuální výkladové praxe a soudní judikatury

Tato kapitola se vztahuje na předpoklady pro použití JŘBU na rozvoj stávajícího SW/IS ve stavu VLI při zohlednění stávající judikatury. Zprostředkovaně lze tuto kapitolu využít i při aplikaci tzv. “dočasného JŘBU”, nicméně je třeba brát v potaz, že použití „dočasného JŘBU“ slouží ke zcela odlišnému účelu, než je VLI JŘBU. Nicméně použití „dočasného JŘBU“ zpravidla vždy zatíženo méně problémy a neznámými proměnnými.

Je v podstatě již notorietou, 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 soud 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 SW/IS 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 VLI 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 VLI 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 VLI 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 SW/IS 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 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 vyvázání se z VLI 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 SW/IS 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)*.

4.5.3 Veřejná zakázka malého rozsahu (VZMR)

VZMR lze obecně využít, pokud jsou dodrženy finanční limity pro její použití (tzn. jedná se o dodávky nebo služby v předpokládané hodnotě nižší nebo rovno 2 mil. Kč bez DPH). Postup lze využít například na dodatečné pořízení nového modulu stávajícího SW/IS, nebo např. na dodatečné pořízení prerekvizity (např. API, konektoru) v rámci mezikroku. V této souvislosti je nutné upozornit, že v případě nákupu dodávek či služeb v rámci mezikroku je nutné zvážit, zda toto plnění netvoří s navazujícím či dalším plněním funkční celek dle § 18 odst. 2 ZZVZ. V případě sčítání předpokládaných hodnot by pak mohlo dojít na situaci, kdy limit bude překročen a VZMR již použít nelze. I v takovém případě lze ale aplikovat ustanovení § 18 odst. 3 ZZVZ, a plnění v hodnotě do 20 % funkčního celku a nedosahující částky stanovené nařízením vlády pořídit v režimu odpovídajícímu předpokládané hodnotě této části, a tedy se takto “zpětně” do režimu VZMR dostat. Samotná VZMR může být realizována formou samostatné přímé objednávky, anebo konkrétním zadávacím postupem, upraveným ve vnitřní směrnici zadavatele, případně ve směrnici či metodickém pokynu dotačního orgánu v případě VZ financované z dotačního programu.

4.5.4 Využití stávající smlouvy, změna závazku ze smlouvy (§ 100, § 222 ZZVZ)

Každý VLI představuje z podstaty věci vazbu na SW/IS vendora. Řešení problému formou využití stávajících smluv se tedy vždy nabízí k řešení na prvním místě. V zájmu maximalizace možností pro únik i předcházení VLI lze tedy jen doporučit, aby zadavatel takové možnosti využíval. Z hlediska podrobné klasifikace takových nástrojů lze možnosti rozdělit na následující:

1. **Čerpání služeb ze stávající smlouvy** – stávající smlouva, ať už provozní, smlouva o dílo či jiná, která byla uzavřena v době pořízení původního systému, může obsahovat sjednaný určitý počet hodin či mandays pro potřebu čerpání služeb programátorských, poradenských či obdobných. Jedná se nejčastěji o tzv. měřený kontrakt se sjednaným měsíčním či ročním limitem. V rámci těchto služeb má zadavatel možnost čerpat řadu důležitých aktivit, které pomohou odpoutat se od stávajícího VLI. Základním předpokladem je přítomnost takového smluvního ujednání ve smlouvě, jeho sjednání již v rámci původní VZ.

2. **Vyhrazená změna závazku (§ 100 ZZVZ)** – obdobně jako měřený kontrakt na další služby lze využít tento nástroj ZZVZ. Na rozdíl od služeb stávající smlouvy se v případě vyhrazené změny závazku bude jednat o věcně a technicky exaktněji definovaný celek, což vyplývá z požadavků tohoto zákonného ustanovení. Jako vyhrazenou změnu závazku lze ve smlouvě sjednat např. dodatečné zřízení API, dodatečné poskytnutí upravených zdrojových kódů, dokoupení nového modulu, migrace dat do nového SW/IS apod.
3. **Změna de minimis (§ 222 odst. 4 ZZVZ)** – v případě dodávek a služeb limitovaná 10% v absolutní hodnotě změny a současně limitem pro nadlimitní veřejnou zakázku. Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn. Může se jednat v podstatě o jakoukoli změnu z vlastního rozhodnutí zadavatele, pokud nemění povahu původní VZ. Prakticky doporučujeme tento institut aktivovat ve chvíli, kdy není sjednán měřený kontrakt ve stávající smlouvě či vyhrazená změna závazku, případně pokud byly tyto instituty již kapacitně vyčerpány.
4. **Změny dle § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ** – jedná se o tzv. nezbytné dodatečné dodávky a služby, s cenovým nárůstem max. 30 % původní hodnoty závazku, při nemožnosti změny osoby dodavatele (§ 222 odst. 5 ZZVZ), anebo změna, kterou zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a která nemění celkovou povahu veřejné zakázky, a cenový nárůst činí max. 30% původní hodnoty smlouvy (§ 222 odst. 6 ZZVZ). Ustanovení § 222 odst. 9 ZZVZ věta druhá (limit max. 30 %) se pro změnu závazku ze smlouvy na sektorovou VZ nepoužije. Otázku, zda je použití příslušného institutu v případě úniku z VLI legální, nelze žádným způsobem zobecnit, záležitost je nutné posuzovat v každém případě zvlášť. Obecně lze konstatovat, že zejména použití § 222 odst. 5 ZZVZ je zpravidla možné v případě řešení VLI zdárně využít např. v případě dokoupení přístupových licencí k využití API apod. Aplikace § 222 odst. 6 ZZVZ bývá v těchto případech složitější, zejména z důvodů prokázání nepředvídatelnosti změny, ale obecně i tato aplikace není zcela nemožná.

4.5.5 Realizace předběžných tržních konzultací (PTK)

PTK představují nástroj k ověření výhod a limitů jednotlivých postupů, či fakticky využitelnosti určitých podmínek plnění. PTK ve stavu VLI (tzn. PTK s vendorem, ale i s dalšími tržními subjekty) jsou nástrojem mimořádně vhodným, jelikož jimi zadavatel může zjistit či ověřit –

1. skutečný stav limitace autorskými právy vendora v případě nejasnosti původní smlouvy, konzultace limitací v EULA,
2. existenci API stávajícího SW/IS či možnosti toto API doplnit či vytvořit,
3. existenci vhodně strukturovaných zdrojových kódů stávajícího SW/IS či možnosti takto strukturované zdrojové kódy dodatečně získat,
4. existenci konektorů či možnost jejich dodatečného získání,
5. upřesnění struktury stávajícího SW/IS, jeho datových toků a formátů (aktualizace provozní dokumentace SW/IS),
6. možnost rozvoje systému modulárně či formou výměny dat,
7. existenci distributorů či partnerů vendora jako výrobce,
8. obecnou možnost pokračovat v rozvoji řešení s jiným dodavatelem,
9. možnost potenciálně použít obligátní poddodávku a její parametry,
10. existenci dodavatelů, ochotných “navázat” na stávající stav nové řešení, verifikace reálnosti propojení řešení, zjištění podmínek propojení,
11. “ochotu” vendora k poskytnutí informací o svém SW/IS, k jeho propojení, součinnosti apod.

Vedle samotných PTK může zadavatel použít některý z obdobných nástrojů, které již nespadají do kategorie zákonem definovaných nástrojů. Může se jednat o obecný “průzkum trhu”, realizovaný formou zjišťování výše uvedených aspektů obecně, bez komunikace s vendorem. Dále se může jednat o zjišťování výše uvedených informací na bázi placených konzultací v rámci stávající provozní či obdobné smlouvy.

4.5.6 Právní vymezení obligátní poddodávky

V Krokáři je uvedena možnost realizace mezikroku k získání prerekvizity tzv. interim časem (chronologií) použití cílové akce i mezikroku, tj. zařazení plnění vázaného na vendora jako obligátní poddodávky cílové akce. Více viz dále. Tento postup klade na zadavatele největší kvalitativní nároky z hlediska řádného stanovení zadávacích podmínek v souladu s § 36 ZZVZ. Obligátní poddodávka musí být v takovém případě v ZD zcela jasně a srozumitelně vymezena technickými a obchodními

podmínkami. Nesmí dojít k situaci, kdy by účastníci zadávacího řízení byli nuceni takové zadávací podmínky zjišťovat před podáním nabídky od vendora napřímo, tj. bez kontroly zadavatele. I vlastní obligátní poddodávka je součástí předmětu VZ a vztahuje se tedy na ni stejný režim nakládání s informacemi. V případě, že jsou informace o obligátní poddodávce důvěrné, je možné využít postup dle § 96 odst. 2 ZZVZ ve spojení s § 36 odst. 8 ZZVZ a předmětné technické a obchodní podmínky vydávat oproti NDA dohodě. Z hlediska komunikace mezi účastníky ZŘ, zadavatelem a vendorem ve věci obligátní poddodávky při provedení mezikroku k získání prerekvizity interim chronologií je vždy na zvážení, zda je vhodné pro takto složitý koordinační zadávací postup využít "klasické" OŘ, anebo zda raději nevyužít některého z typů řízení s jednacím prvkem, vyjma JŘBU.

Z tohoto postupu rovněž mohou vyplývat rizika, spojená s nekontrolovanou, „přímou" komunikací vendora s účastníky ZŘ v průběhu lhůty podání nabídek. Rizika zahrnují zejména přenos odpovědnosti za správnost zadávacích podmínek na dodavatele (§ 36 odst. 6 ZZVZ), nedodržení ustanovení o archivaci komunikace vendora (§ 216 ZZVZ) či dokonce potenciální střet zájmů vendora při komunikaci (§ 44 ZZVZ). Více rovněž viz[25].

V praxi se můžeme setkat u VZ, obsahujících provedení mezikroku k získání prerekvizity interim chronologií, v obecné podobě s nástrojem, který je některými zadavateli využíván, a tím je tzv. závazek (či deklarace) vendora pro účely obligátní poddodávky. Podoba takového závazku může být různá, často se jedná o čestné prohlášení podepsané vendorem, které je přílohou zadávací dokumentace, ale může ale jít i o obecný text, který je součástí zadávacích podmínek. ZZVZ tento závazek jakožto institut nijak nedefinuje, ani neklade žádné věcné či formální požadavky na jeho podobu. Z pohledu stanovení zadávacích podmínek v souladu s § 36 ZZVZ je nutné podotknout, že obsahem závazku by mělo být hlavně vymezení obsahu obligátní poddodávky technickými podmínkami, pokud toto již není uvedeno v zadávací dokumentaci jinde. Právě technické podmínky mezikroku k získání prerekvizity (technický popis obligátní poddodávky, případně s tím spojené popisy API/zdrojových kódů/konektorů či provozní dokumentace stávajícího SW/IS vendora) jsou pro rozhodování dodavatelů o podání a sestavení nabídky klíčové.

Obsahem takového závazku by pak dále měly být obchodní podmínky pro poskytnutí obligátní poddodávky vendora účastníkovi ZŘ. Takovými obchodními podmínkami je zejména jednotková cena, kterou účastník ocení pracnost svého řešení, odvozenou z technických podmínek obligátní poddodávky. Podmínky mohou být rovněž stanoveny jako celková paušální cena za obligátní poddodávku. V obchodních podmínkách obligátní poddodávky pak dále mohou být uvedeny další podmínky jako je dodací doba, místo plnění, záruky za poddodávku a další podmínky.

Obsahem závazku dále bývá tzv. garance rovných podmínek pro všechny účastníky ZŘ. Tím je myšleno určité "ubezpečení", že zadavatel s vendorem sjednal a zajistil, aby vendor poskytl obligátní poddodávku všem účastníkům ZŘ za rovných podmínek. Pokud jsou součástí závazku výše uvedené technické a obchodní podmínky vendora, lze tuto garanci považovat do jisté míry za duplicitní, nicméně uvedení této garance zcela jistě není v neprospěch zásady transparentnosti dle § 6 ZZVZ. Na druhou stranu ale by neměla taková garance nahrazovat samotné uvedení technických a obchodních podmínek obligátní poddodávky v zadávacích podmínkách. Taxativní uvedení těchto podmínek je z pohledu § 36 ZZVZ klíčové. Zejména technické podmínky mezikroku k získání prerekvizity nejsou schopni účastníci zadávacího řízení zpravidla žádným způsobem transparentně zjistit, pokud je vendor sám nesdělí zadavateli. Výjimkou mohou být pouze situace, kdy API/konektory či zdrojové kódy jsou zveřejněné na webu vendora či dokonce všeobecně veřejně známé (dále viz Krokář).

4.5.7 Obchodní podmínky

Obchodní podmínky a konkrétní použitý typ smlouvy jsou nedílnou součástí zadávacích podmínek. Zadavatel musí pamatovat na to, že veškeré jím stanovené zadávací podmínky musí mít oporu v návrhu smlouvy a být vymahatelné smluvními pokutami. Zejména se to týká relevantních ustanovení k úniku z VLI, tj. exit strategie, budoucí součinnost vendora, poskytnutí dokumentace SW/IS, dodatečné vývojové práce apod. Z hlediska § 223 ZZVZ je rovněž vhodné v návrhu smlouvy výslovně upozornit na možnost aplikace § 223 odst. 1 ZZVZ, pokud budou naplněny tyto podmínky.

[25] https://www.zakazky.eu/archiv/clanek/587

4.5.8 Sektorové VZ

Zadavatelé, zadávající sektorové VZ se ve své praxi řídí určitými odlišnostmi, které nejsou přímo zmíněny v této metodice. Jde zejm. o nepostupování v ZŘ v rozsahu podlimitní VZ (tj. lze uplatnit obdobné postupy jako pro VZMR v tomto rozsahu), odlišné finanční limity, modifikované použití § 222 apod.

4.6 VLI jako výhoda

V praxi se rovněž mohou vyskytovat vědomé stavy VLI, které jsou od počátku takto uvažované, a proto není nutné je nijak řešit. V následujícím výčtu jsou uvedeny příklady, kdy VLI nemusí být vždy jen "problém". Je tomu tak zejména po zjištění, že trh efektivnější modus nenabízí, při současném vhodném nastavení smlouvy – dostatečná délka trvání předmětu smlouvy, ideálně na celý životní cyklus SW/IS v prostředí zadavatele, aby nebyla po tuto dobu závislost na dodavateli zneužitelná. Může se jednat o následující situace.

- Pořízený SW/IS nebude nutné po dostatečně dlouhou dobu zatížený žádnou rozvojovou potřebou, a přechod na nové řešení bude činit jen malé problémy.
- Pořízeným SW/IS, který byl řádně vysoutěžen, je integrační platforma, která sama o sobě zajišťuje otevřenou hospodářskou soutěž při rozvoji ostatních zadavatelových SW/IS, a ekonomický efekt této platformy převyšuje ekonomický efekt jiného řešení, pokud by tato integrační platforma ve stavu VLI nasazena nebyla.
- Systémy chráněné dle zákona č. 412/2005 Sb., tj. systémy na ochranu na utajovaných informací, kde je nežádoucí do stávajícího řešení "vpouštět" jiné dodavatele, při dodržení podmínek obecné výjimky dle § 29 odst. 1 písm. b) ZZVZ[26].
- V případě dominantního postavení výrobce na trhu, kdy zadavatel vlastně nemá jinou možnost (například pořizování SW Microsoft na osobní počítače, jelikož uživatelé neumějí pracovat s jiným operačním systémem). Pokud v takovém případě má výrobce více dodavatelů, jde o odůvodněnou preferenci konkrétního výrobce (§ 89 odst. 5 ZZVZ), pokud je výrobce zároveň jediným dodavatelem, jde o „klasické JŘBU" dle § 63 odst. 3 písm. b) nebo c). Tyto důvody tedy existují objektivně, nezávisle na předchozí VZ, hospodářská soutěž skutečně neexistuje. V takovém případě lze stejnou právní kvalifikaci použít i na budoucí VZ, jakkoli budou cílové akce ve stavu VLI.
- Jako další výhodu VLI někteří zadavatelé uvádějí „zafixované" historické platby, které jednak současný trh již nenabízí a vendor se nesnaží iniciovat jejich smluvní navýšení.

[26] Zadavatel není povinen zadat VZ v ZŘ, jestliže by došlo k vyzrazení utajované informace:
1. uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení,
2. uveřejněním písemné výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, nebo
3. zpřístupněním nebo poskytnutím zadávací dokumentace, pokud nelze učinit opatření podle § 36 odst. 8 ZZVZ, které by provedení zadávacího řízení umožňovalo,

5 Seznam příloh

Krokář – textová část

Krokář – způsoby úniku – diagram

Krokář – seznam opatření