



Vysvětlení zadávací dokumentace č.1 k veřejné zakázce malého rozsahu č. 26/2022 s názvem „Dodání licencí“ (č.spisu ZZS/Do/2022/26/licence)

Zdravotnická záchranná služba Moravskoslezského kraje, p.o. jako zadavatel v souvislosti s podaným dotazem/námitkou k dané veřejné zakázce malého rozsahu **vysvětluje zadávací podmínky**:

Znění dotazu/námitky dodavatele:

„Dobrý den, obrácíme se na Vás jako na zadavatele v souvislosti se zakázkou malého rozsahu s názvem „Dodání licencí“, Systémové číslo: P22V00000494 zadávané na základě výzvy k podání nabídek, která je dostupná na internetových stránkách na adrese: https://msk.ezak.cz/contract_display_6066.html (dále jen „veřejná zakázka“ a „zadávací dokumentace“).

V dokumentu *Výzva k podání nabídky a prokázání splnění kvalifikace k veřejné zakázce malého rozsahu č. 26/2022* uvádíte:

“Předmětem veřejné zakázky je dodávka/rozšíření uživatelských licencí (User CAL) ke stávajícímu Exchange Server Standard 2019 o dalších 150 kusů.

Licence musí být:

- přenositelná,
- umožnit používání i starších verzí produktů (min. verze 2013 a 2016),
- časově neomezená,
- bez vazby na hardware a jiné prostředky.

Dodavatel musí poskytnout neomezenou záruku na původ a legálnost dodaných licencí a zaručit objednateli práva k produktu poskytovaná držitelem autorských práv bez jakéhokoliv dalšího omezení minimálně pro oblast Evropské unie.”

V dokumentu příloha č.1-kupní smlouva uvádíte:

“ 1. Prodávající se zavazuje dodat kupujícímu 150 kusů uživatelských licencí (User CAL) ke stávajícímu Exchange Server Standard 2019 (dále jen „zboží“ nebo „licence“). Licence je přenositelná, umožňuje používání i starších verzí produktů (min. verze 2013 a 2016), časově neomezená, bez vazby na hardware a jiné prostředky. Prodávající poskytuje neomezenou záruku na původ a legálnost licencí a zaručuje kupujícímu práva ke zboží poskytovaná držitelem autorských práv bez jakéhokoliv dalšího omezení minimálně pro oblast Evropské unie.

2.Licence uděluje kupujícímu přímo společnost Microsoft. 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.Smluvní strany jsou si vědomy, že softwarové licence jsou dodávány k produktům společnosti Microsoft, přičemž tyto licence jsou kupujícímu poskytovány přímo společností Microsoft a rozsah licence není předmětem této Smlouvy a ani není předmětem jakékoliv garance či záruky ze strany prodávajícího.”

Stanovením výše uvedených požadavků dochází k vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže ve smyslu ustanovení § 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen “Zákon o zadávání veřejných zakázek”), a k faktickému vyloučení uchazečů nabízejících tzv. druhotný software účastnit se zadávacího řízení. V této souvislosti lze poukázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a ustálenou judikaturu správních soudů.

Ustanovení § 2 odst. 1 Zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví, že zadáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a

dodavatelem, z níž vyplývá 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 „druhotný“ software.

V souladu s ustanovením § 6 Zákona o zadávání veřejných zakázek dále platí, že zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti, a že ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. V souladu s ustanovením § 36 Zákona o zadávání veřejných zakázek dále platí, že 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. Například v rozhodnutí č.j. ÚOHS-S770,771,772/2014/VZ24619/2014/511/JNp ze dne 20. listopadu 2014 úřad posoudil jako diskriminační požadavek zadavatele, že všechno požadované počítačové vybavení musí být od jednoho výrobce, a to z důvodu zajištění lepší compatibility. Úřad tento požadavek odmítl s poukazem na to, že kompatibilita může být zajištěna i jinými způsoby.

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č.j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 pak v souvislosti s možným porušením zásady diskriminace v oblasti veřejných zakázek dále dovodil, že krytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních 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.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS) v rozhodnutí ze dne 26. 07. 2021 Č. j.: ÚOHS-25008/2021/500/Alv uvádí, že zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky, zadávací podmínky v rozporu s 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 citovaného zákona a zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, když v 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.

Vzhledem k tomu, že „druhotný“ a „nový“ software jsou z hlediska funkcionality, kvality a legality stejné a software je od jednoho výrobce, produkty dostávají všechny bezpečnostní aktualizace vydané výrobcem v souladu se zásadami životního cyklu stanovenými pro daný produkt. Jsou vybaveny stejnými funkcemi a technickou podporou, jakou poskytuje společnost Microsoft. Druhotný software může být pro kupujícího rovněž zpřístupněn na speciálně vytvořeném portálu dodavatele. Portál obsahuje všechny potřebné informace o produktových klíčích, downgrade rights, oficiální instalační soubory, faktury či právní dokumenty. V rámci dokumentace je nutné dodat u druhotného software:

- označení prvního nabyvatele softwaru a také číslo smlouvy, pod kterou byl software pořízen
- doklad o tom, že software byl uveden na trh v EU, EHS nebo Švýcarsku
- úplný řetězec vlastníků softwaru
- potvrzení o odinstalaci od každého z předchozích vlastníků

Vyloučením dodávky druhotného softwaru se veřejný zadavatel dopouští diskriminace, jelikož by podle § 6 Zákona o zadávání veřejných zakázek č. 134/2016 Sb. by měl při zadávání veřejné zakázky dodržet princip rovného zacházení a princip nediskriminace dodavatelů, princip transparentnosti, princip přiměřenosti a princip hospodárnosti a efektivnosti, protože z hlediska výsledku a kvality dodaného plnění předmětu zakázky je druhotný software pro objednatele rovněž využitelný. Podle rozsudku Soudního dvora EU ve věci C-128/11 UsedSoft druhotný software je rovnocenný novému softwaru. Každý držitel softwaru je oprávněn jej převést na jinou osobu, přičemž na nabyvatele přecházejí i všechna práva původního držitele softwaru.

Na základě společensky zodpovědného zadávání veřejných zakázek proto požadujeme následující změny v zadávací dokumentaci:

Stará hodnota

Předmětem veřejné zakázky je dodávka/rozšíření uživatelských licencí (User CAL) ke stávajícímu Exchange Server Standard 2019 o dalších 150 kusů.

Licence musí být:

- přenositelná,
- umožnit používání i starších verzí produktů (min. verze 2013 a 2016),
- časově neomezená,
- bez vazby na hardware a jiné prostředky.

Dodavatel musí poskytnout neomezenou záruku na původ a legálnost dodaných licencí a zaručit objednateli práva k produktu poskytovaná držitelem autorských práv bez jakéhokoliv dalšího omezení minimálně pro oblast Evropské unie.

Nová hodnota

Předmětem veřejné zakázky je dodávka/rozšíření uživatelských licencí (User CAL) ke stávajícímu Exchange Server Standard 2019 o dalších 150 kusů.

Licence musí být:

- přenositelná,
- umožnit používání i starších verzí produktů (min. verze 2013 a 2016),
- časově neomezená,
- bez vazby na hardware a jiné prostředky.

Zadavatel požaduje dodání originálního nového nebo druhotného softwaru.

V případě dodání druhotného softwaru poskytne dodavatel (úspěšný uchazeč):

- označení prvního nabyvatele softwaru a také číslo smlouvy, pod kterou byl software pořízen
- doklad o tom, že software byl uveden na trh v EU, EHS nebo Švýcarsku
- úplný řetězec vlastníků softwaru
- potvrzení o odinstalaci od každého z předchozích vlastníků

Dodavatel (úspěšný uchazeč) zároveň zajistí odběrateli (veřejnému zadavateli) zpřístupnění instalačních souborů softwarů a jejich licenční klíče na licenčním portálu pod e-mailovým kontem společnosti Zdravotnická záchranná služba Moravskoslezského kraje, příspěvková organizace.

S ohledem na výše uvedené jsme proto přesvědčeni, že v posuzovaném případě nejsou dány žádné skutečnosti, které by požadavek na dodávku pouze nového software odůvodňovaly, a že tudíž z Vaší strany v rámci zadávací dokumentace došlo k porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. V neposlední řadě doplňujeme, že zadavatel je při zadávání veřejných zakázek dále povinen dodržovat i tzv. princip 3E (zásady hospodárnosti, účelnosti, efektivnosti) ve smyslu zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů.

V posuzovaném případě existuje důvodná pochybnost, zda k porušení uvedeného principu 3E nedošlo, neboť jsme přesvědčeni, že v případě využití druhotného software je možné zajistit dodávku poptávaného software za výrazně nižší cenu, a to při zachování stejné kvality. S ohledem na výše uvedené navrhuje, aby Vaše organizace zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku zrušila, případně aby změnila zadávací podmínky tak, aby připustila též dodávku druhotného software.

Odpověď zadavatele:

Zadavatel se domnívá, že podle autorského zákona je poskytovatelem licence její autor, ať už se k nabyvateli dostane jakoukoliv cestou. **Rozporované požadavky zadávací dokumentace nijak nevytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, nestanovují, že předmětem veřejné zakázky musí být věci nové a nediskriminují žádného z dodavatelů v rámci veřejné zakázky.**