

Sborník konference

Dodatek

iSSS 2023

25. ročník konference

15.–16.5.23

HradecKrálové



S podporou města Hradec Králové

Softwarové licence z volného trhu a podmínky jejich převodu

PREDNY SLM s.r.o.

Obchod s tzv. druhotnými licencemi je postaven na základě tzv. vyčerpání práva autora kontrolovat další distribuci těchto licencí poté, co je již jednou prodal a dostal za ně zaplacené. Tato zcela logická úvaha byla do právního řádu EU zavedena již v roce 1991 a nejedná se tedy o žádnou právní novinku.

Licence, jako právo k užití softwaru, má oproti hmotným věcem obrovskou výhodu – neopotřebovává se. A v případě tzv. on-premise licencí se ani v čase nespotebovává. Licence z volného trhu tak nabízí svým držitelům totožná práva k užití, ve stejném obsahu a rozsahu, jaká by měli v případě zakoupení licence z distribuce výrobce softwaru. To vše za mnohem příznivějších finančních podmínek.

Průměrná úspora na realizovaných veřejných zakázkách, v porovnání s nejběžnější cenovou hladinou distribuce spol. Microsoft – Select D – byla

54 %

Znalost práva a infrastruktura

Obchod s druhotnými licencemi nelze vykonávat bez dostatečně hlubokých znalostí a potřebné infrastruktury. Jako součást německé skupiny PREO, jsme jedním z předních evropských distributorů licencí z volného trhu. Distribuční síti i koncovým zákazníkům tak dodáváme širokou škálu licencí, zejména k softwaru Microsoft a Adobe. Naše on-premise, cloudová i hybridní řešení (kombinace nových, předplatných a „druhotných“ softwarových licencí) nabízí výhodné řešení na míru pro všechny uživatele od veřejné sféry, přes korporace až po menší firmy.

Všechny transakce jsou provázeny transparentní historií řetězce vlastnictví, bezpodmínečně splňují všechny zákonné požadavky a podmínky výrobců softwaru i všechna bezpečnostní kritéria softwarového auditu.

Spolupracujeme s renomovanými auditory a disponujeme silným právním zázemím. Mezi našimi zákazníky a partnery tak najdete mnoho subjektů z veřejného i soukromého sektoru napříč Evropou (Bayer, Adidas, Thomas Cook, město Amsterdam, FN v Motole, Ministerstvo zahraničních věcí ČR, Státní úřad pro jadernou bezpečnost, Hyundai a další).

Jako první společnosti se nám ve střední a východní Evropě povedlo projudikovat rovnocennost druhotných licencí s těmi přímo zakoupenými z distribuční soustavy výrobců softwaru. Více v rozhodnutí ÚOHS.

Pravidla pro převod licencí z volného trhu

V případě softwarového auditu je důkazní břemeno prokázání legality užití softwaru přeneseno na kontrolovaného. Aby bylo možno prokázat vyčerpání práva autora na kontrolu další distribuce licencí, musí být k licencím dodána kompletní dokumentace. Jako právníci dbáme a priori na splnění všech uvedených požadavků, což při každém transferu licencí dokládáme transparentní dokumentací.

1. Úplná identifikace licencí
 - Produkty, ke kterým se licence vztahují
 - Fixace verze produktu u Software Assurance (SA)
 - Kontrakty, z kterých licence pocházejí
 - Čísla objednávek (Enrollment) licencí
 - Typ licence (EDU/Academic/Charity licence mohou užívat jen přesně vymezené okruhy uživatelů)
2. Úplná identifikace licenční historie
 - Podkladové (Qualifying) licence
 - U SA nutno identifikovat první licenci a všechny navazující SA
 - U konsolidací StepUp nebo TrueUp je nutno doložit kdy a jakým způsobem k nim došlo
3. Důkaz o existenci licencí
 - Formou screenshotu z původního VLSC/Business/Microsoft účtu
4. Úplná identifikace prvního nabyvatele
 - Kontaktní osoby
 - Území, na kterém byly licence uvedeny na trh
5. Splnění podmínek pro převod licencí formou prohlášení
 - Licence byly zakoupeny se souhlasem nositele autorských práv a byly plně zaplacený
 - Licence byly uvedeny na trh na území Evropské unie nebo EHS
 - Licence nebude nadále jakkoliv používána
 - Licence nejsou omezeny časem
 - Na licencích nevážnou žádná práva třetích stran
6. Potvrzení o převodu licencí
 - Výkupní smlouva od původního držitele, z níž jsou patrné předmětné licence
 - Potvrzení o převodu mezi dalšími členy řetězce
7. Kompletní řetězec držitelů
 - Identifikace kompletního řetězce mezitímních držitelů, vč. společnosti, která licence vykoupila
 - Prohlášení o splnění podmínek pro převod od všech členů řetězce

Výběr z přelomového rozhodnutí ÚOHS

PREDNY SLM s.r.o. je leader v oblasti know-how v rámci licencování z volného trhu ve střední a východní Evropě. Aby svou argumentaci firma podpořila a mohla odstranit pochybnosti na straně veřejných zadavatelů k tomuto modelu licencování, prošly její argumenty řízením před Úřadem na ochranu hospodářské soutěže v České republice. V daném případě měl Zadavatel k dispozici nesprávný právní rozbor, který do obchodu se sekundárními licencemi vnášel nejistotu. Proto se rozhodl poptávat dodávku čistě nových softwarových licencí.

Rozhodnutí

„Zadavatel (...) vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, když ve výše uvedeném zadávacím řízení stanovil v rámci podmínek účasti technické podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. b) citovaného zákona tak, že požaduje pořízení výhradně nových licencí v čl. 3 výzvy k podání nabídek definovaných softwarových produktů.“

Odůvodnění v kostce

„Požadavek na dodání jen „nových“ licencí je omezením hospodářské soutěže.“

1. Shodnost nových a druhotných licencí
 - Nové i druhotné licence jsou technicky shodný produkt.
 - Nejsou pochyby o tom, že druhotné licence zajišťují shodně možnost legálního užívání software, přičemž z hlediska funkčního se jedná v porovnání s licencemi novými o zcela srovnatelné plnění.
 - Povolit dodávku druhotných licencí není diskriminační, ale naopak pokud by povoleny nebyly, jednalo by se o diskriminaci.
2. Potenciální rizika
 - Rizika u druhotných i nových licencí jsou obdobná.
 - Obava z vadného plnění (či samotný potenciál existence určitého rizika) nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže.
 - Není důvodné předpokládat existenci možných vad plnění.
 - Argument spočívající v presumpci nepoctivého jednání (např. padělání dokumentace) ze strany dodavatele (druhotných nebo nových licencí) není přijatelný.
3. Dokumentace k druhotným licencím
 - Pravidla pro převod licencí jsou stanovena judikaturou, zejm. rozhodnutím SDEU C-128/11:
 - První nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv.
 - První nabyvatel zakoupil licence ve státu Evropské unie, resp. EHS.
 - První nabyvatel zajistí, že jsou licence odinstalovány, nejsou používány a znemožní jejich použití v budoucnu.
 - Licence byly jak původním, tak novým nabyvatelem úplně zakoupeny, nikoliv pronajímány.
 - Na licencích nevážnou žádná práva třetích stran.
 - Předložení dokladů prokazujících legálnost nabytí rozmnoženiny je obecně stanoveno jako předpoklad pro přeprodeje softwarových licencí.
 - Předložení těchto dokumentů je splnění důkazní povinnosti při dovolávání se vyčerpání práva.
 - Obtížně proveditelné ověření předkládaných informací nemůže ospravedlnit omezení hospodářské soutěže požadavkem na dodání licencí nových.
4. Eliminace potenciálních rizik
 - Zadavatel má k dispozici nástroje pro podstatnou eliminaci rizik.
 - Zadavatel může smluvně přenést případné sankce z auditu na dodavatele.
 - Zadavatel může na dodavatele přenést také požadavky na správu licencí či jejich aktivaci.
 - Podpora nebo další podmínky mohou být také přeneseny na dodavatele, ale musí být objektivně odůvodnitelné.
 - Je více než vhodné, aby specifikace podmínek pro splnění převodu druhotných licencí dle rozsudku SDEU byly součástí zadávací dokumentace.
 - Zadavatel by měl tedy řádně definovat vlastní potřebu a požadavky vedoucí k jejímu naplnění, nikoli stanovovat konkrétní způsob řešení, existují-li i způsoby jiné, rovnocenně schopné naplnit danou potřebu zadavatele.

Metodika zadávání VZ na nákup softwaru

Během téměř 20 let, kdy skupina PREO Software působí na trhu softwarových licencí, jsme se účastnili stovek tenderů na nákup softwarových licencí po celé Evropě.

Trvalo však několik dlouhých let, než se v západní Evropě prosadila praxe nákupu licencí z volného trhu, tzv. druhotných nebo použitých, které v porovnání s licencemi z přímé distribuce výrobců (tzv. novými) zadavatelům přináší totožný užitek i práva a mnohem nižší cenu.

Při vstupu na český trh jsme si uvědomovali, že praxe běžná v západní Evropě však není praxí běžnou u nás. A rozhodli jsme se to změnit. Začali jsme se ucházet o dodávky softwarových licencí v rámci veřejných zakázek a poukazovali jsme na ohromnou finanční úsporu díky možnosti nákupu licencí z volného trhu. Mnoho veřejných subjektů na naše volání slyšelo (namátkou Nemocnice České Budějovice, FN Motol, Ministerstvo životního prostředí ČR, Povodí Odry,...), ale další část zadavatelů stále trvala na dodávce nových licencí.

Tak dospěl jeden z těchto případů až k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který v Rozhodnutí ze dne 26. 7. 2021 ÚOHS-25008/2021/500/Alv, konečně potvrdil legitimitu licencí z volného trhu a potřebu otevřené soutěže u dodávek softwarových licencí. Toto rozhodnutí nezavádí žádné novum, pouze potvrzuje relevanci předchozích rozhodnutí Soudního dvora EU a kompletně potvrzuje judikaturu ze západní Evropy.

Právě pro usnadnění aplikace závěrů ÚOHS při tvorbě zadávací dokumentace vznikla naše Metodika na nákup a dodávky softwarových licencí. Vzhledem k dosavadním pozitivním reakcím zadavatelů na její existenci pevně věřím, že i Vám pomůže ve snazší orientaci při zadávání veřejných zakázek na dodávky softwarových licencí.

Stažení metodiky

Metodika je zdarma ke stažení na adrese:

<https://prednyslm.eu/cs/metodika-zadavani-verejnych-zakazek>

