



Město Dvůr Králové nad Labem

náměstí T. G. Masaryka 38, 544 17 Dvůr Králové nad Labem

Odbor informatiky

Žádost o vysvětlení dokumentace č.2

Dotazy uchazeče:

Zadavatel Město Dvůr Králové nad Labem, IČ: 00277819, sídlem náměstí T.G. Masaryka 38, 544 17 Dvůr Králové, vydal Výzvu k přeložení nabídky k veřejné zakázce s názvem „Licence Microsoft Office 2019, Exchange Server 2019, Windows Server 2019.“

V definici předmětu plnění zadavatel uvedl:

1. Zadavatel nepožaduje licence Microsoft Office 365.
2. Zadavatel nepřipouští reimaging licencí.
3. Zadavatel nepřipouští nabídky druhotných licencí (tzv. použité licenční klíče).
4. Zadavatel požaduje dodat licence formou multilicenční smlouvy pro státní správu - Microsoft Open License for Government.
5. Zadavatel požaduje nákup nových, dříve nevyužitých licencí, dodaných přes autorizovaného distributora pro Českou republiku.
6. Smlouva včetně veškerých předmětných licencí a stažení instalačních souborů musí být dostupná prostřednictvím Volume Licensing Service Center (VLSC) společnosti Microsoft.
7. Software assurance (SA) – zadavatel požaduje pouze u licence Microsoft Exchange Server 2019.
8. Licence musí umožňovat downgrade na předchozí verze produktu.

V těchto podmínkách zadavatel současně konstatoval, že předmětná zakázka malého rozsahu probíhá mimo jiné v souladu s ust. § 6 ZZVZ. Ačkoliv je deklarováno, že předmětná zakázka probíhá v souladu s ust. § 6 ZZVZ, žadatel má za to, že podmínky stanovené v bodě 2, 3, 4 a 5 jsou stanoveny v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Zadavatel v předmětné zakázce požaduje dodání specifikovaného počtu licencí konkrétního softwarového řešení. Nad rámec specifikace požadovaného řešení, ale Zadavatel stanovuje podmínky, které jsou ve své podstatě diskriminační a bezdůvodně zvýhodňují určité dodavatele.

Podmínka č. 2: Zadavatel nepřipouští reimaging licencí

Právo na Reimaging licencí je právo, které má každý oprávněný držitel licence v Multilicenčním programu autora softwaru – společnosti Microsoft, a je právem vyplývajícím z licenční smlouvy mezi autorem softwaru a držitelem licence. Požadavek aby na Zadavatele právo na reimaging licencí

nepřešlo je fakticky nesplnitelný, neboť by vyžadoval úplnou změnu licenčních podmínek společnosti Microsoft, anebo nabytí licencí z jiného než multilicenčního programu.

Dotaz č. 1: Vzhledem k výše uvedenému se žadatel táže, zda zadavatel trvá na podmínce nepřipuštění práva na reimaging licencí?

Podmínka č. 3: Zadavatel nepřipouští nabídky druhotných licencí (tzv. použité licenční klíče). V této podmínce Zadavatel ztotožňuje dva pojmy, a to druhotné licence (nelze opominout, že tento pojem není zákonem nijak definován) a použité licenční klíče. Licenční klíč (správně aktivační klíč) představuje soubor znaků, které umožňují držiteli licence aktivovat softwarovou rozmnoženinu, ke které má daný uživatel licenci. Aktivační klíč nepředstavuje licenci, a jeho distribuce bez současného převodu licence k softwarové rozmnoženině představuje jednání, které bude ve většině případů naplňovat skutkovou podstatu trestného činu podvodu.

V další argumentaci bude žadatel vycházet z tohoto, že Zadavatel údaje uvedené v závorce uvedl nedopatřením, a dále že pod pojmem „druhotné“ licence jsou myšleny licence, které již byly na trh uvedeny a u nichž došlo k vyčerpání práva distribuce autora softwaru.

Ačkoliv je pochopitelné, že zadavatel nemá zájem na nákupu aktivačních klíčů, nepřipuštění nabídky druhotných licencí je podmínkou, která je zcela bez jakýchkoliv pochybností diskriminační.

Licence (ve vztahu k softwaru) představuje právo držitele licence užívat softwarovou rozmnoženinu v souladu s licenčními podmínkami autora softwaru. Pro rozsah a obsah oprávnění držitele licence je zcela nerozhodné, jestli licenci nabyt od autora softwaru (nebo jeho distributorů), anebo od osoby, která tuto licenci nabytla a rozhodla se, že ji již dále nebude používat a prodala/darovala/či jinak převedla tuto licenci na jinou osobu. Dojde-li k vyčerpání práva distribuce autora, je nabyvatel této licence oprávněn tuto licenci převést na jakoukoliv další osobu, za předpokladu, že splní všechny povinnosti, které jsou na něj kladeny zákonem a příslušnou judikaturou.

Dotaz č. 2: Vzhledem k výše uvedenému se žadatel táže, zda zadavatel trvá na nepřipuštění nabídky druhotných licencí?

Podmínka č. 3: Zadavatel požaduje dodání – formu multilicenční smlouvy pro státní správu – Microsoft Open License for Government.

Požadovaná forma dodání licence představuje marketingový nástroj společnosti Microsoft, kterým je určitým zákazníkům poskytováno cenové zvýhodnění při pořizování licencí. Licence k software distribuovaná v multilicenčním programu OLP GOV (požadovaná Zadavatelem), se funkčním rozsahem neliší od licence distribuované v jiném licenčním programu, navíc OLP GOV představuje nejnižší formu multilicenčního distribučního programu.

Zadáním této podmínky Zadavatel znevýhodňuje dodavatele schopné dodat požadovanou licenci distribuovanou ve vyšší formě multilicenční distribuce, s kterou se navíc pojí i možnost vyšší finanční úspory. Navíc v případě distribuce licence distribuované v programu určeném pro komerční sféru, je možné v případě, že Zadavatel již tyto licence nebude potřebovat, tyto zpeněžit na volném trhu, co v případě licencí distribuovaných v programu GOV není možné.

Dotaz č. 3: Vzhledem k výše uvedenému se žadatel táže, zda-li Zadavatel trvá na podmínce dodání požadovaných licencí formou multilicenční smlouvy pro státní správu - Microsoft Open License for Government?

Podmínka č. 4: Zadavatel požaduje nákup nových licencí, dodaných přes autorizovaného distributora pro Českou republiku.

Takto zadané podmínky bezdůvodně zvýhodňují určitou formu distribuce a určité dodavatele. Jak je Zadavateli zcela jistě známo, licence k softwaru užíváním neztrácí na hodnotě, stejně tak „používáním“ na hodnotě neztrácí ani software ke kterému se daná licence váže. Rozsah licence zůstává stejný, a to jak pro prvního nabyvatele, tak pro každého dalšího nabyvatele v případě, že se první nabyvatel rozhodne licenci prodat. Navíc tímto nákupem lze dosáhnout markantních úspor ve srovnání s „novými“ licencemi, při zachování totožného produktu a práv s ním spojených.

Za současného právního stavu v Evropské unii neexistují pochybnosti o legalitě převoditelnosti licencí softwaru (srov. např. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES ze dne 23. dubna 2009 o právní ochraně počítačových programů, a Rozsudku soudního dvora ze dne 3. června 2012 ve věci C-128/11), za předpokladu, že jsou splněny touto legislativou a judikaturou stanovené podmínky (První nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv; První nabyvatel zakoupil licence ve státu Evropské Unie (EU), resp. Evropského hospodářského prostoru (EHS); První nabyvatel prohlásí, že licence jsou odinstalovány, nejsou používány a znemožní jejich použití v budoucnu; Licence byly jak původním, tak novým nabyvatelem úplně zakoupeny, nikoliv pronajímány (ani částečně); Na licencích nevážnou žádná práva třetích stran).

Za předpokladu, že na trhu existuje totožný produkt, přičemž o totožnosti tzv. „nových“ a tzv. „použitých“ či „druhotných“ licencí neexistují žádné reálné pochybnosti, je stanovení požadavku novosti licencí nejenom požadavkem diskriminačním a bezdůvodně eliminujícím určitý produkt ze soutěže, ale také požadavkem zcela nevhodným, nakořím je známo, že pořízením legální „druhotné“ licence lze dosáhnout výrazných úspor pořizovacích nákladů.

Stejně tak je bezdůvodně vylučující určitý okruh dodavatelů požadavek na dodání prostřednictvím autorizovaného distributora. Stanovení okruhu autorizovaných distributorů v určité geografické oblasti je zcela na rozhodnutí společnosti Microsoft, přičemž tento distributor nedistribuuje produkt, který by byl lepší či kvalitnější. Pro legálního nabyvatele není rozdíl při nabytí licence od autorizovaného distributora, či od distributora „použitého“ softwaru. Tento nabyvatel je v obou případech povinen zakoupenou licenci k softwaru užívat v souladu s licenčním ujednáním společnosti Microsoft a náleží mu stejná práva a povinnosti. Trvání na distribuci od určitých distributorů Zadavatel určité skupině dodavatelů bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručuje konkurenční výhodu, a vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Tyto postupy jsou zcela v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 ZZVZ, který rozvíjí zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 ZZVZ.

Nad rámec uvedeného, požadavek zadavatele dodat zboží distributorem pro Českou republiku je v rozporu se zásadou volného pohybu osob, zboží a služeb na jednotném evropském trhu, a která je konkretizována v ust. § 6 odst. 3) ZZVZ. Omezením na distributory pro Českou republiku tedy dochází k přímému porušení této zásady.

Dotaz č. 4: Na základě výše uvedeného se žadatel táže, zda Zadavatel trvá na požadavku nákupu nových licencí, dodaných přes autorizovaného distributora pro Českou republiku?

Podmínka č. 6: Smlouva včetně licencí a stažení instalačních souborů musí být dostupná prostřednictvím Volume Licensing Service Center (VLSC) společnosti Microsoft.

VLSC účet a portál představují platformu pro evidenci zakoupených licencí (produktový klíč, instalační soubory softwaru, název produktu, identifikační údaje nabyvatele licence, identifikační údaje licencí a smlouvy). Tento portál nemá žádný vliv na funkčnost zakoupeného softwaru a připsání licencí pod tento účet nepředstavuje samo o sobě ani důkaz o vlastnictví práv k licenci.

V případě dodání licence žadatelem budou veškeré informace obsažené ve VLSC účtu Zadavateli dodány v elektronické formě prostřednictvím webového rozhraní distribuční platformy žadatele. Konkrétně se jedná o Identifikační údaje smlouvy mezi prvním nabyvatelem licence a společností Microsoft, Identifikační údaje zakoupené licence, Prohlášení o deinstalaci původním nabyvatelem, Instalační soubory, Produktové klíče k zakoupeným licencím, Identifikace celého řetězce předchozích vlastníků licence.

Podmínka registrace do VLSC účtu je splnitelná pouze u „nových“ licencí a nemá žádný vliv na rozsah licence či práva a povinnosti spojená s užíváním softwaru. Rozhodnutí o zapsání licence do VLSC platformy je zcela na společnosti Microsoft a tato platforma, spíše než cokoli jiného, představuje marketingový nástroj výrobce, bez vlivu na funkčnost či rozsah zakoupené licence, či používaného softwaru.

Stanovením podmínky nutnosti registrace zakoupených licencí do VLSC účtu zadavatel vybraným dodavatelům (prodávajících „nové“ licence) bezdůvodně zajišťuje konkurenční výhodu. Zároveň však také ale okruh distributorů, kteří distribuují tzv. „druhotný“ software, fakticky vylučuje z účasti na zadané veřejné zakázce.

Stanovením neodůvodněných podmínek, které některé produkty ze soutěže bezdůvodně vylučuje, či stanovuje bezdůvodné překážky, představuje nejen diskriminační jednání zadavatele, které je v rozporu se zásadami, na nichž je veřejné obstarávání postaveno, ale navíc se jedná o postup, který je zcela neekonomický a v rozporu s požadavky na péči řádného hospodáře. To navíc za situace, kdy zadavatel pro hodnocení došlých nabídek stanovuje jediné hodnotící kritérium – nej- nižší nabídkovou cenu.

Dotaz č. 5: Na základě výše uvedeného se žadatel táže zda-li Zadavatel trvá na požadavku: Smlouva včetně licencí a stažení instalačních souborů musí být dostupná prostřednictvím Volume Licensing Service Center (VLSC) společnosti Microsoft?

Odpovědi zadavatele:

Odpověď č. 1: Ano, zadavatel trvá na podmínce, že nepřipouští reimaging licencí.

Odpověď č. 2: Ano, zadavatel trvá na nepřipouštění nabídky druhotných licencí.

Odpověď č. 3: Ano, zadavatel trvá na podmínce dodat licence formou multilicenční smlouvy pro státní správu - Microsoft Open License for Government.

Odpověď č. 4: Ano, zadavatel trvá na požadavku nákupu nových, dříve nevyužitých licencí, dodaných přes autorizovaného distributora pro Českou republiku

Odpověď č. 5: Ano, zadavatel trvá na požadavku: Smlouva včetně veškerých předmětných licencí a stažení instalačních souborů musí být dostupná prostřednictvím Volume Licensing Service Center (VLSC) společnosti Microsoft

S pozdravem

Ing. Ondřej Samek
vedoucí odboru informatiky MěÚ