

Žádost o změnu zadávací dokumentace

Zakázka: „Software Microsoft Exchange“
Zadavatel: Město Nymburk, Náměstí Přemyslovců 163, 288 02 Nymburk, IČ: 00239500, DIČ: CZ00239500
Účastník: PREDNY SLM s.r.o., Veselá 169/24, 602 00 Brno, IČ: 07972571, DIČ: CZ07972571

Dobrý den,

Prosím o vysvětlení/vyškrtnutí ze zadávací dokumentace k zakázce „Software Microsoft Exchange“, a to konkrétně ustanovení, kde dochází k porušení zásad stanovených § 6 Zákona o veřejných zakázkách, a to zejména zásady rovného zacházení a nediskriminace, stejně jako porušení zásad 3E (hospodárnosti, efektivity a účelnosti):

- Ve Výzvě k podání nabídky je v bodě 2.2, odst. 2, uvedeno: „Plnění proběhne nahráním licencí na portál Microsoft Volume Licensing Service Center na účet josef.hajek@meu-nbk.cz.“
- V návrhu smlouvy je uvedeno v bodě II.: „Realizace proběhne nahráním požadovaných licencí na portál Microsoft Volume Licensing Service Center na účet josef.hajek@meu-nbk.cz.“
- V dodatečné informaci č. 2 je pak uvedeno: „Zadavatel požaduje nové, originální a nepoužité licence.“

Cílem zakázky je pořízení softwarových licencí poštovnímu serverovému programu a zajištění přístupu uživatelů k tomuto serveru. Pomineme-li, že v rozporu se zákonem není volba konkrétního produktu od konkrétního výrobce ve výzvě ani dokumentaci nijak odůvodněna, je nutno konstatovat, že výběrem konkrétního serveru pro doručení licencí (tedy práva nakládat se softwarovými rozmnoženinami) a stanovením podmínek na novost, nepoužitost atd. dochází jednoznačně k omezení hospodářské soutěže, když je soutěžitelům poskytována výhoda, kterou by jinak neměli.

K tvrzením podle předchozích odstavců dokládá Účastník následující:

Porušení zásady rovného zacházení stanovením podmínky novosti a nepoužitosti zakoupených licencí, resp. vyloučení dodávek „použitých, druhotných“ licencí, vychází z následující argumentace:

- Jelikož licence k softwarové rozmnoženině představuje právo k užívání softwaru, dělení licencí na nové a použité nemá z funkčního pohledu žádnou relevanci.
- Pojem nové licence se obecně používá na licence, kterou zákazník nakupuje přímo od výrobce softwaru prostřednictvím jeho distribuční sítě.
- Pojem použité či druhotné licence se používá pro licence k softwarovým rozmnoženinám, které byly původně zakoupeny z distribuční sítě výrobce, a poté byly původním nabyvatelem prodány.
- Prodej licencí je postupem zcela legálním v souladu s právem České republiky a Evropské unie, za předpokladu, že jsou splněny podmínky stanovené jednak příslušnou právní úpravou, tak judikaturou (srov. např. čl. 4 odst. 2 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, a další). Pro úplnost uvádím podmínky stanovené pro legální převod licence, tak jak byly definovány relevantní soudní praxí:
 1. První nabyvatel zakoupil licence se souhlasem nositele autorských práv;
 2. První nabyvatel zakoupil licence ve státu Evropské Unie (EU), resp. EHS;
 3. První nabyvatel prohlásí, že licence jsou odinstalovány, nejsou používány a znemožní jejich použití v budoucnu;
 4. Licence byly jak původním, tak novým nabyvatelem úplně zakoupeny, nikoliv pronajímány;
 5. Na licencích nevážnou žádná práva třetích stran.
- Nad rámec uvedeného je potřeba uvést, **že trvalá licence k softwarové rozmnoženině (mimo jiné licence poptávané Vámi) se časem ani používáním nijak neopotřebovává a její rozsah a obsah zůstává stejný.**

Jak vyplývá z výše uvedeného jediným rozdílem mezi „novou“ a „použitou“ licencí je okruh jejích distributorů. U nových jsou tímto distributorem pouze soutěžitelé v distribuční síti společnosti Microsoft – přičemž podmínky, za kterých je možné se stát distributorem, a okruh těchto distributorů, je určován výlučně společností Microsoft. U „použitých“ licencí může být distributorem jakýkoliv soutěžitel, který legálně získal práva k licenci. To vše při zachování totožného produktu (licence k softwarové rozmnoženině).

Z výše uvedeného zcela jasně vyplývá, že určením podmínky „novosti“ licence, **nedochází ke specifikaci produktu, nýbrž k určení okruhu dodavatelů**, který se, na rozdíl od jiných dodavatelů totožného produktu, můžou zadávacího řízení účastnit a v takovémto řízení soutěžit, přičemž ostatním dodavatelům je účast v soutěži zapovězena. Proto nelze dospět k jinému závěru, než že k dodavatelům není přístupováno v souladu se zásadou rovného zacházení, neboť jistému okruhu dodavatelů je poskytnutá nedůvodná výhoda. K takovémuto závěru v obdobných případech opakovaně dospěla soudní praxe v Německu. V České republice očekáváme obdobnou judikaturu v nejbližších měsících.

K podmínce dodání licencí formou připsání do VLSC účtu:

VLSC účet společnosti Microsoft představuje online evidenční nástroj této společnosti, který umožňuje nabyvatelům licencí v multilicenčních programech evidenci jednotlivých licencí a přidružených informací o nich (aktivační klíče, instalační soubory a jiné) v rámci tohoto účtu. Zápis do tohoto účtu není nárokový, podléhá schválení společnosti Microsoft.

Zápis licencí do tohoto účtu však není důkazem oprávněné držby licence a není ani podmínkou převodu licence. Zápis do tohoto účtu nemá žádný vliv na funkci licence, ani na její obsah a rozsah. Vzhledem k tomu, že zápis licencí do tohoto účtu není nárokový, společnost Microsoft do tohoto účtu zpravidla nezapisuje převody licencí z původních nabyvatelů na třetí subjekty, ačkoliv jsou na jejích stránkách k dispozici formuláře žádosti o převod licencí.

Stanovení podmínky zápisu licencí do VLSC účtu a navázání předání zboží právě na moment zápisu do VLSC účtu omezuje soutěž, neboť zcela bezdůvodně vylučuje distributory licencí z volného trhu, a distributorům společnosti Microsoft poskytuje nedůvodnou výhodu.

Alternativně však může Zadavatel požadovat doručení do elektronické platformy pro hromadnou správu a evidenci licencí, neboť ta je nabyvatelům multilicenčních kontraktů zpravidla dostupná. Existují však další obdobné platformy, jako je VLSC (např. Business portal, SWTP a jiné), přičemž plní nejméně stejnou roli jako zmíněný VLSC účet. Stanovením podmínky dodání do VLSC účtu by tak došlo k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže.

Vzhledem k uvedenému jsem přesvědčen, že postupem v poptávkovém řízení s názvem „Software Microsoft Exchange“ bez úpravy zadávací dokumentace by došlo k narušení hospodářské soutěže v důsledku stanovení podmínek v rozporu se zásadami rovného zacházení.

Dotaz č.1

Upraví Zadavatel vzhledem k výše uvedenému zadávací dokumentaci tak, že odstraní podmínky „novosti a nepoužitosti“ z dodatečné informace č.2? v

Dotaz č.2

Upraví Zadavatel vzhledem k výše uvedenému zadávací dokumentaci tak, že odstraní podmínku dodání licencí do VLSC účtu josef.hajek@meu-nbk.cz nebo zajistí produktovou neutralitu v případě doručovací elektronické platformy pro hromadnou správu a evidenci licencí? Pokud ne, prosím o uvedení důvodů.

S pozdravem,

Mgr. Martin Predný
jednatel, PREDNY SLM s.r.o.