

Název veřejné zakázky: **Doplnění MS licencí pro Krajskou zdravotní, a.s. 2023 II.**
Druh veřejné zakázky: **Veřejná zakázka na dodávky**
Režim veřejné zakázky: **Nadlimitní veřejná zakázka**
Druh zadávacího řízení: **Otevřené řízení**
Zadavatel: **Krajská zdravotní, a.s.**
se sídlem Ústí nad Labem, Sociální péče 3316/12A, PSČ 401 13,
společnost zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem
v Ústí nad Labem pod spisovou značkou B 1550
Evidenční číslo: **3645/2023**

Vysvětlení zadávací dokumentace č. 2

Dotaz č. 1

Dle čl. IV. odst. 2 závazného vzoru smlouvy a shodně čl. 2.3 zadávací dokumentace má dojít k dodání plnění - licencí do 5 dnů od nabytí účinnosti smlouvy. Produkty Microsoft jsou ze strany uchazeče poskytovány v rámci programu LSP přímo společností Microsoft, přičemž realizace dodávky vyžaduje součinnosti společnosti Microsoft (třetí strany) i zadavatele. Vzhledem ke standardním dodacím lhůtám Microsoft a skutečnosti, že případné prodlení s poskytnutím součinnosti na straně Microsoft či zadavatele není uchazeč schopen ovlivnit, považuje uchazeč zadávací podmínku dodání plnění do 5 dnů od nabytí účinnosti smlouvy za nepřiměřenou. Z výše uvedených důvodů žádá uchazeč zadavatele o zvážení možnosti prodloužení lhůty k plnění na 15 dní od nabytí účinnosti smlouvy.

Odpověď na dotaz č. 1

Zadavatel trvá na ustanovení čl. IV. odst. 2 obligatorního návrhu smlouvy, tedy na dodávce licencí do 5 ti pracovních dnů ode dne účinnosti smlouvy.

Ode dne účinnosti smlouvy plnění dodavatele nevyžaduje žádnou součinnost zadavatele ani společnosti Microsoft, nepovažuje-li uchazeč za součinnost společnosti Microsoft využití objednávkového systému společnosti Microsoft uchazečem.

Zadavatel požaduje dodávku licencí realizovat v rámci multilicenční smlouvy Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) číslo 4100090401, u níž je uchazeč dodavatelem (partnerem), schváleným na žádost zadavatele společností Microsoft. Uchazeč je tedy oprávněn v rámci této multilicenční smlouvy licence objednávat a dodávat, a to bez potřeby další součinnosti zadavatele či společnosti Microsoft, s výjimkou využití objednávkového systému společnosti Microsoft.

Dle čl. VI., odst. 1 se za předání předmětu plnění považuje předání daňového dokladu (faktury).

Plnění dodavatele tedy bude spočívat v tom, že v objednávkovém systému společnosti Microsoft objedná jediný typ licence, vystaví daňový doklad (fakturu) a zašle ji zadavateli.

Lhůta 5 pracovních dnů (respektive 7 kalendářních dnů) na provedení takto jednoduché a rutinní činnosti je dle mínění zadavatele zcela přiměřená.

Dotaz č. 2

V souvislosti s novelou občanského zákoníku, provedenou zákonem č. 374/ 2022 Sb., se dodavatel domnívá, že v případě úhrady za běžnou službu dodávky softwarových licencí neodůvodňuje povaha závazku, pro který je vedeno zadávací řízení, splatnost daňového dokladu za poptávané plnění v délce 60 dnů, přičemž dodavatel tuto zadávací podmínku vnímá jako podmínku stanovenou zjevně v neprospěch dodavatele jakožto věřitele ve vztahu k platebnímu závazku ze smlouvy. Dodavatel žádá zadavatele o přehodnocení uvedené zadávací podmínky, jelikož tato může být stanovena v rozporu s § 1963 odst. 3 občanského zákoníku. ve znění platném v době účinnosti smlouvy na plnění veřejné zakázky.

Odpověď na dotaz č. 2

Zadavatel trvá na splatnosti daňového dokladu v délce 60 dnů.

Zadavatel na základě dotazu tazatele opětovně přistoupil k přehodnocení stanovené zadávací podmínky, a dospěl k závěru, že je stanovena v souladu s právními předpisy. Zadavatel je poskytovatelem zdravotních služeb hrazených zdravotními pojišťovnami, a proto při stanovování „obchodních podmínek – zadávacích podmínek“ musí vycházet nejen ze samotné povahy závazku, jenž má být předmětem plnění (tj. v užším slova smyslu), ale musí vycházet z povahy závazku ve smyslu občanského zákoníku v širších souvislostech navázaných na podmínky rámcových smluv uzavíraných se zdravotními pojišťovnami.

Dotaz č. 3

V souvislosti s čl. VI odst. 5 závazného vzoru smlouvy uchazeč žádá zadavatele o definici pojmu „vady plnění“. Pro vyloučení všech pochybností uchazeč upozorňuje zadavatele, že softwarové licence jsou uchazečem dodávány k produktům společnosti Microsoft v rámci programu LSP, přičemž tyto licence jsou zadavateli v tomto případě poskytovány přímo společností Microsoft. Rozsah licence není a nemůže být předmětem smlouvy na plnění veřejné zakázky, když tento je závazně stanoven licenčními podmínkami společnosti Microsoft, protože nemůže být ani předmětem jakékoliv garance či záruky ze strany dodavatele, resp. dodavatel může garantovat maximálně dodávku dle aktuálního portfolia Microsoft. Uchazeč dále upozorňuje zadavatele, že chyby (bugy) softwarových produktů společnosti Microsoft odstraňuje pouze a výhradně společnost Microsoft, přičemž LSP status a Channel Partner Agreement neopravňuje uchazeče k jakémukoliv zásahu do produktů společnosti Microsoft, a naopak takový zásah uchazeče zcela vylučuje.

Odpověď na dotaz č. 3

Vady plnění budou posuzovány ve smyslu smlouvy, tj. ve smyslu čl. VII obligatorního návrhu smlouvy, s přihlédnutím k ustanovení čl. II., odst. 3c a odst. 5.

Dotaz č. 4

Dle čl. VIII. odst. 1 závazného vzoru smlouvy se má dodavatel zavázat k řádnému poskytování plnění až do skončení účinnosti smlouvy. Účinnost smlouvy však není nikde ve smluvních podmínkách omezena a jedná se tedy o smlouvu na dobu neurčitou. Předmětem plnění je přitom jednorázová dodávka licencí k produktům společnosti Microsoft. Z povahy věci se tedy nejedná o opakované plnění, které by dodavatel poskytoval v průběhu trvání smlouvy opakovaně.

S ohledem na shora uvedené je tak zadávací podmínka obsažená v čl. VIII. odst. 1 závazného vzoru smlouvy zavádějící a neodpovídá předmětu plnění. Uchazeč žádá zadavatele, aby zvážil úpravu uvedené zadávací podmínky tak, že tato bude znít: "Prodávající se zavazuje:

- poskytnout plnění řádně;

Odpověď na dotaz č. 4

Účinnost smlouvy je nutné vykládat ve smyslu smlouvy, zejména ve smyslu čl. VIII odst. 1, kterým je vymezena mimo jiné povinnost udržet pojištění po vymezenou dobu.

Dotaz č. 5

Dle čl. VIII. odst. 2 závazného vzoru smlouvy ze zadavatel zavazuje: "uvědomit Prodávajícího s dostatečným předstihem o svých požadavcích na poskytování plnění dle této Smlouvy."

Uchazeč žádá o vysvětlení této zadávací podmínky, a to konkrétně v tom rozsahu, o jaké požadavky na poskytování plnění se jedná. Uchazeč má za to, že podmínky poskytnutí plnění dodavatelem jsou stanoveny v závazném vzoru smlouvy konkrétně a závazně pro obě smluvní strany, přičemž jejich jednostranná změna není přípustná. Uchazeč je přesvědčen, že s ohledem na ostatní ustanovení závazného vzoru smlouvy není zadavatel oprávněn stanovovat jakékoliv další požadavky na dodávku předmětu plnění nad rámec výslovné úpravy ve smlouvě.

Odpověď na dotaz č. 5

Zadavatel provedl změnu smlouvy odstraněním druhé odrážky čl. VIII odst. 2 smlouvy viz příloha č. 1 - „Příloha č. 2A-E - *Obligaturní návrh kupní smlouvy – úprava*“.

Dotaz č. 6

Dle čl. IX. odst. 2 závazného vzoru smlouvy má mít zadavatel nárok na smluvní pokutu ve výši 0,15 % z celkové ceny plnění bez DPH za každý i započatý den prodlení. Vzhledem ke skutečnosti, že zákonný úrok z prodlení činí v současné době cca 0,041 % denně a zároveň s ohledem na to, že zadavatel v odst. 1 téhož článku omezil nárok dodavatele na úrok z prodlení výši 0,005 % (tj. na desetinu toho, na co by měl dodavatel nárok ze zákona), považuje uchazeč zadavatelem stanovenou smluvní pokutu za nepřiměřenou zadávací podmínku. S ohledem na uvedené uchazeč žádá o zvážení úpravy této smluvní podmínky tak, aby smluvní pokuta odpovídala výši zákonného úroku z prodlení a zároveň žádá o úpravu výše úroku z prodlení v případě prodlení zadavatele s úhradou faktury tak, aby tato korespondovala s výší smluvní pokuty za prodlení s dodávkou plnění. Uchazeč je toho názoru, že v souladu se zásadou přiměřenosti by oba nároky smluvních stran upravující de facto obdobné situace měly být vzájemně vyvážené a nikoliv stanoveny jednostranně v neprospěch dodavatele.

Odpověď na dotaz č. 6

Zadavatel trvá na zadávací podmínce, která je zcela v souladu se zásadou přiměřenosti.

Dotaz č. 7

Uchazeč žádá o vysvětlení zadávací podmínky dle čl. IX. odst. 4 závazného vzoru smlouvy, dle kterého může zadavatel požadovat smluvní pokutu a (případně) náhradu škody i v případě, kdy bude plnění dle smlouvy kdykoliv důvodně označeno za rozporné s právními předpisy nebo licenčními podmínkami společnosti Microsoft. Uchazeč žádá o vysvětlení, jakým způsobem bude vykládán termín "důvodně", resp. jaké podmínky musí být pro aplikaci tohoto ustanovení splněny. Uchazeč žádá o vysvětlení uvedeného zejména s ohledem na skutečnost, že nelze akceptovat vznik nároku zadavatele na smluvní pokutu založený na subjektivním hodnocení situace zadavatelem.

Odpověď na dotaz č. 7

Za důvodné označení plnění jako plnění rozporného s právními předpisy nebo licenčními podmínkami považuje zadavatel označení uskutečněné:

- společností Microsoft, nebo
- společností, orgánem, nebo osobou pověřenou společností Microsoft, nebo

- jinou oprávněnou osobou k provedení softwarového auditu či jiného typu kontroly, nebo
- označení skutečně zadavatelem, které bude posouzeno a jako validní označeno organizací nebo osobou, která je odbornou autoritou v oblasti licenčních podmínek a související legislativy (např. společností Microsoft, auditorskou společností, soudním znalcem, apod.).

Zadavatel trvá na zadávací podmínce.

Dotaz č. 8

Uchazeč se při plnění veřejné zakázky stává zpracovatelem osobních údajů ve smyslu GDPR a z tohoto titulu je povinen chránit osobní údaje v souladu s GDPR a uzavřít se zadavatelem Smlouvu o zpracování osobních údajů.

Uchazeč se s ohledem na uvedené táže, zda zadavatel doplní zadávací dokumentaci o návrh Smlouvy o zpracování osobních údajů, případně zda umožní použití Smlouvy o zpracování osobních údajů předložené dodavatelem?

Pro úplnost uchazeč upozorňuje, že povinnosti uzavření Smlouvy o zpracování osobních údajů je ve smyslu čl. 28 odst. 3 GDPR primárně odpovědností správce osobních údajů, tj. v tomto případě zadavatele.

Odpověď na dotaz č. 8

Zadavatel zveřejní jako přílohu smlouvy i vzor Smlouvy o zpracování osobních údajů viz příloha smlouvy č. 3.

Dotaz č. 9

Uchazeč žádá o vysvětlení zadávací podmínky uvedené v první a druhé větě čl. XIV. odst. 13 závazného vzoru smlouvy, a to konkrétně:

1. uchazeč žádá o vysvětlení, zda první věta citovaného ustanovení má být vykládána tak, že veškerá předmluvní ujednání stran jsou nahrazena smlouvou, či naopak tak, že předmluvní ujednání se stávají součástí smlouvy (ačkoliv v ní nejsou výslovně uvedena). Zvolená textace dle názoru uchazeče totiž připouští oba výklady. Zároveň s ohledem na požadavek právní jistoty a striktně formalizovaný postup při zadávání veřejných zakázek uchazeč zadavateli doporučuje první variantu a zvážení úpravy čl. XIV. odst. 13 tak, aby bylo zřejmé, že veškerá případná ujednání učiněná před uzavřením smlouvy jsou plně nahrazena touto smlouvou.

2. uchazeč žádá o vysvětlení, zda druhá věta citovaného ustanovení má být vykládána tak, že je obecně vyloučena změna smlouvy či uzavření dodatku vyjmenovanými způsoby, či zda je změna smlouvy či uzavření dodatku vyjmenovanými způsoby vyloučeno pouze v případě, že by obsah uvedených dokumentů byl v rozporu se stávajícími obchodními podmínkami, resp. zadávací dokumentací. Uchazeč rovněž žádá zadavatele o zvážení úpravy/zpřesnění citovaného ustanovení.

Odpověď na dotaz č. 9

1. S ohledem na postup zadávání veřejných zakázek, kdy by bylo možné za předmluvní ujednání považovat podání nabídky ve smyslu a souladu zadávacích podmínek, pak lze uvedené vykládat tak, že se nahrazují smlouvou.

2. Z čl. XIV odst. 13 obligatorního návrhu smlouvy jednoznačně plyne, že změny smlouvy jsou uvedenými způsoby vyloučeny a současně jsou vyloučeny změny, které jsou v rozporu podmínkami smlouvy nebo zadávací dokumentací. Změny jsou proto možné pouze na základě vzájemné dohody smluvních stran v písemné formě

oboustranně podepsané. S ohledem na vzniklé pochybnosti o výkladu ustanovení smlouvy zadavatel upravil obligatorní návrh smlouvy – „Všechna ostatní prohlášení stran, (ať už učiněná výslovně, nebo vyplývající z této Smlouvy), ústní či písemná, jsou vtělena do této Smlouvy. Aniž by byla omezena všeobecnost předchozího, žádná změna nebo dodatek nebude uzavřen tím, že bude doručena, přijata, podepsána nebo potvrzena objednávka kterékoli strany, daňový doklad (faktura), přepravní dokumenty, výzva, sdělení, nebo jiné obchodní formuláře obsahující či doplňující obchodní podmínky v této Smlouvě nebo jsoucí v rozporu se stávajícími obchodními podmínkami obsaženými v této Smlouvě nebo zadávací dokumentaci. Tuto smlouvu lze měnit či doplňovat pouze po dohodě smluvních stran formou písemných a číslovaných dodatků. Vzdání se jakéhokoli práva ze Smlouvy se vztahuje pouze k okolnostem, pro které bylo vzdání se určeno.“

Příloha:

1. Příloha č. 2A-F - Obligatorní návrh kupní smlouvy - úprava.
2. Příloha smlouvy č. 3 - Smlouva o zpracování osobních údajů

V Ústí nad Labem dne: 23-10-2013

Krajská zdravotní, a.s.
Sociální péče 3316/12A
401 13 Ústí nad Labem
IČ: 25488627
DIČ: CZ25488627

MUDr. Petr Malý, MBA
generální ředitel