

Vysvětlení zadávací dokumentace č. 3

dle § 98 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění

Zadavatel:	Nemocnice České Budějovice, a.s., se sídlem České Budějovice, B. Němcové 585/54, PSČ 370 01, IČ: 26068877 (dále jen „Zadavatel“)
Název veřejné zakázky:	Kancelářský software pro Nemocnici České Budějovice
Evidenční č. zakázky:	Z2019-040237
Pověřená osoba:	Mgr. Ing. Pavel Majer, vedoucí IT oddělení Nemocnice České Budějovice, a.s.

I.

Zadavatel obdržel dne 25. 11. 2019 od dodavatele žádost o vysvětlení zadávací dokumentace ve smyslu § 98 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále také jen „Zákon“). Žádost dodavatele obsahuje dotazy, vztahující se k zadávacím podmínkám, přičemž Zadavatel podává k těmto dotazům v zákonné lhůtě toto své vysvětlení.

Dotaz:

Dobrý den,

Součástí zadávací dokumentace je jako příloha i závazný vzor smlouvy (dále jako „Vzor smlouvy“). Předmětem plnění dle zadávací dokumentace má být ze strany uchazeče dodávka softwarových licencí (dále jako „Předmět plnění“). Předmět plnění je v tomto rozsahu odvozen od postavení uchazeče jakožto LSP (Large Solution Partner) společnosti Microsoft. Licence nabývá zadavatel fakticky i právně přímo od společnosti Microsoft, která k předmětným softwarovým produktům poskytuje licenční i záruční podmínky dle svých ujednání. Vzor smlouvy je nicméně konstruován tak, že je to uchazeč, kdo poskytne právo k užití k software zadavateli za licenčních podmínek uvedených ve Vzor smlouvy. Správně ale právo k užití software Microsoft může poskytnout jen a pouze přímo společnost Microsoft, a to jen a pouze za licenčních podmínek společnosti Microsoft, přičemž uchazeč správně plní roli LSP, tedy partnera společnosti Microsoft, který odpovídá za řádné zajištění licencí od Microsoft pro zadavatele a uhrazení odměny za licence od zadavatele vůči Microsoft.

Vzhledem k uvedenému tak přiložený Vzor smlouvy nelze použít, když neodpovídá předmětu veřejné zakázky a je v přímém rozporu s podmínkami i faktickým mechanismem dodávky – zajištění licencí k poptávanému software společnosti Microsoft.

S ohledem na uvedené výše by uchazeč rád požádal zadavatele, zda by zvážil úpravu Vzor smlouvy tak, aby tato odpovídala výše popsanému mechanismu plnění dodávky licencí. Uchazeč si dovoluje navrhnout následující úpravu Vzor smlouvy:

1. *Koncipovat Vzor smlouvy tak, že uchazeč zajišťuje poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft, přičemž licence k produktům uděluje zadavateli přímo společnost Microsoft.*

2. *Doplnit Vzor smlouvy tak, aby obsahoval následující ujednání: „Veškeré licenční, servisní, reklamační, záruční a jiné podmínky ve vztahu k licencím se řídí podmínkami společnosti Microsoft určenými pro danou licenci, a to zejména s ohledem na tzv. omezenou záruku (Limited Warranty).“*

3. *Doplnit Vzor smlouvy tak, aby obsahoval následující ujednání: „Smluvní strany jsou si vědomy, že softwarové licence jsou dodávány k produktům společnosti Microsoft, přičemž tyto licence jsou nabyvateli poskytovány přímo společností Microsoft a rozsah licence není předmětem této Smlouvy a ani není předmětem jakékoliv garance či záruky ze strany poskytovatele. Nabyvatel se zavazuje užívat software, k němuž jsou mu dle této Smlouvy zajišťovány licence, v souladu s licenčními podmínkami (užívacími právy) Microsoft vztahujícími se k danému softwaru.“*

Případně by se uchazeč rád dotázal, zda by umožnil použít návrh smlouvy předložený uchazečem.

Vysvětlení Zadavatele:

Zadavatel uvádí, že na obdobný dotaz již odpovídal ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 ze dne 20. 11. 2019, které bylo uveřejněno na profilu Zadavatele. Na znění tohoto vysvětlení Zadavatel proto v plném rozsahu odkazuje.

Zadavatel upozorňuje, že při zadávání veřejné zakázky je povinen postupovat podle Zákona a že nemůže poskytovat finanční plnění subjektu, se kterým nemá uzavřenu písemnou smlouvu, která vznikla jako výsledek zadávacího řízení (kromě Zákonem definovaných výjimek). Těmto požadavkům proto také odpovídá návrh smlouvy, který je přílohou zadávací dokumentace.

V rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 uvedl Zadavatel mimo jiné toto:

Zadavatel je proto toho názoru, že smluvní podmínky jsou stanoveny správně, když nijak nebrání účasti distributorů v zadávacím řízení, protože podle § 1936 odst. 1 občanského zákoníku musí věřitel (Zadavatel) přijmout plnění, které mu se souhlasem dlužníka (Poskytovatele) nabídne třetí osoba (tj. případný výrobce software). S touto variantou také počítá smlouva o dodávce licencí, když v jejím odst. 8.1.6. se stanoví, že Objednatel je povinen Software užívat v souladu s licenčními podmínkami jeho výrobce, které se vztahují na užívání Poskytovatelem dodaného Software.

Zadavatel je současně toho názoru, že plnění popisované dodavatelem, podle něhož dodavatel „odpovídá za řádné zajištění licencí od Microsoft pro zadavatele a uhrazení odměny za licence od zadavatele vůči Microsoft“, neodpovídá režimu zadávání veřejných zakázek, když zadavatel zásadně přijímá plnění od dodavatele, který byl vybrán v zadávacím řízení, a tomu také hradí cenu, která mu byla v zadávacím řízení nabídnuta za plnění veřejné zakázky. Je samozřejmě věcí vybraného dodavatele, jak s finančním plněním obdrženým od zadavatele posléze naloží.

Vzhledem k tomu Zadavatel uvádí, že

1. není možné koncipovat vzor smlouvy tak, že dodavatel zajišťuje poskytnutí licencí k produktům společnosti Microsoft, přičemž licence k produktům uděluje zadavateli přímo společnost Microsoft, a to z důvodu, že Zadavatel nepoptává plnění od žádného konkrétního výrobce či dodavatele a že na základě smlouvy bude mít Zadavatel závazkový vztah s vybraným dodavatelem, který bude odpovědný za splnění předmětu veřejné zakázky, přičemž je ale možné postupovat v režimu § 1936 odst. 1 občanského zákoníku, jak bylo uvedeno výše;
2. není možné doplnit vzor smlouvy tak, aby obsahoval následující ujednání: *„Veškeré licenční, servisní, reklamační, záruční a jiné podmínky ve vztahu k licencím se řídí podmínkami společnosti Microsoft určenými pro danou licenci, a to zejména s ohledem na tzv. omezenou záruku (Limited Warranty).“*, a to z důvodu, že Zadavatel nepoptává plnění od žádného konkrétního výrobce (např. Microsoft) či dodavatele, jak bylo uvedeno výše. Navíc považuje Zadavatel takovou změnu za nadbytečnou, protože podle odst. 8.1.6. smlouvy o dodávce licencí, která je přílohou č. 1 zadávací dokumentace, platí, že *Objednatel je povinen Software užívat v souladu s licenčními podmínkami jeho výrobce, které se vztahují na užívání Poskytovatelem dodaného Software*. Kromě toho se v odst. 10.1.4. smlouvy o dodávce licencí uvádí, že *„Záruka, práva z vadného plnění a jejich uplatnění a podmínky poskytování záručního a pozáručního servisu se řídí podmínkami výrobce Software, které se vztahují k Software dodanému Poskytovatelem Objednateli na základě této smlouvy.“* Z uvedeného je patrné, že to, co požaduje dodavatel, již návrh smlouvy o dodávce licencí obsahuje a jakákoliv změna zadávacích podmínek je proto nadbytečná;
3. není možné doplnit vzor smlouvy tak, aby obsahoval následující ujednání: *„Smluvní strany jsou si vědomy, že softwarové licence jsou dodávány k produktům společnosti Microsoft, přičemž tyto licence jsou nabyvateli poskytovány přímo společností Microsoft a rozsah licence není předmětem této Smlouvy a ani není předmětem jakékoliv garance či záruky ze strany poskytovatele. Nabyvatel se zavazuje užívat software, k němuž jsou mu dle této Smlouvy zajišťovány licence, v souladu s licenčními podmínkami (užívacími právy) Microsoft vztahujícími se k danému softwaru.“* Důvody, proč není možné přistoupit na požadovanou změnu, již Zadavatel uvedl výše v rámci svých předchozích odpovědí, když opakuje, že především Zadavatel nepoptává plnění od žádného konkrétního výrobce (např. Microsoft) či dodavatele a navíc stávající znění smlouvy o dodávce licencí, které je přílohou č. 1 zadávací dokumentace, již v zásadě požadovanou úpravu obsahuje, jak bylo uvedeno výše pod bodem 2., byť se jedná o modifikovanou úpravu.

Zadavatel rovněž nenachází žádný důvod, proč by měl připustit použití návrhu smlouvy předloženého dodavatelem, když Zadavatel stanovil zadávací podmínky pro všechny dodavatele stejně a nemá v úmyslu poskytovat žádným dodavatelům neoprávněnou výhodu a tím je upřednostnit před ostatními dodavateli. Jak již Zadavatel vícekrát uvedl, v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky nepreferuje a tedy ani nezvýhodňuje žádného konkrétního dodavatele ani výrobce kancelářského software.

II.

Zadavatel dále obdržel dne 26. 11. 2019 od dalšího dodavatele žádost o vysvětlení zadávací dokumentace ve smyslu § 98 odst. 3 Zákona. Žádost dodavatele obsahuje rovněž dotazy, vztahující se k zadávacím podmínkám, přičemž Zadavatel podává k těmto dotazům v zákonné lhůtě toto své vysvětlení.

Dotaz:

*Dodavatel tímto žádá o provedení změny zadávací dokumentace v rozsahu přílohy č. 1 ZD, čl. 4.1.8. ve které Zadavatel uvádí: „V případě, že Poskytovatel dodá Objednateli v rámci plnění této smlouvy dříve použité Licence Software, vyhrazuje si Objednatel rovněž právo požadovat od Poskytovatele, aby průkazným způsobem doložil, že původní uživatel Licence předmětný Software odinstaloval ze svého zařízení, a to spolu s čestným prohlášením tohoto původního uživatele, že tuto Licenci ani Software, ke kterému se daná Licence vztahuje, nepoužívá a používat nebude a současně, že tento **původní uživatel souhlasí s převodem této Licence na jiného uživatele (Objednatele).**“*

Z tohoto znění není zřejmé, zda-li Zadavatel požaduje toto prohlášení od původního nabyvatele licence (tj. subjektu který licenci nabyl přímo od výrobce softwaru), anebo od Dodavatele který tyto licenci bude Zadavateli v případě úspěchu v zadávacím řízení dodávat.

V případě, že by Zadavatel požadoval dodání takového souhlasu s převodem licence na Zadavatele, od původního nabyvatele licence, je takovýto požadavek nesplnitelný. Původní nabyvatel licenci již převedl na třetí osobu, a proto k této licenci nemá žádná práva. Legálně proto nemůže vyslovovat souhlas s jakýmkoliv dalším nakládáním s takovouto licenci. Původní nabyvatel samozřejmě ve svém prohlášení deklaruje, že předmětnou licenci již nepoužívá, že jí používat nebude a že znemožnil její používání; stejně jako deklaruje dalších podmínek, které jsou nutné pro převoditelnost těchto „druhotných“ softwarových licencí. Skutečnost, že s převodem takovéto licence na třetí osobu souhlasil vyplývá ze samotného faktu, že tuto licenci převedl na třetí subjekt, za co obdržel ujednanou úplatu.

V případě, že Zadavatel požaduje souhlas s převodem licencí na Zadavatele od Dodavatele, takovýto souhlas může být udělen. K prokázání dalších požadavků Dodavatel Zadavateli doloží nabývací titul k licencím mezi původním nabyvatelem a kupujícím (od kterého tyto licence nabyl Dodavatel) souhlas kupujícího s převodem licence na Zadavatele, souhlas Dodavatele s převodem licence na Zadavatele, prohlášení původního nabyvatele o deinstalaci v souladu s příslušnými zákonnými a judikatorními požadavky, prohlášení kupujícího a prohlášení Dodavatele o tom, že předmětné licence byly zakoupeny za účelem dalšího prodeje a nejsou a nebyly těmito subjekty užívány.

Vysvětlení Zadavatele:

Zadavatel nevidí důvod, pro který by měl požadavku dodavatele vyhovět a přistoupit ke změně zadávacích podmínek.

Zadavatel pokládá ujednání v odst. 4.1.8. smlouvy o dodávce licencí, která je přílohou č. 1 zadávací dokumentace, za jasné a srozumitelné. V tomto smyslu lze pak také odpovědět na

položený dotaz tak, že Zadavatel požaduje, aby dodavatel (Poskytovatel) průkazným způsobem doložil, že původní uživatel Licence předmětný Software odinstaloval ze svého zařízení, a aby předložil čestné prohlášení tohoto původního uživatele, že tuto Licenci ani Software, ke kterému se daná Licence vztahuje, nepoužívá a používat nebude a současně, že tento původní uživatel souhlasí s převodem této Licence na jiného uživatele (Objednatele), přičemž tyto podmínky musejí být splněny u každého původního uživatele, který předmětný Software užíval (tj. vyjádřeno slovy dodavatele pokládajícího dotaz, tyto podmínky musejí být splněny u původního nabyvatele, u kupujícího, od kterého Licence nabyl dodavatel, či od jakýchkoli dalších osob, které v řetězci uživatelů dané Licence vystupují). Jestliže tedy Licenci k Software vlastnilo více osob předtím, než Licence přešly do vlastnictví dodavatele, pak je zapotřebí uvedené požadavky splnit u každého z předchozích uživatelů (vlastníků) Licence. Dle zjištění Zadavatele je splnění těchto podmínek vyžadováno výrobcí software za účelem prokázání legálního nabytí licencí a jeho následného používání.

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením dodavatele, že by požadavek na zajištění souhlasu s převodem licence na Zadavatele od původního nabyvatele licence byl nesplnitelný. Dodavatel pro toto své tvrzení neuvádí ani žádné důvody. Podle Zadavatele je tento požadavek splnitelný, pokud si udělení daného souhlasu vyžádá od původního nabyvatele licence ta osoba, která si tuto licenci bude od původního nabyvatele pořizovat. Jistě to může být součástí jejich vzájemných smluvních podmínek. Navíc Zadavatel zdůrazňuje, že nikde nestanovil, že se musí jednat o souhlas s převodem licence znějící explicitně na Zadavatele, když postačí udělení takového souhlasu pro předem neurčený okruh jiných, budoucích uživatelů.

Protože Zadavatel chce mít absolutní jistotu v tom, že mu budou dodány a že jím budou používány legální licence dodaného kancelářského software, aby se tak vyhnul možným právním rizikům a postihům za používání nelegálního software, upozorňuje dodavatele, že si vyhrazuje právo (viz bod 7.5.2. zadávací dokumentace a odst. 4.1.8. smlouvy o dodávce licencí) ověřit u výrobce daného kancelářského software poskytnuté licenční kódy z toho pohledu, zda jsou originální a zda je může Zadavatel oprávněně a v souladu s licenčními podmínkami výrobce daného software užívat.

III.

Zadavatel poskytl vysvětlení zadávací dokumentace v souladu se lhůtami dle § 98 odst. 3, 4 Zákona (pokud není v textu uvedeno něco jiného).

Vzhledem ke shora uvedeným vysvětlením zadávacích podmínek, jak jsou uvedeny v části I. a v části II. tohoto dokumentu, Zadavatel rozhodl současně, že nedojde k prodloužení lhůty pro podání nabídek.

V Českých Budějovicích dne 27. 11. 2019

Mgr. Ing. Pavel Majer

vedoucí IT oddělení

Nemocnici České Budějovice, a.s.