

25. 7. 2023

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

# Konfigurace smluvního vztahu: alternativní pohled na Vendor lock-in v IT

Klíčový software pro zpracování agendy úřadu, který nelze ničím nahradit (tzn. nevyvážený poměr sil mezi smluvními partnery), databáze, ze které prakticky nemůžete přenést data bez součinnosti dodavatele (tzn. technická inkompatibilita původního plnění s plněním od jiného dodavatele), software v programovacím jazyku, který znají už jen pracovníci dodavatele a kteří si jakoukoli úpravu nechají pořádně zaplatit (tzn. nemožnost zadavatele nakládat se zdrojovým kódem), monopolní dodavatel softwarového řešení, se kterým končí dlouhodobá smlouva a je nutno vyjednat nové podmínky (tzn. nevhodné sjednání licenčních oprávnění a dalších smluvních ujednání).

**To je jen několik „neřešitelných“ příkladů, kterým v oblasti nákupu a řízení IT čelí veřejní zadavatelé.**

S postupující digitální transformací veřejného sektoru se problém každým rokem prohlubuje: roste počet veřejných zakázek na informační technologie (IT), s technologiemi čtvrté průmyslové revoluce jsou požadavky na IT komplexnější, tlak na integraci softwarových řešení vyžaduje dodatečnou customizaci a současně ztěžuje přechod k novému dodavateli, dobíhají dlouhodobé smlouvy na software, které je nutno obnovit, znovu vysoutěžít a případně přejít k novému dodavateli.

Tyto ilustrativní příklady ukazují, že na rozdíl od většiny ostatních plnění, která lze poměrně snadno ukončit a přejít na nového dodavatele, vzniká u řady IT produktů systematická závislost na konkrétním dodavateli tzv. vendor lock-in. Jakoukoli potřebu změn, úprav či rozšíření u tohoto typu IT plnění tak zadavatel z právních nebo technických důvodů často realizuje prostřednictvím specifického jednacního řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) dle § 63 zákona č. [134/2016](#) Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Avšak JŘBU vyžaduje naplnění striktně stanovených podmínek a zadavatelé tudíž čelí postihu regulačních orgánů.

Zadavatel se tedy ocitá mezi dvěma mlýnskými kameny: obchodní případ neumožňuje oslovit více dodavatelů a současně regulační orgány oslovení jediného dodavatele přísně trestají. Klíčovou otázkou je, zda lze toto dilema efektivně řešit.

## Institut vendor lock-in

Vendor lock-in označuje stav, kdy je zadavatel nucen poptat navazující plnění od stávajícího dodavatele, přičemž tak dochází k omezení či úplnému vyloučení hospodářské soutěže. Zadavatel je „[...] zcela závislý na službě konkrétního dodavatele. Proto se mluví o proprietárním uzamčení zadavatele, [...]“<sup>[1]</sup> Vedle vyloučení soutěžního prostředí je přímým důsledkem vendor lock-in de facto neomezená možnost původního dodavatele měnit (zejména) finanční podmínky závazku. Dodavatelský monopol ve vztahu k zadavatelem požadovanému plnění umožňuje stávajícímu dodavateli téměř libovolně stanovovat pravidla hry, a tedy i cenu navazujícího IT plnění. Například nejdůležitější rizika spojená s vendor lock-inem u cloudových služeb: utopené náklady na instalaci a proškolení zaměstnanců, obtížnost získat a snadno migrovat vlastní data, nestandardní protokoly na

zpracování tabulek a dat,[2] celková finanční náročnost (navazujícího) IT plnění se tak pro zadavatele mnohdy až neúměrně zvyšuje; tržní mechanismus ztrácí na významu.

Nicméně, problematika vendor lock-in není tématem pouze pro oblast veřejných zakázek na IT. Při pořizování určitého plnění (produktů či služeb) vendor lock-in vzniká přirozeně z podstaty věci například využitím dodavatelem vyvinuté a zcela ojedinělé komponenty či vlastního know-how; hovoříme zde o technických důvodech, které připoutávají zadavatele k původnímu dodavateli. Dalšími důvody pro přirozený vendor lock-in mohou být patenty dodavatele, např. u léků, vysoce specializované přístroje typicky ve zdravotnictví, nebo *de facto* monopolní postavení dodavatele, např. exkluzivní přístup ke zdrojům, vlastnictví platformy atd.

ÚOHS a správní soudy ve spojitosti s vendor lock-in uvádějí, že při pořizování IT plnění je povinností zadavatele náležitě zvážit jeho životní cyklus a budoucí potřebu změn, úprav či rozšíření. Svým proaktivním jednáním (nejen při pořizování původního IT plnění) má pak zadavatel usilovat o získání zdrojového kódu k IT plnění a možnost volné dispozice s ním[3] či si ve smlouvě na veřejnou zakázku vyhradit licenční oprávnění umožňující zadavateli poptat navazující plnění od jiného dodavatele. Naopak, dodavatel postupuje legitimně, když sleduje své vlastní zájmy a snaží se ochránit své know-how a exkluzivitu jím poskytovaných služeb (IT plnění).

Takovéto univerzální řešení, ke kterému se kloní i odborná veřejnost, se však z pozice zadavatele jeví jako poměrně tvrdé; zadavatel totiž nemá jinou možnost, než od počátku ve vztahu s dodavatelem působit nikoliv z pozice partnera, ale nedůvěřivého zákazníka připraveného kdykoli spolupráci ukončit, přičemž takový přístup musí zodpovědný dodavatel reflektovat v nabídkové ceně. Existuje celá řada článků, které identifikují široké portfolio opatření, jak se vendor lock-inu efektivně a jednou pro vždy vyhnout.[4] My jsme z hlediska reálné efektivnosti těchto opatření poněkud skeptičtí,[5] např. i když zadavatel získá přístup ke zdrojovému kódu, neznamená to, že bude schopen tento kód bez vynaložení velkých investic využít k pozdějším úpravám software – a to ani prostřednictvím třetích osob, pro které může být neefektivní se s takovým (komplikovaným) zdrojovým kódem seznamovat a následně jej teprve upravovat dle požadavků zadavatele.

Stejně tak se v rozhodovací praxi setkáváme s požadavky, aby zadavatel použil poměrně komplexní přístup a předmětné IT plnění poptal tzv. na zelené louce v otevřené hospodářské soutěži včetně příslušných oprávnění k zasahování do IT plnění. Ambicí tohoto přístupu je zcela eliminovat monopol konkrétního dodavatele, a tím i potenciální umělé navyšování ceny předmětu plnění. Vedle pochyb o realizovatelnosti takového opatření v praxi se však tento postup dostává do konfliktu s obecným požadavkem na hospodárné, účelné a efektivní vynakládání veřejných finančních prostředků. Zadavatelé zde správně upozorňují na skutečnost, že pořízení IT plnění „na zelené louce“ může být v rozporu s cíli veřejného zadávání a ZZVZ, kterými jsou mimo jiné „[...] zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.“[6] Zadavatel by pořizoval nové IT plnění, ačkoliv plně funkčním IT plněním – vyžadujícím jisté změny, úpravy či rozšíření – již disponuje; dochází tak ke zmaření dříve vynaložené investice. Nadto máme za to, že i v případě vyhrazení licence ve „správném“ rozsahu zadavatel nikdy nebude schopen eliminovat shora popsanou a naprosto přirozenou skutečnost, že původní dodavatele vždy bude znát zdrojový kód lépe než kdokoliv jiný, a proto pro něj bude i realizace požadovaných změn zásadně nesrovnatelně méně náročné.[7]

A zmiňme ještě jeden zajímavý případ zadavatele, který plánoval životní cyklus software na 10 let a uzavřel s dodavatelem dlouhodobou smlouvu. Nicméně, po uplynutí smluvního období se ukázalo, že díky smluvním aktualizacím software zcela vyhovuje všem současným požadavkům a je možno jej bez dalšího využívat i nadále. Pro soukromou firmu by to byla skvělá zpráva: ušetří náklady na vývoj a zavedení nového software. Z hlediska veřejného zadávání zásadní problém. Vždyť zadavatel měl tuto možnost předvídat a dát si do smlouvy opci právě pro tento případ na dalších 10 let. Vždyť kdyby to

věděli jiní dodavatelé, určitě by se před deseti lety tendru zúčastnili nebo dali jinou nabídku. Hanba a pokuta zadavateli, že neřešil vendor lock-in! Jenže i zde se domníváme, že se jedná o „knížecí radu“ a ničím nepodložený předpoklad. Vždyť desetiletá opce znamená, že dodavatel musí nabízet stále stejné smluvní podmínky dalších deset let bez ohledu na reálný vývoj trhu.[8] Takže můžeme legitimně předpokládat, že taková podmínka by omezila trh a odradila uchazeče, kteří nejsou ochotni nést podobné nepřiměřené riziko, nemluvě o navýšení ceny za takové riskantní plnění.

## Nastavení smluvního vztahu

Předchozí diskuse naznačuje, že pro předcházení vendor lock-inu neexistuje jednoduché, univerzální řešení a že v mnoha případech je vendor lock-in v oblasti IT přirozený stav, který nelze reálně eliminovat a který je potřeba řešit správným nastavením smluvního vztahu s dodavatelem, přičemž opatření na eliminaci vendor lock-inu je nutno považovat za pomocné nástroje, jak smluvní vztah vybalancovat a účinně předcházet oportunistu ze strany dodavatele. **Pokud připustíme premisu o situační nevyhnutelnosti vendor lock-inu, můžeme se podívat na jeho efektivní řízení zcela novou perspektivou, kdy není cílem vendor lock-in zcela eliminovat, ale minimalizovat jeho negativní dopady pro zadavatele - jinými slovy přijmout fakt, že vendor lock-in u určitého plnění objektivně existuje, není možné jej „vyřešit,“ a proto je nutné se s ním naučit žít a pracovat.**

Vodítko, jak takový smluvní vztah vhodně konfigurovat, nám poskytuje Teorie transakčních nákladů (TCE) formulovaná Oliverem Williamsonem (2008),[9] který rozlišuje tři hlavní způsoby, jak se s vendor lock-inem vypořádat: **1. silový** (musclar approach), **2. bezzubý** (bening approach) a **3. pragmatický** (credible approach). Pojdme si tyto přístupy představit podrobněji a aplikovat na praktických příkladech.

### I. Silový přístup ve smluvním vztahu

První ze zmíněných přístupů Williamson popisuje jako striktní vystupování a jednání zadavatele, zpravidla významného a disponujícího velkou tržní silou, který stanoví pro protistranu přísné a jednostranně výhodné smluvní podmínky a chová se ve formulaci smlouvy stylem „ber nebo nech být,“ např. - vyhrazuje si **možnost kdykoliv odstoupit od smlouvy, požaduje poskytnutí zdrojového kódu, stanoví požadavek na výhradní licence či oprávnění zdrojový kód měnit i prostřednictvím třetích osob**, bezúplatnou povinnost poskytnout součinnost při přechodu na nového dodavatele, opci na prodloužení smlouvy, apod. Bez ohledu na specifika obchodního případu tedy jedna (v danou chvíli snad silnější) smluvní strana aplikuje dobrou praxi eliminace vendor lock-inu, přičemž svou vůli prosazuje adhezní smlouvou a tvrdými **sankcemi**.

Silový přístup je mezi veřejnými zadavateli velmi oblíbený, protože vzniká dojem, že zadavatel riziko vzniku vendor lock-in zcela odstranil nebo alespoň účinně minimalizoval - nadto takový postup lehce vysvětlí orgánům přezkumu a dozoru. Jenže, realita je jiná: zodpovědný dodavatel může takto jednostrannou smlouvu jednoduše odmítnout a zadávacího řízení se neúčastnit, čímž se nenaplní požadavek na otevřenou hospodářskou soutěž. Alternativně musí dodavatel tyto striktní podmínky, garance a s nimi spojené riziko zohlednit v ceně plnění, která bude i řádově vyšší než obvyklá cena. A nelze vyloučit ani účelové obcházení smlouvy ze strany dodavatele.

Typickým příkladem tak je situace, kdy zadavatel požadoval od dodavatele s nejvýhodnější nabídkou předání zdrojového kódu, aby mohl navazující plnění pořídit v některém z otevřenějších druhů zadávacího řízení. Vyvstává nicméně relevantní otázka - je pravděpodobné (možné), aby navazující veřejnou zakázku vysoutěžil jiný dodavatel, než dodavatel původní? Pochybnosti jsou v tomto směru zcela na místě - dodavatel, který pro zadavatele vyvinul původní plnění, disponuje potřebnou úrovní znalostí, odpovídajícími a zpravidla i nejúčinnějšími prostředky k zasahování do předmětu plnění a je

tak schopen nabídnout i nejvýhodnější cenovou nabídku. I přes otevřenou hospodářskou soutěž tak „uzamčení“ ve vztahu k původnímu dodavateli nepřímo trvá i nadále, nehledě na to, že zadavatel si v původním zadávacím řízení „příplatil“ za možnost poplat navazující plnění (zdánlivě) od jiného dodavatele.

Přetrvávající závislost na původním dodavateli dokumentují i případy, kdy zadavatel, byť disponoval zdrojovým kódem, musel přistoupit k poptání navazujícího plnění od stávajícího dodavatele (v JŘBU) z technických důvodů. Z (autorsko)právního pohledu nebyl zadavatel limitován v zasahování do předmětného IT plnění, avšak plnění původního dodavatele bylo natolik specifické a „šité na míru“, že technicky nebylo možné pořídit plnění od jiného dodavatele, neboť by nebyla zajištěna plná kompatibilita. Jako příklad lze uvést veřejné zakázky zadávané Ministerstvem financí pod názvem *Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro rok 2013* uveřejněná ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 3. 2013 pod evidenčním číslem veřejné zakázky 343674 a veřejná zakázka na *Zajištění podpory provozu Integrovaného informačního systému Státní pokladny (IISSP) pro 1. čtvrtletí 2014* uveřejněná ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 1. 2014 pod evidenčním číslem veřejné zakázky 374626.

## II: Bezzubý přístup ve smluvním vztahu

Bezzubý přístup předpokládá dobrovolnou a nezištnou součinnost smluvních stran při řešení neočekávaných událostí nebo vzniklého sporu. Smluvní požadavky mohou být formulovány, ale za jejich nesplnění není definována sankce a rozsah plnění a součinnosti je definován jen vágně, protože se očekává, že strany se dohodnou na základě konkrétního kontextu. **Aplikováním Bezzubého přístupu tedy zadavatel předpokládá, že dodavatel nevyužije situace vendor lock-inu ve svůj prospěch.**

Přestože to v článku O. Williamsona není explicitně řečeno, považuje autor tento přístup za naivní a vystavující zadavatele nepřiměřeným rizikům, protože v dodavatelských smlouvách je nutno počítat s „temnou stránkou“ lidské povahy - většina lidí (zde vycházíme z premisy, že i dodavatelé jsou lidé) sice dodrží, co je dohodnuto, ale mohou se najít i partneři, kteří se zachovají oportunisticky, takže je vhodné se na tuto variantu ve smlouvě připravit.

Tento přístup k řízení vendor lock-inu je podle našeho názoru myslitelný pouze ve zcela specifických případech oboustranné závislosti, tzn. **v situaci, kdy obě strany do smluvního vztahu investovaly a tyto investice je potřeba považovat za utopené v případě ukončení spolupráce**, např. organizace pořídí komplexní, na míru šitý software, který dodavatel nemůže prodat nikomu jinému, a současně dodavatel nedostal zaplacenou jednorázově, ale bude dostávat platby po dobu užívání software. Pro obě strany bude tedy vždy levnější se na změnách férově domluvit než se chovat oportunisticky a riskovat, že protistrana spolupráci ukončí.

Dobrym příkladem z praxe může být projekt Manuscriptorium Národní knihovny, který je digitální knihovnou, která zprostředkovává, uchovává a poskytuje uživatelům digitální verze dokumentů, jako jsou zejména vzácné rukopisy, staré tisky, mapy apod. V tomto směru - s určitou mírou zjednodušení - můžeme konstatovat, že takový IT produkt dodavatel jinému zadavateli (minimálně) v rámci České republiky neprodá. V případě ukončení spolupráce by tak každá ze smluvních stran přišla o jediného partnera, který je v daný okamžik k dispozici. Nastíněný status quo samozřejmě neznamená zafixování tohoto stavu napořád, nicméně hledání nového smluvního partnera jistě bude komplikovanou a časově náročnou cestou.

Vedle ryze praktických problémů existují proti aplikaci Bezzubého přístupu i zákonné překážky. V § 36 odst. 1 ZZVZ klade na zadávací podmínky, mezi které jednoznačně patří i obchodní nebo jiné smluvní podmínky, požadavek, aby tyto nebyly stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně

přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Současně dle odst. 3 citovaného ustanovení musí být zadávací podmínky stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. V tomto kontextu veřejnoprávních limitů autonomie vůle stran tak je dle našeho názoru obtížně myslitelné vytvořit smlouvu, která by kooperativní řešení problémů umožňovala. Lze tedy uzavřít, že i ve výjimečných případech „vzájemné závislosti“ mezi zadavatelem a dodavatelem nebude tento přístup pro oblast veřejných zakázek dobře použitelný.

### III. Pragmatický přístup ve smluvním vztahu

Pragmatický přístup představuje pomyslnou střední cestu mezi Silovým a Bezzubým přístupem, a z hlediska veřejného zadávání v kontextu vendor lock-inu se nám jeví jako jediný dlouhodobě udržitelný:

(a) Pragmatický smluvní vztah vychází z premisy, že *ex ante* formulovaná smluvní ujednání nikdy nemohou předjímat veškeré možné situace, které mohou nastat a upravovat je, nebo situace, u kterých je pravděpodobné, že nastanou, upravit zcela precizně. A přesně v těchto situacích může dodavatel podlehnout pokušení zneužít vendor lock-in a zachovat se oportunisticky.

(b) Pragmatický smluvní vztah v těchto smlouvou nepokrytých situacích předpokládá (co nejpřesněji) definovanou kooperativní spolupráci smluvních stran, kterou reflektuje v sankčních či exitových smluvních ujednáních, ale současně není naivní a připouští možnost, že protistrana výhod vendor lock-inu využije ve svůj prospěch.

(c) Pragmatický smluvní vztah je proto realistický z hlediska požadavků (není Bezzubý), ale není naivně tvrdý (jako Silový přístup).

(d) Aby pragmatický smluvní vztah mohl fungovat, musejí si smluvní strany poskytnout věrohodné garance, které partnery odrazují od oportunistického chování, přestože k němu díky vendor lock-inu mají příležitost.

Konstrukt věrohodných garancí je naprosto zásadní pro Pragmatické řízení vendor lock-inu, pojďme si jej proto ilustrovat na praktických příkladech a odlišit od čistě Silového přístupu.

1. U standardizovaného software „Silový“ zadavatel požaduje ve smlouvě součinnost dodavatele při exitu, tzn. poskytnutí dat v požadovaném formátu, poskytnutí poradenství při integraci dat, nebo uzavírá smlouvu na servis či podporu na dobu neurčitou, což je pro dodavatele logicky velmi obtížné nacenit a v konečném důsledku to může služby servisu či podpory zásadně prodražit. „Pragmatický“ zadavatel tyto ultimativní požadavky zmírňuje stanovením požadovaného rozsahu a odměnou za součinnost dodavatele. Současně přidává důvěryhodnou garanci, kterou může být v tomto případě kombinace finanční sankce, požadavku komplementarity s jinými komerčně nabízenými software, pravidelné zálohování dat na serverech zadavatele, vytvoření reputačního tlaku na dodavatele v případě oportunistického chování, nebo dohoda o poskytování dlouhodobého servisu/podpory s definovaným mechanismem navyšování ceny dle aktuálních cen na trhu.
2. U software na míru „Silový“ zadavatel typicky požaduje komentovanou dokumentaci, zdrojový kód včetně programovacího prostředí či nezbytnou autorskoprávní licenci. „Pragmatický“ zadavatel může požadovat totéž, ale uvědomuje si, že se jedná o potenciálně prázdné gesto, pokud jej nedoplní o věrohodnou garanci ve formě proškolení IT specialisty zadavatele v architektuře řešení, ošetření licenčních práv na užití SW a technického řešení, sjednání vyhrazené změny závazku (opce) či eventuálně požadavek vytvoření partnerského programu na údržbu a rozvoj software.[\[10\]](#)

3. U všech typů software pak „Pragmatický“ zadavatel vytváří věrohodnou garanci tím, že zahajuje přípravu zadávacího řízení s dostatečným předstihem před koncem existující smlouvy, aby mohl zejména (a) vyhodnotit alternativy, (b) srovnat ekonomickou výhodnost pokračování se současným dodavatelem versus přechod k novému dodavateli, (c) u dlouhých smluv iniciovat jednání o nových smluvních podmínkách reflektujících aktuální cenové podmínky na trhu.

### **Vhodná konfigurace smluvního vztahu při řízení vendor lock-inu.**

Na základě předchozí diskuse můžeme definovat jednoduchá pravidla pro konfiguraci smluvního vztahu pro řízení vendor lock-inu.

Přístup	Vhodné případy aplikace
Silový přístup	V případě objektivně silného postavení zadavatele, který dobře zná trh, je připravený v případě potřeby (oportunistického jednání dodavatele) vynaložit nezbytné finanční a administrativní náklady na změnu dodavatele a je ochoten založit vztah s dodavatelem na rigidních smluvních ujednáních a tvrdých sankcích.
Bezzubý přístup	Ve výjimečném případě, kdy má zadavatel s dodavatelem unikátní vztah vzájemné závislosti – typicky založený již samotnou podstatou předmětu plnění, který obě smluvní strany fakticky tlačí k tomu, aby se navzájem nechovaly oportunisticky. Půjde tak typicky o případy, kdy existuje jediný zadavatel (zákazník) pro daný produkt a současně dodavatel již investoval finanční i jiné zdroje do vývoje produktu, který jiný klient vyjma zadavatele nepoptává. Takový vztah je vybudován na vzájemné závislosti zadavatele a dodavatele.
Pragmatický přístup	V případě, že zadavatel uzná, že není v tak silném postavení, aby zodpovědně mohl zvolit Silový přístup a současně zejména s ohledem na daný produkt nevzniká silná vzájemná závislost mezi zadavatelem a dodavatelem a není tedy možné postupovat Bezzubým přístupem, je vhodné aplikovat Pragmatický přístup. Tento přístup pragmaticky vybuduje pro vztah s dodavatelem systém důvěryhodných garancí s otevřenou reflexí skutečnosti, že stav vendor lock-in ve vztahu je a bude vždy přítomný – Pragmatický přístup se tak snaží najít cestu, jak faktický a přirozený stav vendor lock-in přijmout a „naučit se s ním žít“.

Z tabulky je patrné, že Silový přístup funguje pouze při velkém nepoměru vyjednávací síly ve prospěch zadavatele a současně je spojen s významným rizikem, že dodavatel využije informační asymetrie (má o předmětu plnění více znalostí než zadavatel) k oportunistickému chování v průběhu trvání smluvního vztahu, i v okamžiku jeho zániku, respektive hrozbě přechodu k jinému dodavateli.

Bezzubý přístup funguje v situaci vzájemné závislosti, která představuje bariéru pro oportunistické chování. Nicméně v situaci závislosti zadavatele na dodavateli je tento přístup nejhorší možný, protože dodavatele doslova ponouká k aktivnímu oportunismu. Současně je tento přístup problematický z hlediska požadavků ZZVZ.

Konečně, Pragmatický přístup efektivně řeší problematiku vendor lock-inu prostřednictvím důvěryhodných garancí. Tyto garance však mohou být mimořádně drahé a od zadavatele vyžadují poměrně náročnou přípravu, takže je nutno pečlivě uvažovat, kdy a jak je zadavatel využije. Vhodnou kombinací tvrdých požadavků a věrohodných garancí by nicméně mělo dojít ke

„zlevnění“ plnění oproti ceně v případě „Silového“ přístupu, minimalizace dopadů přirozené existence stavu vendor lock-in, i vybudování pevných základů pro dlouhodobou spolupráci s dodavatelem, který je v takovém chápání smluvního vztahu vnímám jako partner (nikoliv jako padouch).

## **Zhodnocení konceptu ve světle současné zadavatelské a rozhodovací praxe**

Současná zadavatelská a rozhodovací praxe vnímá vendor lock-in jako univerzální problém, který lze vyřešit prostřednictvím univerzálně platné dobré praxe, přičemž stačí problém identifikovat, mít vůli jej ex ante vyřešit a schematicky aplikovat vhodné nástroje. Ekonomické a realizační hledisko je zde odsunuto na druhou kolej, protože opatření na eliminaci vendor lock-inu je správné aplikovat bez ohledu na náklady i realizovatelnost v praxi.

Silový přístup je oblíbený, pro zadavatele mimořádně jednoduchý na specifikaci a při povrchním zkoumání i velmi efektivní. Praktická zkušenost však ukazuje, že se jedná o v praxi obtížně realizovatelná ujednání, která vendor lock-in eliminují jen na oko.

Perspektiva vendor lock-inu jako přirozeného stavu věcí v některých kontextech naopak akcentuje význam relativního poměru sil mezi stranami a ekonomickou efektivností smluvních opatření. Především Pragmatická konfigurace smluvního vztahu zadavatele nutí pečlivě zvážit reálnou účinnost nástrojů na eliminaci vendor lock-inu **v daném kontextu**, a současně vyžaduje konkrétní věrohodné garance, které umožní tato opatření v praxi úspěšně realizovat a dosáhnout očekávaného výsledku.

Pragmatický přístup však není jen variací na Silový přístup, která klade důraz na snesitelnost a vyváženost smluvních požadavků pro obě strany. Smyslem Pragmatického přístupu je zajistit vyrovnaný poměr sil mezi smluvními partnery, který následně umožní zadavateli zvolit optimální řešení - zůstat se současným dodavatelem a vyjednat oboustranně výhodné podmínky, nebo přejít k novému, výhodnějšímu dodavateli.

Naopak, je otázka, do jaké míry je veřejný sektor připraven na Bezzubou konfiguraci, která je v některých kontextech ekonomicky nejefektivnější. Vzhledem k současnému výkladu ZZVZ, tento přístup koliduje s několika významnými požadavky ZZVZ, i rozhodovací praxí orgánů dozoru i správních soudů, které implicitně považují konkurenci a volný trh za univerzálně efektivnější nástroj k zajištění transparency a ekonomické efektivity (tzv. „zázrak trhu“), než je racionální, na vzájemné výhodnosti založené vyjednávání mezi obchodními partnery (tzv. „zázrak partnerské spolupráce“).

**Pro pořádek ještě dodejme, že i v konfiguraci vzájemné závislosti, která hovoří pro Bezzubý přístup, je možno aplikovat principy Pragmatického přístupu. Nicméně, jedná se o zbytečně vynaložené zdroje a současně je velmi obtížné vytvořit důvěryhodné garance, protože obě strany vědí, že jejich aktivace není ekonomicky výhodná.**

## **Závěr**

Autoři si uvědomují, že představený pohled na řízení vendor lock-inu se může mnoha odborníkům na oblast veřejného zadávání jevit jako minimálně kontroverzní. Nicméně, koncept je ukotven v Teorii transakčních nákladů, jedné z nejrobustnějších organizačních teorií, za kterou O. Williamson obdržel Nobelovu cenu za ekonomii. Současně má náš argument oporu v obchodní praxi, kdy zadavatelé Silovým přístupem a aplikací dobré praxe nedokáží vendor lock-in efektivně řídit a je tedy nejvyšší čas vyzkoušet něco jiného.

A konečně, náš příspěvek otevírá diskusi o základních premisách rozhodovací praxe, tzn. univerzální

nadřazenosti trhu nad jinými smluvními a cenotvornými mechanismy. Vždyť soukromý sektor u těchto komplexních a na vzájemné koordinaci závislých plněních již mnoho let praktikuje „partnerskou spolupráci,“ *de facto*. Pragmatický přístup, který je i přes svou zranitelnost k oportunistu protistrany ekonomicky efektivnější než volný trh. Ostatně, výhody partnerství reflektuje i ZZVZ institutem „Inovačního partnerství,“ které má všechny znaky partnerské spolupráce a integrace, kterou známe ze soukromého sektoru.

**JUDr. Kamil Jelínek, Ph.D.**

**PhDr. Jan Vašek, MSc. et MSc., PhD**



Palác Jalta, Dominikánské náměstí 656/2  
602 00 Brno

Tel.: +420 608 971 565

e.mail: [kancelar@akjelinek.cz](mailto:kancelar@akjelinek.cz)

---

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže | Informační listy [online]. uohs.cz. 2017. [cit. 2. 6. 2023], s. 22. K dispozici >>>[zde](#).

[2] Kumar, P., & Kumar, P. (2022). Vendor Lock-In Situation and Threats in Cloud Computing. International Journal of Innovative Science and Research Technology, 7(9).

[3] „Lze tedy shrnout, že základní potřebou každého odpovědného zadavatele je předcházet vzniku této situace. Jednou z možností, jak toho zadavatel může docílit, je, že si vyhradí předání zdrojových kódů původním dodavatelem pro potřeby svoje či pro potřeby svého potenciálního nového dodavatele. Zaprvé, jenom takto si totiž legálně opatří informace (zdrojový kód), které by jinak byly chráněny zákonem jako obchodní tajemství (§ 504 zákona č. [89/2012](#) Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Zadruhé, kdyby tak neučinil, vystavil by se riziku, že mu původní dodavatel později zdrojové kódy nebude ochoten poskytnout a že vendor lock-in efekt skutečně vznikne.“ (rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 2. 2020 č.j. ÚOHS-04205/2020/322/PJe)

[4] Přehledný souhrn možných opatření obsahuje např. Datlab Institut (2021) Jak žít s vendor lockem ve veřejných zakázkách, příručka pro zadavatele. Přístupno na: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://datlabinstitut.cz/files/2022/10/p%C5%99%C3%ADru%C4%8Dka\\_vendor\\_lock.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://datlabinstitut.cz/files/2022/10/p%C5%99%C3%ADru%C4%8Dka_vendor_lock.pdf)

[5] Podobnou skepsi nalezneme i u Káňová, Marcela (2020). „Kolize hospodářské soutěže a principů 3E- veřejné zakázky v oblasti IT.“ Obchodní Právo. (4), 22-35.

[6] Rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č.j. 1 Afs 20/2008 – 152, obdobně také důvodová zpráva k ZZVZ

[7] Na tomto místě autoři pro účely tohoto článku ponechávají stranou situaci tzv. partnerských programů.

[8] Poznamenejme, že struktura vyhrazené změny závazku pro úpravu ceny může být po 10 letech zastaralá a pro dodavatele ekonomicky neudržitelná či pro zadavatele nevýhodná. V případě uplatnění opce však není možné tento aspekt znovu projednat aniž by se jednalo o významnou změnu závazku.

[9] Williamson, O. E. (2008). Outsourcing: Transaction cost economics and supply chain management. Journal of supply chain management, 44(2), 5-16.

[10] Zdůrazněme, že ambicí „Pragmatického“ zadavatele není vendor lock-in zcela odstranit, protože to je jednoduše nereálné. Cílem zadavatele je sílu vendor lock-inu zmírnit a dodavatele odradit od oportunistického chování.

© EPRAVO.CZ – Sbírka zákonů, judikatura, právo | [www.epravo.cz](http://www.epravo.cz)

## Další články:

- [Nový zákon o veřejných dražbách, aukce a obálkové metody](#)
- [Pohled přes hranice – natáčení pornografických klipů jako důvod výpovědi z nájmu bytu](#)
- [Nařízení EU o umělé inteligenci a jeho dopady na využití jazykových modelů v advokátní praxi](#)
- [Revize zájezdové směrnice: co přináší, co hrozilo a co to znamená pro praxi](#)
- [Kupní smlouva o převodu nemovitosti bez uvedení výše kupní ceny](#)
- [Druhá „tlačítková novela“: povinné tlačítko pro odstoupení od smlouvy](#)
- [Souhlas s veřejným užíváním pozemku jako překážka nároku na bezdůvodné obohacení – nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 2541/25](#)
- [Kupní smlouva bez přesného určení kupní ceny](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 36.: Doložka o mlčenlivosti](#)
- [Detekce podezřelého obchodu v kontextu hazardních her](#)
- [AI omnibus](#)