

Distribuční modely licencí a možnost vyloučení dodání licencí z jiných distribučních modelů

V rámci evropské unie byly rozhodnutím soudního dvora ze dne 3. června 2012 ve věci C-128/11, v souladu se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES ze dne 23. dubna 2009 o právní ochraně počítačových programů, upraveny podmínky pro převod licencí od prvního nabyvatele, který licenci k softwarové rozmnoženině nabyl od výrobce anebo s jeho souhlasem, na třetí subjekt. Takovéto licence se v praxi označují jako licence z volného trhu, příp. licence druhotné. Takovéto licence je na základě výše citovaných rozhodnutí možno v evropském prostoru bez obav o legálnost takového postupu obchodovat.

Vzhledem ke skutečnosti, že licence k softwarovému řešení představuje právo držitele takovéto licence užívat softwarovou rozmnoženinu v souladu s licenčními podmínkami výrobce softwaru, toto právo se nespoteblovává ani neopoteblovává a její obsah a rozsah zůstává stejný, bez ohledu na to, zda jsou nabývané přímo do výrobce anebo od jiného oprávněného držitele. Pořízení takovýchto licencí umožňuje získat totožné řešení často s výraznou úsporou finančních prostředků.

Podmínkou pro legální převod takovýchto licencí je prokázání splnění zákonem a judikaturou stanovených požadavků. Proto je potřeba u každé licence disponovat důkazy prokazující nabytí licence prvním nabyvatelem, identifikující prvního nabyvatele a relevantních licencí, prohlášení prvního nabyvatele a všech předchozích nabyvatelů licence o deinstalaci nabývaných licencí a zabránění jejich dalšímu používání, a aby identifikovala kompletní řetězec předchozích držitelů licence. Jenom na základě takovéto dokumentace lze zcela bez pochybností prokázat splnění podmínek pro převoditelnost licence. Bez těchto informací Zadavatel není schopen prokázat legalitu nabývaných licencí a tudíž se vystavuje riziku pokut a postihů za neoprávněné zásahy do autorského práva.

Nad rámec uvedeného je nutno uvést, že i u nových licencí je nutno, aby uživatel disponoval dokumentací prokazující nabytí této licence se souhlasem výrobce softwaru v souladu s licenčními podmínkami výrobce. Pouze pro úplnost je nutno uvést, že samotná faktura nepředstavuje dostatečný důkaz nabytí licence v souladu s licenčními podmínkami výrobce.

Možností nákupu licencí z volného trhu ve výběrových řízeních se v rámci Evropské unie zabývali orgány dohledu nad hospodářskou soutěží a to např. v Německu Vergabekammer Münster ve svém rozsudku ze dne 01. 03. 2016, Az. VK 1-2/16, a také Český Úřad na ochranu hospodářské soutěže ve svém rozhodnutí ze dne 26. 07. 2021 č.j. ÚOHS-25008/2021/500/AIv, kdy oba tyto dohledové orgány dospěly k totožnému závěru a to v tom, že se jedná o totožné plnění a fakticky jediný rozdíl mezi „novou“ licencí a licencí z volného trhu je okruh jejích distributorů a není důvod jakoukoliv skupinu distributorů bezdůvodně vylučovat.

Děje-li se tak a Zadavatel vylučuje možnost dodání licencí z různých distribučních kanálů (např. požadavkem na dodání licence v distribuci OEM) – představuje takovéto jednání Zadavatele jednání v rozporu se zásadami Zákona o zadávání veřejných zakázek (konkrétně ustanovení §6 odst. 1), a tedy postup nelegální.

Odstraněním požadavku na dodání licencí v distribučním modelu OEM, a důkladné kontrole dokumentace předložené účastníky výběrového řízení bude soutěžitelům umožněno podat nabídky, které budou odrážet rozmanitost distribučních modelů a technických řešení a potenciálně umožní zadavateli získat požadovaný produkt s výrazně nižším nákladem. Navíc takovýto postup aprobejuje Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU, o zadávání veřejných zakázek v bodu 74 „Technické specifikace vypracované veřejnými kupujícími musí umožňovat, aby byly veřejné zakázky

otevřeny hospodářské soutěži a aby bylo dosaženo cílů udržitelnosti. Za tímto účelem by mělo být možné podávat nabídky, které budou odrážet rozmanitost technických řešení, norem a technických specifikací na trhu, ... V důsledku toho by měly být technické specifikace vypracovány tak, aby se zabránilo umělému omezování hospodářské soutěže prostřednictvím požadavků, které upřednostňují konkrétní hospodářský subjekt kopírováním klíčových vlastností dodávek, služeb nebo stavebních prací, které tento hospodářský subjekt obvykle nabízí. Vypracování technických specifikací tak, aby stanovovaly požadavky na výkon a funkci, obecně umožňuje, aby bylo tohoto cíle dosaženo co nejlépe. Provozní a výkonnostní požadavky jsou rovněž vhodným prostředkem podpory inovací v oblasti zadávání veřejných zakázek a měly by být využívány v nejširší možné míře.“

Na základě výše uvedeného žádáme o odstranění požadavku na dodání licence k operačnímu systému MS Windows 11 Professional v distribučním modelu OEM, a výslovnému stanovení podmínek, které musí splňovat dokumentace předložená uchazečem o veřejnou zakázku, zejména aby tato dokumentace prokazovala nabytí licence prvním nabyvatelem, obsahovala identifikaci prvního nabyvatele a relevantních licencí, obsahovala prohlášení prvního nabyvatele a všech předchozích nabyvatelů licence o deinstalaci nabývaných licencí a zabránění jejich dalšímu používání a aby identifikovala kompletní řetězec předchozích držitelů licence.