

HAVEL & HOLÁSEK s.r.o.
Advokátní kancelář

Týn 1049/3, 110 00 Praha 1
Tel.: +420 224 895 950
Fax: +420 224 895 980

Hilleho 1843/6, 602 00 Brno
Tel: +420 545 423 420
Fax: +420 545 423 421

Zámecká 20, 702 00 Ostrava
Tel.: +420 596 110 300
Fax: +420 596 110 420

APOLLO BUSINESS CENTER II.
Prievozská 4/A, 821 09 Bratislava, Slovenská republika
Tel.: +421 232 113 900
Fax: +421 232 113 901

office@havelholasek.cz
www.havelholasek.cz

**Havel &
Holásek**
advokátní kancelář

Magistrát hl. města Prahy
odbor informatiky
k rukám Ing. Ladislava Kočího, ředitele odboru
Jungmannova 35/29
111 21 Praha 1

doručeno osobně

V Praze dne 27. května 2010

**PRÁVNÍ VYJÁDRĚNÍ K POSTUPU ZADAVATELE FORMOU JEDNACÍHO ŘÍZENÍ BEZ
UVEŘEJNĚNÍ – „JEDNOTNÝ EKONOMICKÝ SYSTÉM JES“**

Vážený pane řediteli,

advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK s.r.o. (dále jen „HAVEL & HOLÁSEK“) byla požádána, aby posoudila podklady týkající se připravované nadlimitní veřejné zakázky „Jednotný ekonomický systém JES“ (dále jen „JES“ nebo také jen „zakázka“) zadávané Magistrátem hlavního města Prahy („Magistrát“) coby veřejným zadavatelem a záměr zadavatele zadat tuto zakázku formou jednacích řízení bez uveřejnění („JŘBU“), z pohledu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů („ZVZ“).

Rádi bychom Vás ujistili, že naše advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK má rozsáhlé zkušenosti v oblasti přípravy i komplexního procesu zadávání veřejných zakázek i správního a soudního přezkumu postupu zadavatele, a to jak z pohledu zadavatele, tak z pohledu tuzemským i zahraničních dodavatelů. Naše advokátní kancelář též pravidelně publikuje odborné články a aktivně vystupuje na konferencích k veřejným zakázkám a projektům PPP. Advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK získala v roce 2009 v rámci soutěže *Právní firma roku* mimo jiné první místo v kategoriích Veřejný sektor a Největší právnická firma v České republice a v řadě právních oblastí ji doporučují všechny hlavní ratingové publikace.

1. MANAŽERSKÉ SHRUTÍ

Na základě předložených dokumentů a níže uvedeného rozboru, při správnosti předpokladů a východisek uvedených v této zprávě a s výhradami v ní uvedenými, jsme z našeho pohledu dospěli k následujícím závěrům, které jsou blíže rozvedeny v dalším textu tohoto dokumentu:

- (i) Ve vztahu k ochraně výhradních práv je možné konstatovat, že v případě systému GINIS zde výhradní práva dodavatele existují a v některých aspektech zcela jistě neumožňují zadavateli libovolně s užívanými systémy nakládat. U těchto částí plnění, jako jsou zejm. rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise a zajištění jednotné služby podpory, je možné použít postup JŘBU z důvodu ochrany výhradních práv.
- (ii) U některých dodávek a služeb, které mají být součástí plnění zakázky, však argument ochrany výhradních práv není možné aplikovat, neboť mohou existovat alternativní řešení. U těchto částí plnění je zásadní jejich technické a ekonomické zhodnocení. S ohledem na hodnocení zpracované odborným poradcem, lze potvrdit možnost použití postupu JŘBU z důvodů technických.
- (iii) Jak vyplývá z předchozího bodu, pro rozhodnutí zadavatele je podstatné zvážení technických důvodů pro postup v JŘBU. S ohledem na ekonomické hodnocení řešení, které je pro toto rozhodnutí velmi podstatné, by měla smlouva s dodavatelem zahrnovat pouze taková ujednání, která pro zadavatele v budoucnu v případě navazujících nebo souvisejících plnění nebudou představovat překážku alternativním řešením. To se týká zejména formulace licenčních ujednání, stanovení povinnosti dodavatele dostatečně dokumentovat technické řešení a tuto dokumentaci v odpovídající kvalitě předat zadavateli.
- (iv) V rámci právní jistoty pro uzavření smlouvy s dodavatelem a její plnění, jakož i v zájmu transparentnosti postupu zadavatele, doporučujeme provést dobrovolné uveřejnění o záměru uzavřít smlouvu s dodavatelem v JŘBU podle § 146 odst. 2 ZVZ.

2. PŘEDMĚT A ÚČEL VYJÁDRĚNÍ

Předmětem tohoto vyjádření je posouzení podkladů týkající se zadávání zakázky a souladu záměru zadavatele postupovat formou jednacího řízení bez uveřejnění se zákonnou úpravou zadávání veřejných zakázek; V této souvislosti jsme vycházeli z následujících předložených dokumentů a informací:

- (i) Dosavadní smlouvy (smlouva č. D/40/000337/2);
- (ii) Licenční ujednání (navrhované společností GORDIC spol. s r.o. pro své nové produkty);
- (iii) Důvodová zpráva JES předložená Zastupitelstvu HMP na základě usnesení RHMP ze dne 19.3.2010 č. 408 k tisku Z-408;
- (iv) Čestné prohlášení o existenci autorského díla, kterým je aplikační programový systém GINIS ze dne 2.1.2008;
- (v) Právní posudek Advokátní kanceláře JUDr. Milan Zápotočný ze dne 7.5.2007;
- (vi) Právní rozbor Advokátní kanceláře JUDr. Milan Zápotočný ze dne 6.5.2007;
- (vii) Právní stanovisko Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 17.5.2010 (týkající se JES);

- (viii) Informací potvrzených panem RNDr. Jiřím Havlíčkem při osobní schůzce dne 27.5.2010.

Záměr zadavatele jsme dále posuzovali z pohledu následujících obecně právně závazných dokumentů:

- (ix) ZVZ;
- (x) 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 (dále jen „AutZ“);
- (xi) Pravidla pro zadávání veřejných zakázek v podmínkách hl. m. Prahy ve znění změny č. 387 ze dne 7.4.2009.

3. SKUTKOVÝ STAV

Vzhledem k tomu, že součástí našeho právního vyjádření není a nemůže být analýza technické stránky věci, vycházeli jsme z dokumentů technické povahy, které nám byly předloženy Magistrátem (viz výčet v článku 2 výše). Zároveň vycházíme z toho, že tyto podklady správně a úplně popisují technickou stránku případu. Níže si dovoluujeme uvést základní shrnutí technických okolností, které jsou podstatné pro vlastní právní posouzení, při předpokladu zachování podstatných informací o povaze zvažované zakázky (přes veškeré zjednodušení popisu) a při předpokladu neexistence jiných podstatných technických okolností.

3.1. DOSAVADNÍ STAV

V roce 1992 realizovala společnost GORDIC spol. s r.o. (dále jen „GORDIC“) pro hlavní město Praha systém zpracování účetních a rozpočtových dat pomocí systému „Win UCR“. Tento systém byl postupně rozšiřován o další funkcionality, přičemž v roce 1998 proběhla implementace modernějšího systému „GINIS“, taktéž od společnosti GORDIC, ovšem pouze v rámci Magistrátu, některých městských částí a organizací. Je nutné poznamenat, že jak Win UCR, tak GINIS nebyly dodány jako jeden celek, ale postupně dle požadavků na jednotlivé moduly.

Vzhledem k neexistenci zastřešující rámcové smlouvy upravující např. jednotné licenci je nezbytné přistupovat ke zkoumání obsahu licenčních podmínek vždy ad hoc.

V současnosti systém GINIS používá celkem 10 městských částí a Technická správa komunikací hl. m. Prahy. Dalších 11 městských částí a Městská policie hlavního města Prahy stále používají systém Win UCR. Jedna městská část (MČ Praha 1) používá primárně systém SAP a pouze pro vykazování dat směrem k Magistrátu používá systém Win UCR.

Za účelem elektronizace agend Magistrát dále provozuje systém PROXIO/AGENDIO od společnosti Marbes consulting s.r.o.

Ačkoliv systém GINIS používá k ukládání dat databázovou platformu třetích stran (např. Oracle, Informix, MS SQL), představují jeho jednotlivé komponenty vysoce specializovaný, proprietární software (byť poskytující víceméně standardizované funkcionality) vytvořený výlučně společností GORDIC.

Systémy GINIS a Win UCR představují autorské dílo ve smyslu § 2 AutZ. Ve vztahu k systému GINIS společnost GORDIC deklaruje, že jde navíc o dílo souborné (§ 2 odst. 5 AutZ). Vzhledem k tomu, že specifickou součástí těchto systémů je software, uplatní se též určitá omezení rozsahu práv autora k počítačovému programu ve smyslu

§§ 65 a 66 AutZ. Licenční ujednání, která nám byla k určitým komponentům systému GINIS poskytnuta (resp. jednotné licenční ujednání, které společnost GORDIC používá pro produkt GINIS), blížeji specifikují množství, územní a časový rozsah poskytované licence.

3.2. POŽADAVKY ZADAVATELE NA DALŠÍ PLNĚNÍ – JES

Na základě analýzy provedené společností Deloitte (viz dokument (iii)) dospěl Magistrát k závěru, že pro plnění nových funkcionalit vyžadovaných právními předpisy, zjednodušení informačního systému a jeho zkvalitnění bude ekonomicky i technicky nejvýhodnější provést jeho integraci do JES, a to prostřednictvím dokonalejšího systému GINIS Enterprise, s cílem zajistit užívání jednotného systému v rámci Magistrátu i všech městských částí.

Záměrem při implementaci JES je:

- (i) systém Win UCR nahradit systémem GINIS Enterprise,
- (ii) u uživatelů GINIS provést rozšíření funkcionality na úroveň GINIS Enterprise,
- (iii) u městských částí 23 – 57, které nepoužívají GINIS ani Win UCR, implementovat systém GINIS Enterprise formou hostingů,
- (iv) dodat rozhraní GINIS Enterprise k integraci agendového systému PROXIO/AGENDIO do JES.

Pro úplnost zde shrňme ekonomické důvody vedoucí k vytvoření jednotného systému JES založený na produktech GINIS: (i) stávající uživatelé systému GINIS nemusí přecházet na nový systém, tj. omezí se jinak potřeбенé náklady na přeškolení; (ii) Magistrát získá snadný přístup k údajům zpracovávaným městskými částmi a dalšími metodicky řízenými organizacemi bez nutnosti vytvářet převodní rozhraní; (iii) nižší náklady při poskytování servisu/podpory díky jednotnému systému hlášení problémů. Obdobně technickými důvody jsou zajištěny: (i) technologické jednotnosti a kompatibility v rámci všech správních orgánů hlavního města Prahy, (ii) správy všech ekonomických procesů a (iii) centrální podpory, která nyní chybí.

Předmětem tohoto právního rozboru není a nemůže být posouzení, zda jiné než výše naznačené řešení by bylo nebo nebylo technicky či ekonomicky výhodnější; to učinil zadavatel dle svého uvážení na základě podkladů odborných technických poradců.

4. K PRÁVNÍMU STAVU OBECNĚ

4.1. ZADÁVÁNÍ ZAKÁZEK DLE ZVZ A VÝJIMKA Z OBECNÉHO POSTUPU

Veřejný zadavatel je povinen při zadávání veřejných zakázek postupovat dle ZVZ a s výjimkou zakázek malého rozsahu zadávat veřejné zakázky vždy ve formálním zadávacím řízení při dodržení podmínek uvedených v ZVZ. Druhy zadávacích řízení jsou taxativně uvedeny v ZVZ. Otevřené řízení a uzavřené řízení jsou obecně použitelné druhy řízení, které může zadavatel použít vždy; další druhy zadávacích řízení, mezi nimi i jednací řízení bez uveřejnění dle § 34 ZVZ (dále jen „JŘBU“) však může zadavatel použít pouze za podmínek uvedených v ZVZ v § 23.

Jednací řízení bez uveřejnění by mělo být využíváno zadavateli jen ve zcela výjimečných případech, ve kterých ze zákonem vymezených důvodů je nutně potřeba zohlednit jiné významné skutečnosti a upřednostnit jiné zájmy spíše než na transparentní a hospodárné zadání veřejné zakázky. Důvody pro použití tohoto druhu

řízení jsou proto zákonem stanoveny taxativně a jejich uplatnění musí být v praxi pečlivě zváženo s ohledem na všechny relevantní aspekty zakázky.

Dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

Možnost použití jednacím řízení bez uveřejnění v případě, že ze zákonných důvodů je oprávněn poskytnout určité plnění výhradně jediný dodavatel, byla přijata v roce 2005, nově oproti stávající právní úpravě. Při postupu dle této výjimky není přípustné, aby veřejná zakázka byla zadána více než jednomu dodavateli.¹

4.2. PŘEDPOKLADY PRO POUŽITÍ JŘBU DLE ZVZ

Podmínkou postupu dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je jak výše uvedeno skutečnost, že existuje pouze jeden dodavatel, který je schopen veřejnou zakázku splnit. JŘBU se v takovém případě vede pouze s jedním uchazečem. Tento stav se posuzuje k okamžiku zahájení zadávacího řízení.

Je přípustné, aby jednacím řízení bez uveřejnění bylo použito i v případě, že je splněno více důvodů dle tohoto ustanovení současně, např. pokud určitý dodavatel je výhradním poskytovatelem výhradního práva (licenčního oprávnění) k plnění, které již zadavatel pořídil a požaduje jeho rozšíření, přičemž rovněž z technických důvodů nemůže být toto plnění realizováno jiným dodavatelem.²

Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, dle kterého je možné JŘBU použít, vychází z předpokladu, že předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že může být realizován pouze jediným dodavatelem předmětu plnění veřejné zakázky "na celém světě", neboť tento dodavatel disponuje zvláštní vlastností, kterou nedisponuje jakýkoliv jiný dodavatel.

Technické důvody, které má uvedené ustanovení ZVZ na mysli, mohou spočívat například v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility plánovaného plnění s majetkem, který zadavatel pořídil již dříve, pokud je tento požadavek odůvodněný technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku.³ Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele, tj. nepostačí stav tvrzený.⁴ Tato výjimka je tak typická pro oblast informačních technologií a používá se zejména v případech specializovaných veřejných zakázek.

Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní či jinou licenci i jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout. Pokud vlastní licenční práva více subjektů, pak tato podmínka splněna není, protože zakázka může být plněna více dodavateli. Nutnost použití konkrétního řešení chráněného právem duševního vlastnictví musí být zároveň

¹ Viz též Důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách, poslanecký tisk 1076/0 z roku 2005.

² Viz též Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, str. 123;

³ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, str. 123;

⁴ Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 185;

objektivní, resp. nemůže existovat žádné jiné srovnatelné řešení, které by chráněno nebylo, popř. které by bylo také chráněno, nicméně by sloužilo stejnému účelu.⁵

Použití jednacního řízení bez uveřejnění musí být v podkladech pro veřejnou zakázku zadavatelem řádně odůvodněno tak, aby oprávněnost takového postupu mohla být ověřena orgánem dohledu.

4.3. LIMITY PRO POUŽITÍ VÝJIMKY

Podmínka pro použití JŘBU z technických a/nebo z důvodu ochrany výhradních práv by tedy nebyla splněna, pokud (i) existuje více srovnatelných technických řešení různých dodavatelů nebo (ii) pokud existuje jedno řešení, ovšem licenční práva vlastní více subjektů.

JŘBU však nelze použít ani pro ty části plnění, které s sebou nepřinášejí specifické, speciální či individuální řešení a které nemusí být poskytnuty výhradně dosavadním poskytovatelem (či dokonce lze předpokládat široký okruh možných dodavatelů), jako je dodávka běžně dostupného hardware nebo licencí, jakož i z povahy věci takových služeb, které může technicky i právně poskytovat i jiný subjekt. Pro tato dílčí plnění, ačkoli jsou nutná k realizaci celkového požadavku zadavatele, nejsou splněny podmínky pro použití JŘBU dle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ a je tedy nezbytné je zadat v samostatném (transparentním) zadávacím řízení. Takováto plnění může dodat jakýkoli jiný subjekt, který zejména pro realizaci veřejné zakázky disponuje potřebným know-how a prostředky.

4.4. RIZIKA SPOJENÁ S UŽITÍM JŘBU

Vedle zejm. ekonomických rizik souvisejících s otázkou hospodárnosti zakázky a zužování vazby na dodavatele jedinečné technologie je na místě krátce zmínit hlavní právní rizika, která hrozí v případě, že by zadavatel použil JŘBU bez splnění podmínek uvedených v zákoně (a v tomto posouzení).

Pokud by podmínky pro použití JŘBU nebyly splněny, zejména pokud by zakázku mohl plnit i jiný subjekt, než oslovený dodavatel, hrozí, že takový postup zadavatele bude posouzen ze strany Úřadu pro hospodářskou soutěž („Úřad“)

- coby správní delikt zadavatel (§ 120 ZVZ), přičemž Úřad je v takovém případě oprávněn zadavateli uložit sankci do výše 5 % ceny zakázky;
- před uzavřením smlouvy coby nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky, přičemž Úřad by byl oprávněn zrušit zadávací řízení (vedené formou jednacního řízení bez uveřejnění);
- po uzavření smlouvy coby správní delikt z důvodu uzavření smlouvy bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž Úřad by byl zároveň oprávněn uložit zákaz plnění uzavřené smlouvy. V případě uložení zákazu plnění smlouvy platí smlouva za neplatnou z důvodu nedodržení postupu podle ZVZ (§ 118 odst. 5 ZVZ).

Zákaz plnění smlouvy může ÚOHS vyslovit pouze na návrh (zejm. návrh jiného dodavatele), pokud byl takový návrh podán ve lhůtě 6 měsíců od okamžiku uzavření smlouvy popřípadě ve lhůtě 30 dnů od zveřejnění oznámení o uzavření smlouvy. Tato

⁵ Raus, D., Neruda, R.: Zákona o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde, 2007, str. 186;

druhá (kratší) lhůta nepoběží ve všech případech, ale pouze tehdy, pokud zadavatel příslušné oznámení uveřejní. V případě postupu prostřednictvím JŘBU není zadavatel zásadně povinen oznámení uveřejňovat, zadavatel však může učinit dobrovolné uveřejnění oznámení o záměru uzavřít smlouvu dle § 146 odst. 2 ZVZ a tak omezit riziko vyslovení zákazu plnění smlouvy.⁶ Na rozdíl od ostatních návrhů na přezkoumání úkonů zadavatele se v tomto případě nepodávají nejprve námitky zadavateli.

5. VYJÁDŘENÍ K POSTUPU MAGISTRÁTU V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ

Účelem tohoto vyjádření není popisovat komplexně platnou právní úpravu, proto se v dalším textu omezujeme na posouzení samotného záměru zadavatele zadat zakázku formou JŘBU a na platnou právní úpravu odkazujeme pouze tam, kde to považujeme z hlediska konkrétního posouzení za relevantní.

Po přezkoumání předložených dokumentů jsme s ohledem na právní úpravu zadávání veřejných zakázek a zavedené právní principy, s přihlédnutím k aktuální rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a soudů a s přihlédnutím k obecné standardní praxi zadávání veřejných zakázek, dospěli k následujícímu:

Pokud realizace zakázky nutně předpokládá, že dodavatel je držitelem licenčních práv, a pokud tato licenční práva má pouze jeden jediný dodavatel, pak podmínka pro použití JŘBU z důvodu výhradních práv splněna je.

Zda posuzovaná veřejná zakázka je natolik specializovanou veřejnou zakázkou, že ji lze zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, lze zjistit pouze po zohlednění následující skutečnosti:

Obecně platí, že veřejné zakázky týkající se poskytování podpory provozu a zajištění rozvoje informačního systému může realizovat širší okruh dodavatelů. Za předpokladu, že informační systém byl podstatně uživatelsky přizpůsoben objednateli (jeho funkčnost tedy v daném okamžiku může v plném rozsahu nabídnout pouze jeden dodavatel), jde o specializovanou veřejnou zakázku, kterou je zadavatel oprávněn zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

Jak jsme uvedli v bodech 4.1 a 4.2, předpokladem pro použití JŘBU je existence alespoň jednoho z důvodů uvedených v § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. S ohledem na posuzovaný předmět, tj. systém JES, mohou být relevantní pouze technické důvody nebo důvody ochrany výhradních práv.

5.1. TECHNICKÉ DŮVODY

Oblast informačních technologií a případy specializovaných veřejných zakázek jsou v právní literatuře pravidelně uváděny jako příklad technických důvodů, které objektivně brání realizaci veřejné zakázky jiným než určitým (jediným) dodavatelem⁷. Zakázka z oblasti informačních technologií i v takovém případě musí splňovat určitá přísná kritéria.

⁶ Viz též Důvodová zpráva k zákonu č. 417/2009 Sb., změna zákona o veřejných zakázkách účinná od 1.1.2010, poslanecký tisk 882/0; V zájmu právní jistoty se jedná o prekluzivní lhůty, tj. marné uplynutí kterékoli z obou lhůt má za následek nemožnost podat návrh na zákaz plnění smlouvy. Uvedené ustanovení transponuje požadavky směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2007/66/ES.

⁷ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 123

Při posuzování zakázky a možnosti jejího splnění jediným dodavatelem je potřeba předně zvážit **technickou možnost** navázání na stávající systém. Na svých webových stránkách popisuje výrobce systém GINIS jako systém otevřený, založený na mezinárodně uznávaných standardech. Tento popis sám o sobě naznačuje, že systém GINIS by měl být propojitelný s libovolným software. Za projev uvedené propojitelnosti lze považovat realizaci zakázky „Analýza, realizace a pilotní implementace rozhraní PROXIO/AGENDIO-GINIS-sociální dávky (E.AGE/ZAV)“ společností GORDIC v roce 2009, během níž mělo být vytvořeno rozhraní pro přenos údajů mezi oběma systémy, přičemž rozumíme, že fakticky šlo o otestování realizace součásti plánovaného JES. Dále z popisu této zakázky⁸ vyplývá, že systém GINIS pracuje s databázovými nástroji třetích stran. Lze tedy předpokládat, že při kvalitním zdokumentování datových struktur lze k databázi přistupovat prostřednictvím jakéhokoliv adekvátního software.

Zároveň je třeba brát v potaz riziko nefunkčnosti nových anebo stávajících komponent z důvodu nekompatibility v budoucnu provozovaných systémů (což opět není otázkou právní, ale skutkovou). Pokud stávající smluvní vztahy mezi zadavatelem a GORDIC upravují povinnost společnosti GORDIC dostatečně dokumentovat technické řešení a tuto dokumentaci v odpovídající kvalitě předat zadavateli, a GORDIC tuto povinnost řádně splní, lze toto riziko minimalizovat. Takovéto ujednání je upraveno ve smluvní dokumentaci, která nám byla poskytnuta.

K posouzení otázky možnosti plnění zakázky jiným dodavatelem je dále relevantní **ekonomická stránka** zakázky, tj. srovnání nákladů na realizaci zakázky stávajícím a jiným dodavatelem. Ačkoli se nemůžeme vyjadřovat v rámci právního posouzení ani k finančním dopadům způsobu realizace zakázky a výhodnosti navrhaného řešení, z předložených dokumentů vyplývají následující relevantní skutečnosti: Jiný dodavatel než GORDIC by musel pro integraci stávajících systémů vytvořit tři typy rozhraní – jedno pro převod dat ze systému Win UCR, druhé pro převod ze systému GINIS a třetí pro převod ze systému PROXIO/AGENDIO. Dodávka společnosti GORDIC je v tomto o jeden element jednodušší, neboť systém GINIS je již u zadavatele používán, resp. o dva elementy za předpokladu, že systém Win UCR má být nahrazen také systémem GINIS. Dále odpadá potřeba zajistit proškolení uživatelů, pokud ke změně systému nedojde. Možnost tvorby příslušných rozhraní mezi rozdílným software pochopitelně závisí na možnosti tento rozdílný software navzájem propojovat (k tomu viz následující bod 5.2).

Z popisu JES vyplývá, že předběžná kalkulace nákladů na jeho vybudování zahrnuje cenu licencí za systém GINIS Enterprise, která je však oproti běžné ceně ponížena o hodnotu licence za systémy GINIS a Win UCR, které již zadavatel používá – v tomto ohledu je zřejmé, že dochází k výraznému snížení finančních nákladů při respektování hodnoty již pořízeného majetku.

Z výše uvedeného vyplývá, že existují argumenty jak pro tvrzení, že z technických důvodů může systém JES dodat i jiný dodavatel, tak pro závěr, že neslučitelnost nebo nevyhnutelnost provozních problémů spojených s dodávkou částečně nového systému od jiného dodavatele je důvodem pro použití JŘBU. Posouzení, které argumenty převažují, závisí zejména na jejich ekonomickém posouzení, přičemž relevantní je zároveň i technické posouzení otázky, nakolik je stávající systém otevřený a nakolik umožňuje bezproblémově dosáhnout interoperability se systémy třetích stran.

⁸ tento popis taktéž přebírá dokument zpracovaný Advokátní kancelář ABBOT

Zde je na místě vycházet z ekonomického posouzení, které bylo zpracováno pro účely rozhodování Zastupitelstva hlavního města Prahy (viz dokument (iii)). Jestliže toto ekonomické posouzení dokládá ekonomickou nevýhodnost dodávky systému JES jiným dodavatelem než společností GORDIC a naopak dokumentuje možné úspory při oslovení společnosti GORDIC, je splněna premisa, že jiné než navržené řešení dodávky společnosti GORDIC by vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele⁹. Obdobně pokud analýza technického poradce dospěla k závěru, že nelze snadno s ohledem na komplexnost již používaného řešení nebo technická omezení vlastní systémům GINIS nebo WIN UCR dosáhnout interoperability se systémy třetích stran, je možné poukázat na splnění další premisy, tj. značného rizika nefunkčnosti již pořízeného majetku. Kombinace naplnění těchto premis v daném případě je důvodem pro zadání zakázky postupem v JŘBU.

5.2. OCHRANA VÝHRADNÍCH PRÁV

Bez ohledu na technickou proveditelnost je nutné posoudit možná řešení též z pohledu ochrany práv duševního vlastnictví, které jsou právním řádem ČR chráněny a jejichž ochranu zohledňuje i ZVZ tím, že ochranu těchto práv uvádí jako jeden z důvodů pro použití JŘBU (viz výše bod 4.2). Při posuzování možnosti plnění zakázky jiným dodavatelem je tak základní otázkou, zda lze integrovat stávající software s jiným systémem bez zásahu do práv chráněných autorským právem, resp. zda lze za splnění těchto podmínek dosáhnout požadované funkcionality.

Z dostupných dokumentů týkajících se provozovaných systémů (např. smlouva č. D/40/000337/2 ze dne 24. 6. 1999) vyplývá, že společnost GORDIC výslovně neomezuje uživatele systému v případných drobných úpravách díla – toto oprávnění pro uživatele tedy v mezích stanovených limitů vyplývá přímo z autorského zákona, jak je detailněji rozvedeno níže.

Systém GINIS je dle prohlášení společnosti GORDIC autorským dílem¹⁰ souborným, tj. kromě software v sobě zahrnuje i další díla chráněná zákonem. Těmito dalšími díly může být konkrétní architektura integrovaného systému – vzhledem k tomu, že tato architektura odpovídá velice specifickým požadavkům zadavatele, je nutné zvážit, zda dané dílo není možno považovat za tzv. dílo vytvořené na objednávku. Dle § 61 AutZ platí, že autor u díla na objednávku poskytl licenci k účelu vyplývajícímu ze smlouvy, není-li sjednáno jinak. Z předložených dokumentů¹¹ k systému GINIS vyplývá, že účelem dodávky je zhotovení a instalace software, poskytnutí licence k jeho použití. Za explicitně neupravený účel s ohledem na celkový kontext uzavřené smlouvy, jímž je poskytnutí softwaru ekonomickému subjektu pro jeho vnitřní potřeby v souladu s příslušnými právními předpisy a s cílem podpoření jeho činností, je nutné považovat využití tohoto softwaru v prostředí umožňujícím jeho vzájemné propojení (předmětem dodávky je více modulů, které spolu souvisí a logicky mohou navazovat na jiné moduly) s jiným softwarem.

Ve vztahu k softwarovým částem systému GINIS je pak nutné doplnit, že dle § 66 odst. 1 písm. e) AutZ je uživatel oprávněn zasahovat do počítačového programu za účelem dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy. Z předložených podkladů nevyplývá, že by GORDIC měl v úmyslu toto právo omezit. Například ve smlouvě

⁹ Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, str. 123;

¹⁰ autory daného díla bývají zpravidla zaměstnanci, v tomto případě pak společnost GORDIC vykonává majetková práva k autorskému dílu, a proto ji pro naše účely můžeme v dalším textu považovat také za autora

¹¹ např. smlouva č. D/40/000337/2 ze dne 24. 6. 1999

č. D/40/000337/2 ze dne 24. 6. 1999 se v článku XI odst. 2 uvádí: „*zhotovitel se zavazuje je [zdrojové formy počítačových programu] předat objednateli v případě ukončení své činnosti*“. Ačkoli u tohoto ustanovení není jednoznačné, zda se má týkat pouze případů ukončení činnosti dle dané smlouvy nebo ukončení obchodní činnosti GORDIC jako takové, je mu možné rozumět tak, že explicitně nederoguje ustanovení § 66 odst. 1 písm. e) AutZ, z něhož vyplývá možnost úpravy programu za účelem zajištění interoperability; ostatně dle komentářů vyloučení práva vyplývajících z § 66 odst. 1 písm. e) AutZ ani není smluvně možné¹².

Pro úplnost uvedme, že novější verze licenčního ujednání společnosti GORDIC, jak nám byla poskytnuta, již výslovně omezuje zpětnou analýzu, dekompilaci a převod ze strojového kódu (reverse engineering), na druhou stranu však opět výslovně nezakazuje možnost uživatele usilovat o funkční propojení s jiným softwarem a ani, jak jsme uvedli výše, tak v souladu s platným právem činit nemůže. Tento závěr nemění ani čestné prohlášení (viz dokument (iv)), neboť to pouze deklaruje oprávnění společnosti GORDIC s dílem nakládat (z titulu zaměstnaneckého díla, kdy ekonomická práva k autorským dílům zaměstnanců vykonává zaměstnavatel); výhradní právo nastavovat, udržovat a v případě potřeby i upravovat je taktéž deklarováno pouze ve vztahu k autorům díla, což nebrání společnosti GORDIC udělit licenci dalším osobám (včetně uživatelům) a toto své výhradní právo omezit. Ze zkoumaných dokumentů nevyplývá, že by společnost GORDIC udělila přímo oprávnění dodáváný software upravovat, avšak ani z nich nevyplývá jiné ujednání, které by uživatelům bránilo v omezené míře dodané autorské dílo upravovat v souladu s příslušnými ustanoveními AutZ.

Ve vztahu k systému JES můžeme tedy na základě výše uvedeného a s přihlédnutím k možným jiným způsobům řešení zmíněným v předchozím bodě 5.1 říci, že neexistují jednoznačně vymezená výhradní práva, která by dodávkou JES (definovanou funkčními požadavky) měla být dotčena, a to za předpokladu, že by dodávka spočívala technicky výhradně v úpravě stávajícího počítačového programu nezbytné pro zajištění interoperability s dalšími programy a dále v dodávce či vytvoření programu jiného. Pro vyloučení pochybností uvádíme, že tento závěr tedy nelze použít například pro případ, že by dodávka spočívala také v jiné úpravě systému GINIS nad rámec zajištění jeho interoperability s dalšími systémy.

Je zřejmé, že systém GINIS může dodat pouze společnost GORDIC, na druhou stranu však software plnící stejné funkce může dodat kterýkoliv jiný dodavatel za předpokladu, že následně bude zajištěno vytvoření adekvátního rozhraní. Ochrana výhradních práv tedy nemůže být sama o sobě důvodem pro použití JŘBU, není-li současné jednoznačně prokázáno, že je potřeba zasáhnout do stávajícího autorského díla společnosti GORDIC a že jediné jeho úpravou nad rámec zajištění jeho interoperability s dalšími systémy bude dosaženo požadované funkcionality v rámci JES.

Splnění právě uvedené podmínky lze určitě potvrdit v případě rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise (viz plnění popsané v bodě 3.2 ((ii))), neboť je zřejmé, že tuto část plnění může poskytnout pouze společnost GORDIC. Obdobně by nebylo možné poptávat jednotnou službu technické podpory, neboť s ohledem na proprietární charakter systému GINIS Enterprise není žádný jiný poskytovatel schopen zajistit servis tohoto systému. U ostatních částí plánovaného systému JES lze však z právního pohledu připustit alternativní řešení, takže je nutné posuzovat i otázky

¹² Telec, I. Tůma, P. Autorský zákon. Komentář. I. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 630

technických a ekonomických důvodů, jak jsou uvedeny v bodu 5.1 výše. V těchto případech však nelze dospět k použití JŘBU z důvodu ochrany výhradních práv.

5.3. ZÁVĚR

Ke zjištění, zda je možné pro zadání zakázky JES použít JŘBU, jsme výše posuzovali existenci technických důvodů a/nebo důvodů ochrany výhradních práv.

Ve vztahu k ochraně výhradních práv je možné konstatovat, že v případě systému GINIS zde výhradní práva dodavatele existují a v některých aspektech zcela jistě neumožňují zadavateli libovolně s užívanými systémy nakládat, včetně jeho rozvoje. To se týká zejména části zakázky, která má spočívat v rozšíření funkcionalit systému GINIS na GINIS Enterprise a v zajištění jednotné služby podpory. V souladu s platnou právní úpravou a s ohledem na povahu některých dodávek a služeb pro účely JES je ale možné identifikovat řešení, pomocí nichž lze fakticky dosáhnout obdobných výsledků i prostřednictvím jiných řešení a jiných dodavatelů. U těchto částí plnění je zásadní technické a ekonomické zhodnocení (viz bod 5.1 výše). Za předpokladu, že tato posouzení správně dokládají ekonomickou nevýhodnost dodávky systému JES jiným dodavatelem než společností GORDIC a naopak dokumentují výrazné úspory při realizaci zakázky společností GORDIC a rizika interoperability se systémy třetích stran (s ohledem na komplexnost již používaného řešení nebo technická omezení stávajících systémů), pak lze dospět k závěru, že použití JŘBU je v tomto případě odůvodněno a je v souladu s právní úpravou ZVZ.

6. DOPORUČENÍ

S ohledem na výše uvedené si dovoluujeme dále doplnit následující doporučení k postupu zadavatele formou JŘBU. V případě zájmu jsme samozřejmě připraveni tato doporučení blíže specifikovat a pomoci s jejich realizací.

- (i) Použití zadávacího řízení formou JŘBU musí být řádně odůvodněno v dokumentech týkajících se zadání veřejné zakázky a podloženo odborným vyjádřením z technického a ekonomického pohledu, aby byl zřejmý jeho právní podklad a odůvodnění bylo přezkoumatelné Úřadem.
- (ii) V odůvodnění bude namísto rozlišovat mezi částí plnění, na kterou se nutně vztahuje ochrana výhradních práv, a částí plnění, u kterých se uplatní technické důvody. Pro vyloučení pochybností uvádíme, že pokud by součástí plnění měly být běžné dostupné služby a dodávky (zejm. dodávka hardware a běžných licencí), bylo by tyto plnění nutné zadat v obecně použitelném druhu zadávacího řízení.
- (iii) S ohledem na ekonomické hodnocení řešení, které je relevantní pro rozhodnutí o technických důvodech pro použití JŘBU, by měla smlouva s dodavatelem (a) co se týče ceny plnění být objektivně odůvodnitelná s ohledem na aktuální podmínky na trhu a (b) zahrnovat pouze taková ujednání, která pro zadavatele v budoucnu v případě navazujících nebo souvisejících plnění nebudou představovat překážku alternativním řešením. Licenční ujednání dodavatele by rozhodně neměly omezovat zadavatele nad rámec zákonné úpravy AutZ ani nad rámec licenčních ujednání obvyklých pro tento druh plnění, a odpovídat dosavadnímu standardu. To se týká i stanovení povinnosti dodavatele dostatečně dokumentovat technické řešení a tuto dokumentaci v odpovídající kvalitě předat zadavateli.
- (iv) V rámci právní jistoty ve vztahu k platnosti smlouvy, která má být s dodavatelem v JŘBU uzavřena, a jejímu plnění, jakož i v zájmu transparentnosti postupu zadavatele

doporučujeme provést dobrovolné uveřejnění o záměru uzavřít smlouvu s dodavatelem v JŘBU podle § 146 odst. 2 ZVZ (viz též bod 4.4 výše).

7. **DALŠÍ DŮLEŽITÉ SKUTEČNOSTI A PŘEDPOKLADY**

Toto vyjádření předkládáme na Vaši žádost pro účely interní diskuse a rozhodnutí o zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění. Věříme, že Vám toto vyjádření poslouží jako potřebný podklad pro tento účel. Vzhledem k omezenému rozsahu vyjádření, krátkému časovému prostoru pro posouzení a naopak komplexnosti předmětu zadávacího řízení, není ani toto vyjádření komplexním právním stanoviskem k celé právní problematice. V případě Vašeho zájmu a v návaznosti na Vaše další pokyny jakož i dodatečné informace a dokumenty jsme rádi připraveni toto vyjádření dále rozpracovat či rozšířit o další otázky. Toto vyjádření v současné podobě rovněž nemůže nahradit právní radu ohledně kterékoliv konkrétní záležitosti spadající do jeho předmětu, a současně nemůže zohledňovat judikaturu či jiné podklady, které ani při vynaložení řádného úsilí nejsou ke dni zpracování tohoto vyjádření seznatelné. Pro vyloučení pochybností uvádíme, že součástí naší analýzy nemůže být technické nebo ekonomické zhodnocení problému a v tomto směru jsme vycházeli z podkladů zadavatele pracovaných jeho odbornými poradci, při předpokladu jejich správnosti a úplnosti.

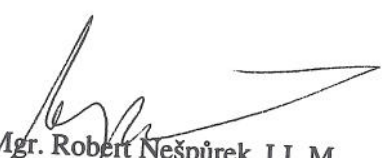
Tato zpráva byla vypracována podle práva České republiky a nebere v úvahu právo jiných států. Pokud by se jakákoliv otázka v rámci předmětu této zprávy vztahovala k právu jiného státu než České republiky, je třeba k jejímu řešení přizvat právního poradce, který je oprávněn poskytovat právní služby podle příslušného právního řádu.

Toto vyjádření bylo zpracováno výhradně pro Magistrát hl.m. Prahy a nesmí být bez výslovného písemného souhlasu společníka advokátní kanceláře HAVEL & HOLÁSEK zpřístupněna jakékoli třetí osobě. Výjimku tvoří použití tohoto vyjádření v rámci interní diskuse zadavatele veřejné zakázky. Prosíme o pochopení, že udělením souhlasu k poskytnutí tohoto vyjádření třetí osobě nepřijímá HAVEL & HOLÁSEK žádnou odpovědnost ani závazek vůči takové třetí osobě. V případě zájmu jsme rádi připraveni přepracovat toto vyjádření do podoby právního stanoviska tak, aby zahrnovalo komplexní posouzení všech relevantních aspektů.

V případě, že budete mít k výše uvedenému jakékoliv dotazy či připomínky, můžete se na nás kdykoliv s důvěrou obrátit.

V Praze dne 27. května 2010


Mgr. Adéla Havlová, LL.M.
advokát a partner


Mgr. Robert Nešpůrek, LL.M.
advokát a společník