**[ZADAVATEL, PŘÍPADNĚ ADMINISTRÁTOR DANÉ VZ]**

[ADRESA]

[ADRESA]

---------------------------------------------------

*datovou schránkou:* [DOPLNIT ID DS]

*prostřednictvím profilu zadavatele*

**Veřejná zakázka „*[DOPLNIT NÁZEV]*“ uveřejněná na profilu zadavatele pod č. [DOPLNIT] a ve věstníku veřejných zakázek pod č. [DOPLNIT].**

**Žádost o vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů**

Vážení,

jako dodavatel, [DOPLNIT NÁZEV], IČO [DOPLNIT], se sídlem [DOPLNIT], si Vás dovolujeme Vás kontaktovat ve veřejné zakázce „***[DOPLNIT NÁZEV]***“ vyhlášené zadavatelem, [DOPLNIT], IČO [DOPLNIT], se sídlem [DOPLNIT] (dále jen „**Zadavatel**“), na profilu Zadavatele pod č. [DOPLNIT] a ve věštníku veřejných zakázek pod č. [DOPLNIT] (dále jen „**Veřejná zakázka**“), s následující žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace Veřejné zakázky.

Předmětem Veřejné zakázky je dodávka IT vybavení včetně software (operačního systému), tedy plnění podléhající autorským právům. Zadavatel umožňuje i dodání tzv. druhotných licencí, tedy licencí, které přímo od výrobce/oficiálního distributora zakoupil prodejce, který je dále nabízí zákazníkovi, který je nabídne zadavateli. Dle čl./odst. [DOPLNIT] přílohy č. [DOPLNIT] zadávací dokumentace, smlouvy na Veřejnou zakázku (dále jen „**Smlouva**“), a přílohy č. [DOPLNIT] Smlouvy, technické specifikace, Zadavatel požaduje předinstalovaný operační systém - OS OEM MS Windows 10 Professional CZ 64 bit. Dále nejsou podmínky dodání předmětu plnění specifikovány.

Ohledně legálnosti nabízeného software se Zadavatel spoléhá na čestné prohlášení / prohlášení dodavatele ve Smlouvě. Ty ale nejsou dostačujícím důkazem o původu licence. Zejména u počítačů dodaných bez operačních systémů a v případě dodání aktivačních klíčů k operačnímu systému samostatně je vysoké riziko, že dodaný aktivační klíč nepředstavuje řádnou licenci. **Zadavatelem nastavené zadávací podmínky Veřejné zakázky tak nezabrání tomu, aby některý z dodavatelů nabídl** **(1)** software, který dodavatel získal pouze pronájmem, a tedy jej nemůže převést (k rozmnoženině nenabyl vlastnické právo), **(2)** licence původně určené pro specifické účely (výzkum, vývoj, školství apod.), případně **(3)** licence poskytnuté původcem zdarma, čímž nedojde k vyčerpání práva původce k rozmnoženině. Nezabrání ani nabízení **(4)** tzv. rozdělených licencí, tedy licencí druhotně prodaných většímu počtu uživatelů, než jakému byly určeny. Zde uvedené licence přitom nejsou ani podle judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „**SDEU**“) převoditelné. **Ten pro dodání druhotného software stanovil striktní pravidla**:

* software byl uveden na trh prodejem **v rámci EU, EHS nebo Švýcarska se souhlasem majitele autorských práv**;
* software **byl poskytnut za úplatu**;
* majitel autorského práva **poskytnul prvnímu nabyvateli časově neomezenou licenci** k užívání rozmnoženiny daného software;
* každý **předchozí nabyvatel musí v okamžiku prodeje učinit svoji rozmnoženinu nepoužitelnou** (odinstalovat ji).

**Z judikatury SDEU dále vyplývá, že práva z oddělitelné smlouvy o údržbě daného software (zajišťující nárok na updaty, bezpečnostní aktualizace) nemusí být součástí převodu software na nového nabyvatele**. To platí zejména v případě převodu rozmnoženiny, která byla součástí tzv. multilicence (licence k většímu počtu rozmnoženin software). Není tak jasné, zda vůbec a v jaké míře bude mít Zadavatel v případě dodání druhotného software nárok na aktualizace atd. **Zadavatel se tak vystavuje riziku, že dodaný software nebude dále aktualizován, později nebude zajištěna jeho bezpečnost, a v konečném důsledku tak bude např. hackerskými útoky omezena činnost Zadavatele**.

Zadavatel nestanovil podmínky pro skutečné ověření původu a stavu software dodávaného jako součást předmětu plnění. Nelze tak vyloučit dodání software (licencí), jehož užíváním Zadavatel zasáhne do autorských práv původce tohoto software. Odpovědnost za používaný software totiž nemá dodavatel, **ale primárně ten kdo jej bude užívat, tedy Zadavatel**. Nelze proto vyloučit, že původce softwaru bude Zadavateli bránit v jeho dalším užívání, a případně požadovat náhradu škody apod.

K předejití uvedeným problémům má dodavatel následující dotazy:

1. **Upraví Zadavatel podmínky Veřejné zakázky tak, aby předešel dodání problematických druhotných licencí?**

Z uvedených důvodů navrhujeme začlenění následujících ustanovení do zadávací dokumentace Veřejné zakázky k prokázání způsobilosti dodavatele dodat řádně poptávané plnění:

1. *Zadavatel v souladu s § 104 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „****ZZVZ****“), vyzve vybraného dodavatele před uzavřením Smlouvy k předložení dalších dokladů pro uzavření Smlouvy:*

* *prohlášení původního i všech dalších případných nabyvatelů každé jednotlivé druhotné licence, pokud je dodavatel nabízí, že jsou licence odinstalovány, nejsou používány a na straně těchto nabyvatelů je zajištěno, že je zamezeno jejich použití v budoucnu a že na nich neváznou žádná práva třetích stran;*
* *licenčního klíče ke každému jednotlivému operačnímu systému nabízeného IT vybavení;*
* *jména a produktového čísla (tzv. Microsoft Part Number) každého jednotlivého operačního systému nabízeného IT vybavení;*

1. *Zadavatel po vybraném dodavateli ve smyslu § 104 písm. b) ZZVZ požaduje splnění další podmínky pro uzavření Smlouvy, úspěšný výsledek zkoušek vzorků. Zkoušky Zadavatel provede tak, že všechny licenční klíče a jména spolu s produktovými čísly předložené dodavatelem podle § 104 písm. a) ZZVZ zašle výrobci/původci software, který je dodáván spolu s předmětem plnění, nebo jeho autorizovanému distributorovi pro Českou republiku (některému z distributorů uvedených v seznamu na internetové stránce <*[*https://www.microsoft.com/cs-cz/*](https://www.microsoft.com/cs-cz/)*> pod tímto odkazem –* [*ODKAZ*](https://devicepartner.microsoft.com/cs-CZ/connect/distributor)*) k ověření, jestli se jedná o licenční klíče k daným licencím, a případně jestli dané aktivační klíče byly v minulosti použité k aktivaci produktu, která by bránila plnění Smlouvy na tuto Veřejnou zakázku. Vyjde-li najevo, že licenční klíče k nabízenému software neodpovídají zadávacím podmínkám této Veřejné zakázky, vybraného dodavatele vyloučí;*
2. *Zadavatel dále v souladu s § 79 odst. 2 písm. k) ZZVZ požaduje předložení vyplněné přílohy č. [DOPLNIT] Smlouvy, ve které dodavatel uvede:*

* *identifikaci každé z nabízených licencí, a to jejich číslo a úplný název;*
* *identifikaci případného prvního (předchozího) nabyvatele každé z případně nabízených druhotných licencí, ze které musí být zřejmé, že byly licence pořízeny pro území EU, EHS nebo Švýcarska;*

1. *Zadavatel dále § 79 odst. 2 písm. k) ZZVZ požaduje předložení originálů nebo úředně ověřených kopií následujících dokumentů:*

* *ke každé z případně nabízených druhotných licencí smlouvy mezi dodavatelem licence a prvním nabyvatelem nebo jiného obdobného dokumentu k prokázání časové neomezenosti licencí – pro tento účel Zadavatel vylučuje čestné prohlášení;*
* *ke každé z případně nabízených druhotných licencí smlouvy mezi dodavatelem licence a prvním nabyvatelem nebo jiného obdobného dokumentu k prokázání, že jak původním, tak pozdějšími nabyvateli byly licence řádně zakoupeny (včetně zaplacení kupní ceny), nikoliv pronajímány – pro tento účel Zadavatel vylučuje čestné prohlášení.*

1. **Upraví Zadavatel podmínky Veřejné zakázky tak, aby si zajistil poskytování aktualizací/updatů software?**

Zadavatel aktualizaci dodaného software zabezpečuje pouze prostřednictvím smluvního ujednání: [DOPLNIT KOPII DANÉHO UJEDNÁNÍ]. Dodavatel ale nemusí předkládat žádné doklady k prokázání reálnosti daného ujednání. Z toho důvodu navrhujeme zařazení následujícího ustanovení do čl./odst. [DOPLNIT] zadávací dokumentace Veřejné zakázky:

1. *Zadavatel v souladu s § 104 písm. a) ZZVZ vyzve vybraného dodavatele před uzavřením Smlouvy k předložení dalších dokumentů pro uzavření Smlouvy, kterými vybraný dodavatel prokáže, že software dodávaný v rámci plnění bude po celou dobu trvání Smlouvy plně aktualizován a podporován výrobcem:*

* *[DOPLNIT];*
* *[DOPLNIT]*.

Výše popsané požadavky podle názoru dodavatele nijak neomezují hospodářskou soutěž. Umožňují účast ve Veřejné zakázce jak dodavatelům originálního software, tak dodavatelům druhotného software. V souladu s rozhodovací praxí SDEU, a zejména Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže navržené podmínky slouží pouze k zajištění, že Zadavateli bude dodán řádný a legální software, který bude dále aktualizován. I Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uvádí, že je vhodné, aby zadavatelé pro případ poskytnutí druhotného software nastavili vhodné podmínky ke své ochraně.

**Z výše uvedených důvodů si dodavatel dovoluje Zadavateli navrhnout změny zadávací dokumentace Veřejné zakázky tak, aby (i) bylo zajištěno dodání software s řádnou licencí, nedošlo k porušení autorského práva a Zadavatel mohl software plně využívat po celou dobu trvání Smlouvy a (ii) Zadavatel měl zajištěny aktualizace a update software po celou dobu trvání Smlouvy.**

Předem děkujeme.

S pozdravem

za **[DOPLNIT DANOU PRÁVNICKOU OSOBU]**

[DOPLNIT OSOBU JEDNAJÍCÍ ZA PRÁVNICKOU OSOBU]