



Fórum: Druhotné licence ve veřejné správě ano či ne?

V poslední době se velmi diskutuje o nákupu softwaru tzv. z druhé ruky, kdy cena tzv. druhotných licencí je zpravidla výrazně nižší než v případě pořízení licencí nových od jejich výrobců či certifikovaných distributorů, přestože funkčně se jedná o totožné produkty.

V rámci Evropského hospodářského prostoru (EHP) může být software redistribuován bez souhlasu nositele práv v případě, že právo na šíření je tzv. „vyčerpáno“. Právo na šíření počítačového programu v rámci Společenství (EHP) je vyčerpáno prvním prodejem počítačového programu ve Společenství nositelem práv nebo s jeho svolením.* Legálnost obchodování s druhotným neboli vyřazeným softwarem potvrdil i Soudní dvůr Evropské unie ve věci C-128/11, *UsedSoft GmbH proti Oracle International Corp.* (rozhodnutí ze dne 3. 7. 2012).

Zadavatelé se však při zadávání veřejných zakázek i přes možnost dosáhnout výrazné úspory trendu druhotných licencí spíše brání a v zadávacích podmínkách naopak požadují dodání licencí nových. Proč? Je k tomu skutečně objektivní důvod? Jaká rizika souvisejí s používáním druhotných licencí v podmínkách zadavatelů a mohou převážit nad ekonomicky výhodnějším postupem?

*Viz čl. odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES o právní ochraně počítačových programů.

Otázky:

- 1) Co je podle Vás důvodem spíše rezervovaného postoje zadavatelů odebírat druhotné licence, přestože se funkčně jedná o tentýž produkt?**
- 2) Je vyloučení možnosti dodání druhotné licence k poptávanému softwaru v souladu se ZZVZ? Za jakých podmínek? Nebo se podle Vás jedná o nepřípustné omezení hospodářské soutěže?**
- 3) Jak by měli zadavatelé postupovat, pokud druhotné licence v zadávacích podmínkách nevyloučí, aby se současně vyhnuli případným rizikům souvisejícím s dodáním druhotných licencí?**



MUNI

*Mgr. Marcela Káňová,
advokátka*

*Masarykova
univerzita
Mgr. Michal Baudys*



forscope

*Centrum pro
regionální rozvoj
České republiky
Ing. Josef Šetek,
Ing. Eva Marečková*

*Forscope
Jakub Šulák, CEO*

1.

Co je podle Vás důvodem spíše rezervovaného postoje zadavatelů odebírat druhotné licence, přestože se funkčně jedná o tentýž produkt?

Mgr. Marcela Káňová

Jednoznačně to je primárně **obava z nelegálního použití** dodané licence k softwaru (dále jen „SW“), které může být poměrně snadno odhaleno v rámci softwarového auditu, které jsou běžně prováděny výrobcem daného SW.

Obchodování s druhotnými licencemi, tedy zjednodušeně řečeno licencemi, které jejich původní vlastník koupil z distribuční sítě výrobce a převedl je na třetí subjekt, je založeno na **tzv. vyčerpání práva autora kontrolovat další prodej SW**, které již jednou prodal, a dostal tak za něj zapláceno. Přestože se tato problematika stala předmětem diskusí v podstatě až nyní, o žádnou velkou novinku se nejedná. Evropská legislativa tuto možnost zakotvuje už od roku 1991,[1] byť se tomu výrobcí SW dlouho bránili.

Aktuální právní úprava[2] stanovuje podmínky, kdy se má za to, že je právo autora k SW vyčerpáno. Musí být kumulativně splněno, že a) došlo k prvnímu prodeji SW, a to b) na území EU, EHS nebo Švýcarska, přičemž c) tento prodej byl proveden nositelem příslušného autorského práva k SW nebo s jeho svolením (tj. výrobcem nebo jeho autorizovaným distributorem). Evropská judikatura pak v průběhu let definovala další velmi podstatné podmínky, jako je **poskytnutí uživatelského práva k SW na neomezenou dobu** a za úplaty. Zcela zásadní je ale podmínka, že **převodce použitého SW učinil svou kopii SW nepoužitelnou**, tedy že původní držitel licence k SW zajistil její odinstalování a zamezil jejímu použití i v budoucnu.

Důkazní břemeno o naplnění všech těchto podmínek přitom leží na nabyvateli druhotné licence, tedy na zadavateli. V souladu s tím by měl být schopen dostatečně věrohodně ověřit, zda jsou v konkrétním případě všechny podmínky splněny, a to dříve, než k nákupu takových licencí dojde, a eliminoval či alespoň minimalizoval tak riziko spojené s nelegálním užíváním licence.

Ve srovnání se soukromým sektorem má zadavatel přeci jen složitější situaci.

Pokud nejde o tzv. „krabicové“ licence, ale naopak elektronické či multilicence, zpravidla je nelze evidovat v účtu zadavatele na licenčním serveru výrobce, resp. na tomto licenčním serveru jsou nadále vedeny na původního nabyvatele. To nejenže vylučuje možnost ověření si legálnosti převodu licence přímo u výrobce SW, ale současně si zadavatel v případě pořízení druhotných licencí bude nucen vést vlastní evidenci.

V některých případech může být důvodem preference nových licencí i nemožnost získání podpory druhotných licencí ve smyslu tzv. SW Assurance, kterou výrobce k druhotným licencím fakticky neposkytuje. Může si ji zakoupit pouze první nabyvatel a není možné ji převést.

Masarykova univerzita

Důvodů je více. U části zadavatelů může jít o obavu z toho, je-li tento postup legální. Z evropské judikatury neplyne jenom přípustnost druhotných licencí, ale i mnohé nejasnosti. Běžně nastávají situace, kdy je použití druhotného softwaru neoprávněné, nebo minimálně sporné. Např. u časově omezených licencí, služby SaaS či PaaS, sdílení multilicencí atd. Lze tedy pochopit snahu zadavatele upřednostnit právní jistotu a ušetřit náklady spojené s právními a technickými analýzami a případnými spory.

Výčet těchto výluk, omezujících možnost přeprůdeje softwaru je při současném stavu judikatury stále nejasný a může být i různě interpretován v jednotlivých státech EU. Podstatné je, že s ohledem na progresivní trendy v IT spojené s cloudovými technologiemi a SaaS v praxi softwaru, u kterého není možno pozitivně jednoznačně vyhodnotit možnost jeho přeprůdeje, velmi rychle přibývá. Nezbyvá než zadavateli doporučit, aby před případným nákupem druhotných licencí udělal opravdu podrobnou technickou analýzu produktu a podrobný právní rozbor. A to nejen s ohledem na to,

zda software zahrnuje některé prvky, které jeho přenositelnost vylučují, ale i z hlediska licenčních podmínek a podmínek poskytování podpory, která může být poskytována podle právního řádu třetí země a mohou se objevit problémy s její dostupností. Mnohé softwary mají velmi složité licenční programy, kde je třeba pro správnou funkčnost řešení mít zajištěno řadu různých licencí na různé části hardwaru, a k tomu několik typů podpor, čerpaných třeba i od více subjektů. V takových případech je situace velmi složitá.

Naopak poměrně snadno by mělo jít posoudit možnost takto pořizovat software vzniklý před rokem 2000, resp. před rokem 2010, který obvykle nevyžaduje připojení k internetu a spolupráci se vzdálenými servery poskytovatele, má časově neomezenou individuální licenci a nebude instalován na mobilním zařízení.

Některé zadavatele může odrazovat nejistota ohledně oprávněnosti přenosu konkrétní licence, případně i názor, že přenos není možný, jiné obavy z omezení možnosti užití takového softwaru mimo EU, a další třeba i obava, že by dodavatelé mohli zvýšit ceny jiných produktů a služeb, které od nich potřebují odebírat, aby si kompenzovali ušlý zisk z prodeje licencí, případně obavy z možnosti problémů při čerpání potřebné podpory takovýchto licencí od výrobce, a mnohé další.

Centrum pro regionální rozvoj

V současné době dle našeho názoru nelze hovořit paušálně o rezervovaném postoji všech zadavatelů. Existují případy měst a obcí, které nákup těchto druhotných licencí s úspěchem využívají. S rezervovaným postojem se setkáváme spíše u zadavatelů, kteří provozují systémy a infrastrukturu s vyšším bezpečnostním rizikem. Jedná se zejména o nemocnice, provozující nemocniční a klinické informační systémy, které zároveň *mohou být zdravotnickými prostředky* dle zákona č. 89/2021 Sb., a dále o systémy kritické informační infrastruktury.

ry (KII), významné informační systémy (VIS) a informační systémy základních služeb (ISZS), chráněné dle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti. Setkali jsme se s veřejnými zakázkami, v rámci kterých v zadávacím řízení účastník, prodávající druhotné licence, namítal proti vyloučení použití těchto druhotných licencí v zadavatelem stanovených zadávacích podmínkách. Jednalo se přitom o řešení, v rámci kterých tyto licence mohly podmínit či se jiným způsobem dotknout práce s výše zmíněnými systémy. Zastáváme názor, že na tomto poměrně dynamicky se vyvíjejícím poli existuje v současné době stále řada neznámých či ne zcela probádaných otázek. Úměrně s rostoucí významostí konkrétního systému pro chod státu či poskytování zdravotních služeb a péče pak dle našeho názoru platí, že v takovém případě i jinak velice hypotetické riziko nabývá na zvláštním významu a nemělo by být podceňováno. Tato situace je pak ještě ztížena skutečností, že každý poskytovatel určitých SW licencí má jinou obchodní a licenční politiku. Zmíněný rozsudek C-128/11 se týkal licencí SW Oracle, v současné době se setkáváme rovněž s prodejem druhotných licencí SW Microsoft. Prodej druhotných licencí pak může nastat u jakéhokoli na trhu dostupného SW.

Zmíněná hypotetická rizika a obavy zadavatelů spadají zejména do oblasti otázky garance, že původní licence nebude skutečně nikdy a za žádných okolností znovu použita, jakkoli je tato otázka po právní a obchodní stránce považována za vyřešenou. I když je pře prodej řádně proveden, tak se nabyvatel nikdy nemůže zcela zbavit nejistoty, zda původní majitel licence skutečně vyřadil licence ze své účetní evidence a zda opravdu smazal veškeré tehdejší instalační soubory a prostředky. Pokud např. Microsoft zjistí, že je licence používána na více zařízeních, může dojít k deaktivaci licence, tedy k jejímu vypnutí a znefunkčnění. Nabyvatel druhotné licence může rovněž otálet s použitím aktivačního klíče, čímž se rizikové časové okno ještě zvětšuje. Pokud je tato licence používána např. v nemocnici nebo pro přístup do KII, pak v případě deaktivace může zprostředkovatě dojít k ohrožení života pacienta nebo narušení chodu systému významného pro fungování státu. Existují zkrátka situace, kdy je toto riziko až příliš vysoké vzhledem k jeho dopadům na to, aby se dalo pře-

klenout konstatováním, že k této situaci s vysokou pravděpodobností nedojde. Nic na tom nemění ani skutečnost, že původní majitel licence by jejím opětovným použitím či pouhým pokusem o použití činil něco, co s ohledem na její legální pře prodej činit nesmí. V praxi se nicméně můžeme setkat s velkým množstvím situací a kontextů, ve kterých mohou být druhotné licence potenciálně využívány. Využití druhotné licence OS Windows na počítači využívaném učitelem biologie na základní škole se zcela jistě setkává s podstatně menšími riziky než nasazení takové licence na počítači na ministerstvu, kterým se přistupuje do KII. Záleží také na konkrétním výrobci SW, jakým způsobem by řešil situaci, kdy by pře prodaná licence byla (nelegálně) znovu aktivována původním majitelem, a jak by se tento incident dotkl (byť velice krátkodobě) i nového majitele licence. Dále je rovněž vhodné podotknout, že podle autorského zákona a EULA jde důkazní břemeno za kupujícím. Pokud by např. nemocnice tyto licence zaplatila, bylo by vhodné ověřit, zda mohou licenci použít. Toto je reálné za spolupráce s původním vydavatelem licence (např. zmíněný Microsoft), takže tím vzniknou další náklady. Dále existuje riziko, že pokud dojde ke kontrole např. dne 13. 5. 2022 ve 12 hodin, pak je údaj o nepoužití licence platný pouze pro tento okamžik. Původní majitel může ale licenci použít 14. 5. 2022, a tím dojde k neplatnosti důkazu ověření.

Forscope

Domnívám se, že do značné míry je tento postoj způsobený neznalostí právního pozadí problematiky. Druhotný software je v České republice stále ještě relativně neznámá možnost, jak ušetřit významnou část nákladů.

Mezi zadavateli veřejných zakázek panuje přesvědčení, že „nové“ licence představují bezpečnější a z hlediska legislativy zcela bezproblémové řešení. Přitom, jak se snažíme kontinuálně upozorňovat a jak je uvedeno i v této otázce: mezi „novým“ a „druhotným“ softwarem není z pohledu funkčnosti žádný rozdíl. Jedná se jednoduše o stále stejný produkt, který se časem nijak nemění. A stejná je situace z hlediska zákona, který mezi novým a druhotným softwarem nijak nerozlišuje.

Snažíme se proto širokou i odbornou veřejnost informovat o legislativních aspektech problematiky druhotného softwaru. Hlavním informačním nástrojem je pro nás zmíněný rozsudek Soudního dvora EU, který říká, že „*Tvůrce programového vybavení nemůže bránit dalšímu prodeji svých „použitých“ licencí umožňujících užívat jeho programy stažené z internetu. Výlučné právo na rozšiřování rozmnoženiny počítačového programu, na kterou se taková licence vztahuje, se vyčerpá prvním prodejem této rozmnoženiny.*“

Rozsudek nebyl jediným, který se druhotného softwaru v rámci EU týkal, narýsoval však základní podmínky, za nichž lze druhotný software prodávat, nakupovat a užívat. Nehovoříme zde tedy v žádném smyslu o nelegálních kopiích či pirátském softwaru. Podmínky jsou zcela konkrétně popsány a vylučují možnost zneužití originálních produktů.

Na jedné straně tedy platí, že výlučné právo výrobce na rozšiřování rozmnoženiny softwaru se vyčerpá při jejím prvním prodeji. Zákazníci, kteří zakoupili počítačový program na volném trhu, jsou tudíž oprávněni zakoupený software používat a poté ho dále prodat. Ovšem pouze za předpokladu, že program odinstalují a nebudou ho dále používat. Dále, podmínky platí pouze na území EU, neboť lze kontrolovat pouze a právě software, který byl poprvé prodán a je směňován na jejím trhu. Další důležitou podmínkou je, že se musí vždy jednat o trvalou (perpetuální) licenci, nikoli předplatné programy. Za software musí být pocho-pitelně také řádně zaplacen.

V případě, že jsou tyto podmínky splněny, není třeba se obávat ani zákazu dalšího prodeje v licenčním ujednání mezi výrobcem (držitelem autorských práv) a prvním nabyvatelem. Licenční ujednání totiž podléhá evropskému právu a body, které jsou s ním v rozporu, jsou neplatné.

Poznámky

[1] Viz čl. 4 písm. c) směrnice 91/250/EHS ze dne 14. 5. 1991 o harmonizaci určitých aspektů autorského práva.

[2] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES ze dne 23. 4. 2009 o právní ochraně počítačových programů.

2.

Je vyloučení možnosti dodání druhotné licence k poptávanému softwaru v souladu se ZZVZ? Za jakých podmínek? Nebo se podle Vás jedná o nepřipustné omezení hospodářské soutěže?

Mgr. Marcela Káňová

Masarykova univerzita

Touto otázkou se v nedávné době zabýval Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), který postup zadavatele poptávajícího dodání nových licencí blíže definovaných produktů Microsoft (bez nároku na tzv. Software Assurance) shledal rozporným se zákonem o zadávání veřejných zakázek, konkrétně **§ 36 odst. 1 ve spojení s § 6 ZZVZ**.^[1] **Podle ÚOHS zadavatel právě skrze technickou podmínku vyžadující dodání pouze nových licencí vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.** ÚOHS v této souvislosti učinil jednoznačný závěr, že licence nové i druhotné představují z hlediska formy užití technicky shodný produkt, který spočívá v získání oprávnění užívat poptávaný SW. ÚOHS rovněž v odůvodnění svého rozhodnutí argumentoval tím, že „... s ohledem na zásadu přiměřenosti je nutné rovněž zkoumat, zda zadavatel objektivně může disponovat nástroji, jak si případně tvrzené obtíže v souvislosti s pořízením software na základě druhotných licencí ošetřit i jinak, a zda se současně jedná o způsoby, jež nejsou pro zadavatele neúměrně zatěžující (tedy nepřiměřené)“.

ÚOHS v zásadě odmítl argumentaci zadavatele směřující primárně na právní rizika související s užitím druhotných licencí k SW v souvislosti se softwarovým auditem a vlastně obecně obavy z vadného plnění.

Tento závěr však nelze dle mého názoru paušalizovat. Rizika spojená s neoprávněným užitím licence se totiž budou lišit v závislosti jednak na povaze a významu SW, ke kterému je licence udělována, pro daného zadavatele, jednak na povaze samotného zadavatele a jeho činnosti, k jejímuž výkonu je SW využíván. Jiná bude nepochybně situace v případě licencí SW, který zadavatel využívá pouze za účelem správy agendy v oblasti administrativy, a jiná pokud půjde o SW licence k serverům, kde jejich případný „výpadek“ může být fatální pro fungování klíčového informačního systému zadavatele.

Snad rozhodovací praxe v ČR půjde cestou umožňující zadavateli vyloučit poskytnutí druhotné licence. Samozřejmě by měl být zadavatel takovýto postup schopen vysvětlit, což ale obecně platí u veřejných zakázek vždy. Vzhledem k tomu, že softwary bývají řešeny velmi různě, je často na konkrétních případech velmi obtížné či nemožné říct, se současnou úrovní evropské judikatury, zda je u konkrétního softwaru přeprdej licence možný. Možnost zadavatele vyžadovat nový software tak vnímám jako klíčovou i z hlediska právní jistoty zadavatele. Kromě toho může mít zadavatel k pořízení nové licence celou řadu jiných důvodů, ať již licenčních, ekonomických, finančních, časových, bezpečnostních, technických, nebo obchodních.

Nelze přehlížet, že rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Oracle proti UsedSoft GmbH* se věnoval pouze části jednoho konkrétního případu. Obecně sice možnost přeprdeje licencí podpořil, nicméně zároveň z jiných důvodů v konkrétním případě shledal nemožnost jejího postoupení z důvodů nemožnosti dělení konkrétní multilicence. Podobných důvodů může být celá řada a je velmi těžké dopředu odhadnout, které z nich bude Soudní dvůr EU považovat za relevantní a které nikoliv. Rozsudek nechává mnoho věcí nevyjasněných, a nelze bez dalšího dovozovat, že se možnost přeprdeje vztahuje na veškerý software. Jedná se zejména o časově omezené licence a služby Software as a Service, u kterých z textu rozsudku možnost přeprdeje neplyne, spíše naopak. Oba přístupy jsou přítom v poslední době na výrazném vzestupu. Jsou ovšem i další věcné oblasti, které by mohly převod znemožnit. Z tohoto pohledu nelze než konstatovat, že rozhodovací praxe má dvě dekády zpoždění za technickým vývojem. Mezi novými softwarovými produkty rychle ubývá takových, na něž je možné právo přeprdeje licence s jistotou vztáhnout.

Je i otázkou, jestli i jediný zatím v tuzemsku před ÚOHS řešený případ nemohl dopadnout jinak, pokud by zadavatel argumentoval jinak. Z hlediska právní jistoty zadavatelů je škoda, že rozhodnutí neprošlo soudním přezkumem.

V případě, že by podrobné zkoumání možnosti pořízení druhotné licence bylo samo o sobě nákladnější než možná úspora, je pak zcela legitimní otázka, jestli není porušováním povinností řádného hospodáře a zásad 3E takovéto aktivity zadavatele vůbec financovat, a zda není v konkrétním případě z hlediska zadávání zakázek lépe nakoupit licence nové, u kterých žádná rizika nejsou. Je třeba si uvědomit, že se bavíme o licencích obecně, a spadají pod to licence s cenou 100 Kč i přes milion za kus, a zadavatelé jich pořizují jednotky i tisíce. Předpokládám, že zásada přiměřenosti bude hrát významnou roli, a je dobře, že je dnes v zákoně výslovně vyjádřena. S ohledem na vágnost a nejasnost ustanovení evropské směrnice a stále nedostatečnou rozhodovací praxi bych uvítal, kdyby bylo zadavatelům přiznáno právo požadovat nové licence, a to jak z hlediska právní jistoty, tak z hlediska řádného hospodáře a zásad 3E, kdy může v řadě případů být případná úspora získaná nákupem druhotných licencí snadno převážena finančními náklady spojenými s podrobnou technicko-právní analýzou možnosti pořízení druhotných licencí a časovými průtahy s tím spojenými, jakož i s dalšími komplikacemi, omezeními a riziky spojenými s jejich provozem. Na druhou stranu jsou jistě legitimní otázky, proč zadavatel požaduje nové licence, a zadavatel by na ně měl být schopen odpovědět a svá tvrzení umět obhájit. Obdobně, jako musí umět obhájit jakýkoliv jiný požadavek či krok v zadávacím řízení.

Poznámka

[1] Viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 26. 7. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0325/2020/VZ.

Centrum pro regionální rozvoj

S ohledem na odpověď na předchozí otázku zastáváme názor, že existují situace, kdy je vyloučení možnosti dodání druhotné licence k poptávanému softwaru skutečně v souladu se ZZVZ. Jedná se zejména o výše uvedené licence, jejichž použití je bezprostředně spjata se systémy, které jsou zdravotnickými prostředky, a dále se systémy jako KII, VIS nebo ISZS. Zadavatel by jako správce či provozovatel takových systémů měl aktualizovat své bezpečnostní politiky a analýzy rizik, v rámci kterých by důkladně zhodnotil veškerá reálná i hypotetická rizika, která z použití druhotných licencí pro předmětné systémy vyplývají. Tímto způsobem by měl být zadavatel řádně připraven na to, aby ustál důkazní břemeno pro odůvodnění vyloučení možnosti dodat druhotné licence v zadávacích podmínkách, a to v případě odmítnutí námitek či v rámci řízení s ÚOHS. Recipročně z tohoto rovněž vyplývá, že pokud zadavatel žádá rizika využívání druhotných licencí pro své konkrétní potřeby nenalezne, tak by se jejich využití neměl ani bránit v rámci stanovení zadávacích podmínek konkrétní veřejné zakázky.

Forscope

Ano, jednoznačně se jedná o omezení hospodářské soutěže. Jak jsem již naznačil,

z našeho pohledu, ale rovněž z pohledu zákona, není žádný rozdíl mezi „novým“ a „druhotným“ softwarem. Z hlediska zákona se jedná o dvě kategorie, které v legislativě nemají žádnou oporu.

Konkrétně je vyloučení druhotných softwarových produktů v rozporu se zněním § 36 odst. 1 ZZVZ: „Zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.“

V této souvislosti lze poukázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Např. v rozhodnutí ze dne 20. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S770,771,772/2014/VZ24619/2014/511/JNp, Úřad posoudil jako diskriminační požadavek zadavatele, že všechno požadované počítačové vybavení musí být od jednoho výrobce, a to z důvodu zajištění lepší kompatibility. Úřad tento požadavek odmítl s poukazem na to, že kompatibility může být zajištěna i jinými způsoby.

Zákon o zadávání veřejných zakázek v § 2 odst. 1 stanoví, že zadáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vy-

plývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Zákon o zadávání veřejných zakázek zároveň v žádném ustanovení nestanoví, že by předmětem veřejné zakázky měly být pouze věci nové. Předmětem dodávky proto může být i „použitý“ software.

V souladu s § 6 ZZVZ pak platí, že zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a že ve vztahu k dodavatelům zadavatel musí dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, pak v souvislosti s možným porušením zásady diskriminace v oblasti veřejných zakázek dovodil, že za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů.

3.

Jak by měli zadavatelé postupovat, pokud druhotné licence v zadávacích podmínkách nevyloučí, aby se současně vyhnuli případným rizikům souvisejícím s dodáním druhotných licencí?

Mgr. Marcela Káňová

Považuji za důležité v této souvislosti accentovat, že problematika druhotných licencí SW se ve skutečnosti týká pouze omezeného portfolia SW. Pro převoditelnost SW licence je totiž velmi podstatná zmiňovaná podmínka, že licence není časově omezená. Její splnění je zcela vyloučeno všude tam, kde je SW pořizován jako služba. Cloud, resp. cloudové služby, přitom stále více posiluje oproti řešením tzv. on-premise, kdy je SW uložen na interní infrastrukturu zadavatele.

Nicméně pokud skutečně zadavatelé budou poptávat licence k „běžnému“ SW a nebude pro ně s ohledem na zamýšlený účel využití nutné mít zajištěnu komplexní podporu výrobce, pak by v první řadě měli vyvinout maximální úsilí, aby si ověřili splnění opakovaně zmiňovaných podmínek pro obchodovatelnost druhotných licencí, zejména **ověřit jejich původ a to, zda převodce použitého SW učinil svou kopii SW nepoužitelnou**. Sám ÚOHS ve výše uvedeném rozhodnutí přitom připouští, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat úplnou garanci splnění těchto podmínek. Nabízí se tak požadavek na předložení

kompletní dokumentace k licencím, včetně identifikace všech předchozích držitelů, identifikace a předložení smlouvy, na základě které byla licence pořízena prvním nabyvatelem, popř. smluv, na základě kterých byla licence dále převáděna, pokud se jedná o řetězec delší, a v neposlední řadě čestná prohlášení všech předchozích nabyvatelů o tom, že již licenci nevyužívají a bylo to znemožněno i do budoucna.

Tomu by měly **korespondovat smluvní podmínky**, kde by dodavatel toto vše deklaroval, přičemž nepravdivost některého z prohlášení by byla navázána na smluvní pokutu.

Na dodavatele by ve smluvních podmínkách měl být přenesen rovněž **regresní nárok v případě sankcí uložených v rámci softwarového auditu výrobce SW**. Takovou smluvní podmínku bych ostatně doporučovala i u licencí nových v případě, že nejsou dodány přímo výrobcem.

Aby zadavatel alespoň minimalizoval riziko, že dodavatel v okamžiku aktivace smluvních pokut či regresního nároku stále bude existovat, nabízí se zakotvit do zadávací dokumentace **adekvátní kritéria kvalifikace, vč. ekonomické**.

Současně si myslím, že nelze odhlédnout rovněž od nákladů spojených se správou licencí, která je v případě zakoupení nových zajištěna přímo výrobcem, a je tedy v podstatě zahrnuta v jejich ceně. Při připuštění dodání druhotných licencí by tak zadavatel měl mít možnost požadovat, aby **správu a evidenci těchto licencí zajistil dodavatel** v rámci ceny licencí. Alternativně se pak nabízí zajištění evidence vlastními kapacitami zadavatele, přičemž vyčíslení nákladů na tuto činnost by se mělo připočíst k nabídkovým cenám všech dodavatelů, kteří se druhotné licence rozhodnou nabídnout.

Masarykova univerzita

Zadavatelé by měli zvážit, zda jsou pro ně druhotné licence plnohodnotnou a přípustnou alternativou. Zadavatel by měl analyzovat své potřeby, seznámit se s principem fungování předmětného softwaru, jeho právní stránkou, seznámit se podrobně s licenčními podmínkami softwaru a evropskou i národní judikaturou a vyhodnotit, jestli uvedený software lze v rámci EU druhotně prodávat a jestli přináší nějaká rizika. A určitě doporučuji zaměřit se i na podmínky poskytování podpory, která může být nezbytná ke správnému fungování softwaru, a může podléhat i podmínkám právního řádu třetí země. Pak se může rozhodnout, jaký zaujme k druhotnému softwaru v dané zakázce postoj. U malých finančních objemů je možné, že shledá takovýto postup jako nepřiměřený. A určitě by při svých úvahách neměl zapomínat ani na plánované užití softwaru – např. v případě softwaru instalovaného na mobilních zařízeních je třeba mít na paměti, že mimo EU neplatí evropská judikatura a tento software tam může být nelegální – použití zařízení na pracovních cestách v USA, Japonsku či

na Ukrajině by tak mohlo být nelegální. Před případnou cestou mimo EU by pak bylo třeba provést rozbor všech právních řádů oblastí, kde bude cestovatel pobývat, a pokud nemají obdobnou úpravu jako EU, tak tento pohledu nemusí být využití druhotných licencí v mobilních zařízeních pracovníků zadavatele příliš praktické. Nejedná se jen o vysílání na pracovní cesty, ale i o využití služební techniky zadavatele např. během dovolené jeho zaměstnanců. Zejména např. u operačních systémů si lze jen stěží představit jejich neustálé odinstalovávání. V praxi může být situace komplikována i datacentry či pobočkami mimo EU a dalšími faktory.

Lze očekávat, že zadavatelé v souladu se zásadami 3E a zásadou přiměřenosti budou dobře zvažovat, zda se jim nákup druhotného softwaru skutečně vyplatí, a nebudou zapomínat na náklady vzniklé jak se samotným posouzením případné přípustnosti druhotného softwaru, tak ani na možné náklady související s jeho následným provozem.

Centrum pro regionální rozvoj

Opět jako v předchozí otázce je dle našeho názoru klíčovým krokem aktualizace bezpečnostních politik a analýz rizik na straně zadavatele. Tímto způsobem si zadavatelé vyhodnotí, zda a v jakých případech je možné použití druhotných licencí připustit. Následně si pak pro případy, kdy toto připustí, nastaví konkrétní (potenciálně zvýšená) bezpečnostní opatření, kterými případná zbytková rizika dále eliminují – např. přístup do informačního systému ze dvou až tří různých pracovních stanic s alespoň jednou „novou“ licencí apod. Samozřejmě za předpokladu, že jsou taková opatření smysluplná, přiměřená a negenerují nevhodné náklady. Obecně vždy platí, že zadávací podmínky veřejné zakázky by měly být přiměřeně stanoveny vůči potřebám zadavatele. Zadavatel by naopak neměl za cenu vlastních zvýšených nákladů vycházet vstříc veškerým potřebám trhu.

Forscope

Naše společnost podala od roku 2016, kdy byla založena, zhruba 50 žádostí o nápravu v zadání veřejných zakázek. Ve většině případů muselo být zadání zakázky upraveno a opětovně zveřejněno.

Pokud jde tedy o doporučení zadavatelům, především by měla být pečlivě zvážena a předem vyloučena ze zadání následující omezení:

- požadavek pouze na „nové licence“,
- požadavek na licence od konkrétní společnosti (především Microsoft),
- požadavek na tzv. VLSC portál,
- zdůvodnění nových licencí vyšší bezpečností v rámci použití v kritické infrastruktuře státu,
- riziko softwarového auditu ze strany např. společnosti Microsoft.

Problematicke omezení hospodářské soustavy jsme se již věnovali, rád bych se tedy ještě zmínil o softwarovém auditu a VLSC portálu.

Zadavatelé často vyjadřují obavy z rizik spojených s auditem ze strany společnosti Microsoft. Nový vlastník zakoupených rozmnoženin softwaru není vázán žádnou dohodou se společností Microsoft. Tedy zadavatel nevstupuje v případě zakoupení použitého softwaru do smluvního vztahu se společností Microsoft, není ani třeba provádět jakýkoli audit, případně není ani potřeba vyjadřovat s provedením auditu souhlas. V této souvislosti však doplním, že v případě potřeby jsou kvalitní dodavatelé druhotného softwaru většinou připraveni auditorům poskytnout veškerou potřebnou součinnost, pokud by byla požadována.

V zadání je také často zmíněn požadavek hromadné evidence a správy licencí v rámci účtu na licenčním serveru společnosti Microsoft (VLSC portál), což je reálně možné pouze v případě, že se bude jednat o nové licence. Ani toto omezení však neobstojí před evropským právem. Navíc, zápis do VLSC účtu není povinný, ani se nejedná o důkaz oprávněného užívání licence a není ani podmínkou oprávněného užití softwaru. Zápis do tohoto účtu nemá žádný vliv na funkci softwaru, ani na obsah a rozsah jeho užití.

Jak jsem zmínil, naše společnost se snaží kontinuálně upozorňovat na legislativní aspekty druhotného softwaru, zároveň však poskytujeme bezplatné poradenství jak soukromým, tak veřejným společnostem a institucím. Disponujeme navíc řadou právních posudků a intenzivně konzultujeme s experty na autorské právo. ■