

Veřejné zakázky v IT – dohoda o zachování mlčenlivosti

Dohoda o zachování mlčenlivosti je poměrně běžným instrumentem používaným ve veřejných zakázkách na IT, ať už v podobě samostatné smlouvy (NDA), či doložky, jež tvoří součást smlouvy na plnění zakázky. Následující článek přináší odpovědi na nejčastější otázky, které nám veřejní zadavatelé a další klienti ve vztahu k NDA kladou: Jaké jsou způsoby jejího použití, jak vymezit okruh důvěrných informací podléhající mlčenlivosti podle NDA, jaké jsou vhodné instrumenty při porušení závazku zachovávat mlčenlivost a jaká existuje vymahatelnost dodržování NDA?



JUDr. Samuel Král
Mgr. Bc. Štěpán Štarha
JUDr. Csaba Csorba

Advokátní kancelář
HAVEL & PARTNERS

Dohodu o mlčenlivosti lze rozeznávat ve dvou základních rovinách – jako samostatnou smlouvu (NDA, non-disclosure agreement) a coby součást ujednání ve smlouvě na realizaci veřejné zakázky. V následujícím příspěvku se zabýváme první z uvedených variant, tj. NDA jako samostatnou smlouvou.

dochází především v případě povinnosti či objektivní potřeby utajit poskytnuté podklady a sdělení obdržena dodavatelem.

NDA je možné a vhodné uzavírat buď před podpisem smlou-

dě prohlídky místa plnění (§ 97 ZZVZ), pokud je místem plnění ICT infrastruktura (hardware) nebo IT prostředí (firmware a software), jejichž nastavení a povahu je nezbytné utajit [např. z důvodu bezpečnosti informací; ve smyslu zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (ZKB)],

NDA je vhodná zejména v případech potřeby smluvních stran upravit si vzájemně práva a povinnosti nad rámec zákonného režimu mlčenlivosti

Způsoby použití NDA

Účelem a předmětem NDA je především potřeba smluvních stran upravit si vzájemně práva a povinnosti nad rámec zákonného režimu, který upravuje obchodní tajemství a jinou mlčenlivost. NDA se proto uzavírá zejména s ohledem na povahu informací, jež si smluvní strany vyměňují. K uzavírání NDA při realizaci veřejných zakázek v IT

vy na realizaci zakázky [dále jen „Smlouva“; viz § 36 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (ZZVZ)], nebo jako součást smluvní dokumentace podepisované spolu se Smlouvou, případně ve výjimečných případech po podpisu Smlouvy.

Před podpisem Smlouvy lze NDA uzavřít například: (i) v přípa-

nebo v případě poskytování vybraných částí zadávací dokumentace (interní předpisy, dokumentace SW); (ii) v rámci součinnosti před podpisem Smlouvy (§ 104 ZZVZ), pokud se NDA týká informací, které jsou dodavateli předávány až před jejím podpisem (např. vysoce detailní informace o nastavení IT prostředí, které není vhodné poskytovat všem dodavatelům a jež

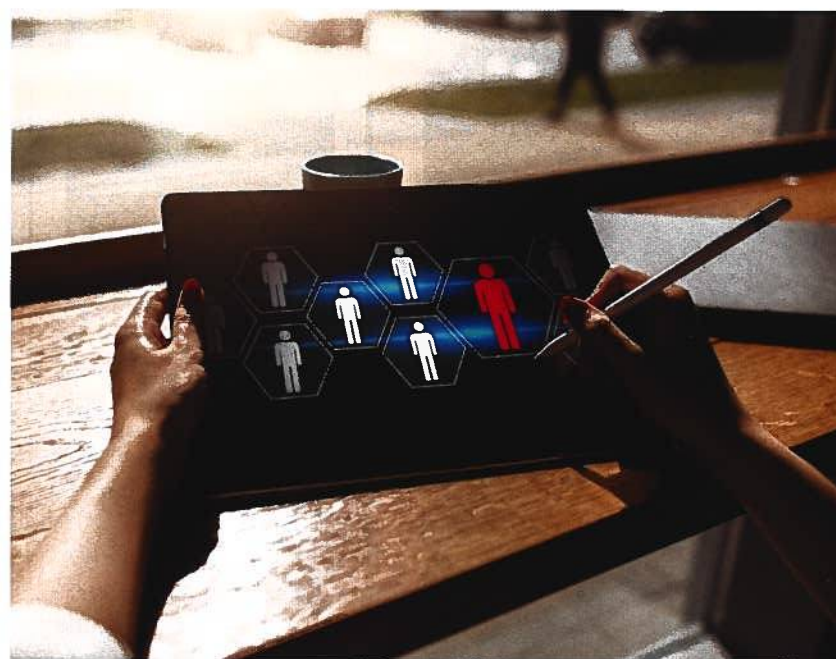
zároveň nemají vliv na potenciální okruh dodavatelů).

Uzavírání NDA v rámci uzavírání Smlouvy je poměrně obvyklý jev, který nepotřebuje další prostor. Naopak uzavírání NDA po podpisu Smlouvy by s ohledem na povinnost transparentního zadávání mělo být zcela výjimečné. Je to možné třeba v případě, že v rámci plnění Smlouvy neměl mít dodavatel přístup k osobním údajům, ale k přístupu k nim došlo a je nezbytné a vhodné jej pomocí NDA vyřešit („čistou“ NDA však rozhodně nelze nahradit smlouvou o zpracování osobních údajů). NDA je také samozřejmě možné uzavírat zcela mimo zadávání zakázky.



Na odborné půdě se někdy stále ještě vedou debaty, zda lze NDA platně uzavřít na neomezenou dobu a vyžadovat tím neomezenou důvěrnost informací. V této chvíli nelze učinit jednoznačný závěr, je však rozumné ji v NDA vhodným způsobem zohlednit pro případ, že by povinnost zachovávat důvěrnost po neomezenou dobu nebyla shledávána platnou (např. stanovením minimální doby platnosti NDA na dobu určitou).

Další výhodou NDA je možnost prodloužit zákonný režim zachování mlčenlivosti, a to i po skončení Smlouvy. Obecně je vhodné konstruovat NDA na dobu, po kterou mají důvěrné informace ještě výpovědní hodnotu, a mohou tak poškodit toho, o jehož důvěrné informace se jedná. Pokud se týkají třeba konkrétních pravidel bezpečnosti informací ve smyslu ZKB, jež se například vždy jednou za určité období mění, asi není nezbytné uzavírat NDA



na dobu delší, než je právě takové období, protože poté budou dané informace často již bezcenné (jedná se však spíše o otázku věčnou, přičemž hodnotu a dobu trvání výpovědní hodnoty konkrétních informací je vždy nezbytné konzultovat s odborníkem a ve vztahu ke konkrétnímu systému).

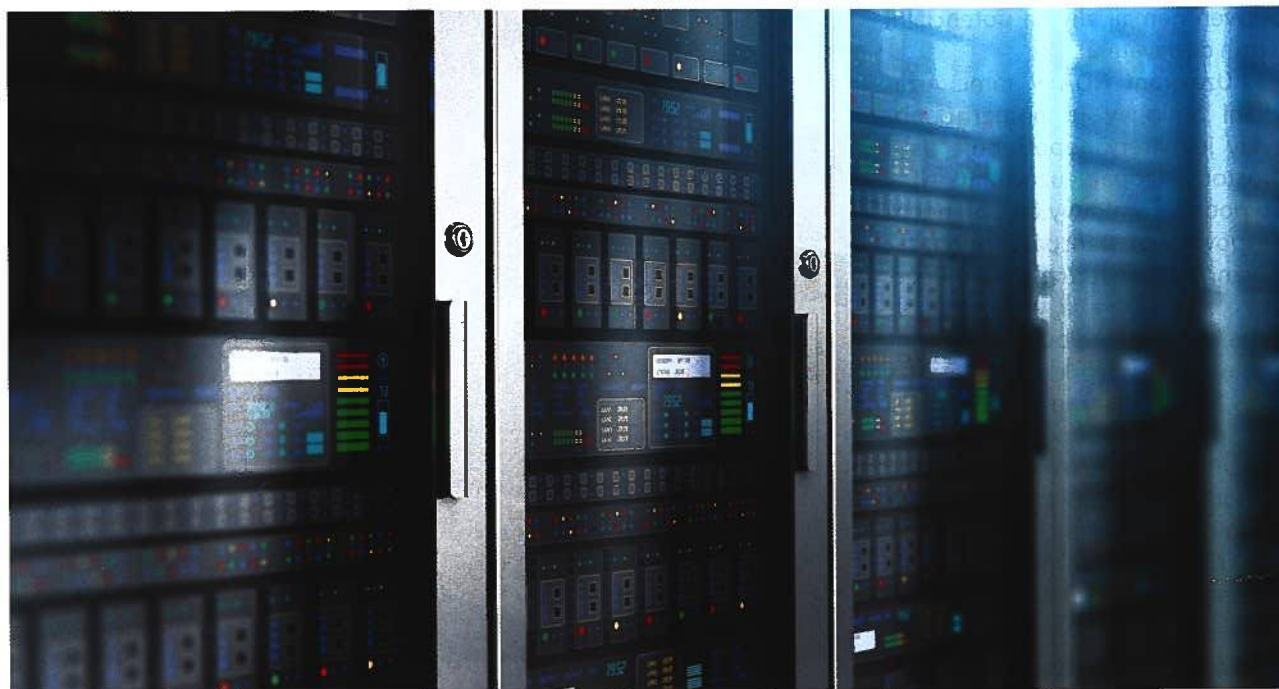
Vymezení rozsahu důvěrných informací

Vymezení rozsahu informací, na něž se bude NDA vztahovat, by mělo být vždy na úvaze v konkrétních případech. Rozhodně nelze doporučit zcela obecnou NDA, která by se používala na všechny případy, jelikož by mohla být vnímána jako nepřiměřená (a contrario § 36 odst. 8 ZZVZ). Naopak je vhodnější, pokud NDA obsahuje výčet informací, na něž se mlčenlivost vztahuje, a tento výčet se upravuje vždy na konkrétní případ.

Podrobnější specifikace důvěrných informací je velmi významná, zavazuje-li NDA zadavatele i dodavatele, což představuje velmi běžnou praxi. Nežádá se totiž stává, že je okruh důvěrných

informací vymezen příliš široce. Například pokud dodavatel vytvoří pro zadavatele IT systém a udělí mu licenci k jeho užití a k provádění změn také prostřednictvím třetích osob, a v NDA je uvedeno, že se za důvěrné informace považuje i „zdrojový kód IT systému a jakékoliv dokumenty, které si smluvní strany vzájemně poskytnou“, může se zadavatel nepřímo dostat do tzv. vendor-lock-in. Vytvoří se tím totiž teoreticky situace, kdy má sice právo k IT systému a právo jej měnit prostřednictvím jiného poskytovatele, ale jelikož je zdrojový kód důvěrnou informací podléhající mlčenlivosti podle NDA, nemůže ho po právu předat novému poskytovateli k dalšímu vývoji, neboť by tak NDA porušil.

Zároveň, jelikož se mlčenlivost dle uvedeného příkladu vztahuje i na jakékoliv dokumenty, vztahuje se například také na dokumentaci k IT systému, uživatelské příručky, manuály a další dokumenty, které by naopak zadavatel zpravidla potřeboval distribuovat svým dodavatelům. Pak je vhodné v NDA lépe specifikovat okruh důvěrných informací uvedením výjimky, že po-



vinnost zachovávat mlčenlivost se nevztahuje na případ, kdy zadavatel využije oprávnění nabytá v rámci Smlouvy (kupř. licence a jiná podobná oprávnění).

Podobné výjimky by měl zadavatel stanovit pro případy: (i) povinnosti poskytnout informace dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů; (ii) zveřejnění podle zákona č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a o registru smluv (zákon o registru smluv), ve znění pozdějších předpisů; (iii) kontroly nebo dohledu orgánů státní správy [např. zákon č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), ve znění pozdějších předpisů, NKÚ, NÚKIB apod.]; (iv) využití nabytých oprávnění (viz výše); nebo (v) předání informací odborným poradcům či administrátorům zakázky, jsou-li taková.

V neposlední řadě nepovažujeme za zcela vhodné využívat ve vztahu k důvěrným informacím zadavatele definici anebo odkaz na úpravu obchodního tajemství [§ 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (NOZ)]. S uvedenými odkazy se příležitostně setkáváme právě v případech, kdy NDA není upravena na potřeby konkrétní zakázky. Aplikace ustanovení o obchodním tajemství na zadavatele veřejné zakázky, který není

(§ 1–654). Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1782–1788], jak jsme již naznačili. Ve vztahu k důvěrným informacím dodavatele je naopak takový odkaz v pořádku, ovšem právě při vědomí toho, že obchodní tajemství nepředstavuje všeobíhající pojem.

Vhodné instrumenty při porušení NDA

Bez utvrzení nebo zajištění pro případ porušení má NDA v praxi spíše proklamačně-psychologický charakter než povahu skutečně vymahatelné povinnosti. Pro případ jejího porušení může být utvrzena či zajištěna smluvní pokoutou, bankovní zárukou, zádržným, závdavkem (§ 1808 a násl. NOZ), pojištěním, jistotou (zástava či ručení; § 2012 a násl. NOZ) nebo jiným vhodným způsobem. Každý z uvedených instrumentů má svá pro a proti, nicméně všechny spojuje jedna věc – jejich hodnota či

S NDA lze zákonný režim zachování mlčenlivosti prodloužit i po skončení smlouvy na realizaci zakázky

podnikatelem, je velmi problematická. Nehledě na to, že obchodní tajemství představuje pouze část informací, o nichž je vhodné či obvyklé zachovávat mlčenlivost [k tomu např. Lavický, P. a kol.: Občanský zákoník I. Obecná část

peněžité vyjádření by měly zohledňovat výši škody, která může porušením NDA vzniknout, a hodnotu plnění ze Smlouvy. Pokud by byl požadavek na utvrzení nebo zajištění příliš vysoký/přísný, může se opět jednat o nepřiměřený požadavek na dodavatele.

Týká-li se tedy NDA například konkrétních pravidel pro bezpečnost informací IS kritické infrastruktury [§ 3 písm. c) ZKB], jejichž vyjádření by mohlo způsobit výpadek daného systému na několik dnů, je nutné mít na zřeteli právě dané období výpadku a škodu, jež tím může reálně vzniknout. Zároveň, je-li ve Smlouvě limitace výše náhrady škody, je vhodné brát v potaz i takové smluvní limity.

V neposlední řadě je pro určení výše či způsobu utvrzení nebo zajištění dobré mít na paměti hodnotu plnění, tj. kolik dostane dodavatel za splnění Smlouvy zapláceno. Pokud je hodnota plnění 1 mil. Kč a smluvní pokuta za nedodržení NDA 10 mil. Kč, může to jednak odrazovat dodavatele od podávání nabídek, jednak vzbuzovat právě otázky ve vztahu k přiměřenosti.

Všechny uvedené aspekty je třeba zohlednit a jejich vzájemným posouzením dospět v konkrétním případě ke vhodnému způsobu zajištění a utvrzení NDA. Nelze paušálně tvrdit, že poměr částek v příkladu výše je špatný; k takovým situacím jistě docházet může, zůstává však otázkou, zda to neodradí potenciální dodavatele.

Ve vztahu ke smluvní pokutě je dále vhodné uvést, že v případě sporu o její výši ji může soud v souladu s tzv. moderačním právem snížit, a to až do výše skutečně vzniklé

škody (§ 2051 NOZ, k tomu dále viz např. www.epravo.cz/top/clanky/lze-smluvne-vyloucit-pravo-soudu-snit-neprimerene-vysokou-smluvni-pokutu-105192.html). Nejméně ve vztahu ke smluvní pokutě je tak nezbytné brát moderační právo soudu v potaz při volbě vhodného způsobu utvrzení a zajištění NDA.

Uvedené způsoby utvrzení či zajištění lze vzájemně kombinovat tak, aby bylo možné dosáhnout efektivního pokrytí případné škody. Například je možné za porušení NDA stanovit smluvní pokutu a při vzniku škody z porušení NDA mít s dodavatelem vedle ní sjednanou povinnost udržovat pojištění v konkrétní výši. Pak lze v závislosti na textaci smlouvy vymáhat zaplacení smluvní pokuty a kromě toho uplatnit škodu u pojišťovny dodavatele (§ 2050 NOZ, který je dispozitivní).

Vymahatelnost dodržování NDA

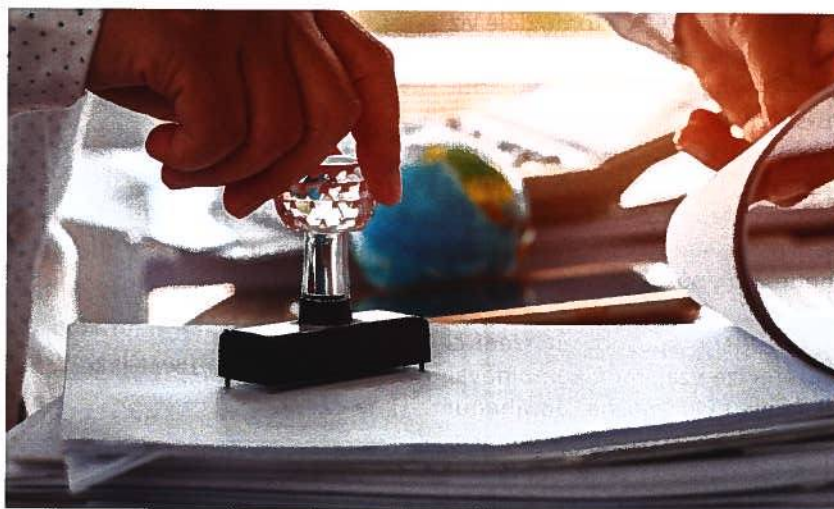
Vymahatelnost dodržování NDA úzce souvisí s výše uvedenými způsoby utvrzení a zajištění a s prokázáním toho, že došlo k porušení NDA. To je přitom problematické

Poměrně obvyklá a oblíbená je u veřejných zadavatelů kombinace bankovní záruky a pojištění. Jde ovšem o relativně drahé instrumenty, jejichž sjednání s bankou a udržování v platnosti je nákladné. Tudíž se spíše nehodí pro menší projekty, například takové, jež lze realizovat jako VZMR (§ 27 ZZVZ).

a vždy záleží na konkrétních okolnostech. Zároveň je třeba rozlišovat odpovědnost za porušení NDA, tj. konkrétní smluvní povinnosti v NDA, a vymáhání náhrady újmy za porušení NDA (nad rámec porušení smluvní povinnosti je u újmy nebytné dále dokázat, že vznikla v důsledku jednání dodavatele).

Pokud se NDA vztahovala na informace, které byly poskytnuty pouze jednomu dodavateli a unikly na veřejnost (např. správci databáze unikly osobní údaje uložené v databázi na internet kvůli porušení povinnosti přenášet data zabezpečeným přenosem), je situace s prokázáním porušení NDA relativně jednoduchá. Ještě snazší





je prokazování v případě, že byly informace předány na hmotném médiu, například USB disku (existuje-li protokol o předání s popisem obsahu), jenž byl nalezen a zneužit. To jsou však relativně jednoznačné případy. Pokud jde navíc o situaci, kdy byly na základě více NDA poskytnuty stejné informace různým dodavatelům, může být vše velmi komplikované. Nicméně i tehdy lze dodržování NDA vymáhat, jedná se ovšem spíše o věcnou stránku věci. Níže uvedené tipy platí jak pro dokazování porušení NDA, tak pro vymáhání náhrady újmy.

Pokud se NDA vztahuje na data uložená v IT systému, k němuž má přístup více dodavatelů, je vhodné disponovat monitorovacím systémem, který by zaznamenával přístupy jednotlivých osob k jednotlivým datům (logování a výstupem je log), a to na úrovni spolehlivého elektronického systému (u záznamů spolehlivého elektronického systému se předpokládá jejich správnost, je zde tudíž obecně obrácené důkazní břemeno; § 562 odst. 2 NOZ).

U jednotlivých instrumentů utvrzení a zajištění je postup vymáhání velmi podobný, tzn. u smluvní pokuty je možné vymáhat její zaplacení, u zádržného lze zadržet část odměny za provádění Smlouvy nebo jiné částky podle znění

Dochází-li k předávání důvěrných informací prostřednictvím konkrétních souborů, lze je označit kryptografickým hashem (série znaků a čísel specifická pro konkrétní soubor), který může být nápomocný při určování konkrétního adresáta informace. Jednotlivá věcná opatření je vhodné probrat s odborníkem v oblasti.

NDA, u bankovní záruky je možné ji uplatnit u vystavitele bankovní záruky (banky) atp. Navíc je vhodné přímo ve Smlouvě myslet na to, že zejména smluvní pokutu a ručení je nezbytné nejprve uplatnit

u dodavatele a následně je na dodavateli/ručiteli vymáhat. Na rozdíl například od zástavy, jistoty či zádržného, jež v podstatě zajišťují, že si zadavatel ponechá určité finanční prostředky dodavatele u sebe pro případ porušení NDA, v případě smluvní pokuty nemá zadavatel zpravidla v dispozici žádné finanční prostředky dodavatele. Jejich následná vymahatelnost je potom problematická (zakládání „prázdných schránek“ na plnění konkrétních zakázek, přesun aktiv jinam apod.).

Jelikož tedy půjde primárně o peníze, nabízí se možnost si v NDA či ve Smlouvě ujednat předchozí souhlas dodavatele se započtením pohledávek ze zajištění a utvrzení na pohledávku dodavatele na zaplacení odměny za plnění Smlouvy. Dále je vhodné kombinovat NDA se Smlouvou tak, aby měl zadavatel vždy k dispozici aktiva dodavatele, na nichž může případně svoje nároky za porušení NDA zhojit (započíst). Jako vhodné se jeví například postupné vyplácení odměny (tj. u SLA – smluv na podporu IT systému – vyplácení odměny za poskytování služeb na měsíční bázi apod.), vyplácení určité části odměny až po provedení protokolární likvidace důvěrných informací nebo právě držení bankovní záruky po dobu, po kterou je to vzhledem k NDA vhodné. ▲

SHRNUTÍ

- **NDA je právní instrument, jenž má své opodstatnění ve všech fázích zadávacího řízení a je vhodný zejména tam, kde panují zvýšené nároky na zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích.**
- **Jednotlivé NDA je nezbytné připravovat a upravovat případ od případu tak, aby definice důvěrných informací dané situaci co nejvíce odpovídala.**
- **K zajištění efektivního dodržování NDA je vhodné ji pro případ porušení opatřit některým z utvrzovacích či zajišťovacích instrumentů.**
- **K vymáhání porušení NDA je nejvhodnější mít dostatečně nastavená věcná pravidla pro předávání důvěrných informací.**