

Lisävastineen 5.1.2016 liite: Esimerkkejä valittajan tarjoamien valmisohjelmistojen ja tarjouspyynnön ehtojen ristiriitaisuuksista

1 Yleistä

Useiden valittajan tarjoamien valmisohjelmistojen lisenssiehtoja on modifioitu siten, että pääsopimuksen (toimitussopimus ja palvelusopimus) kanssa lähtökohtaisesti ristiriidassa olevan vakioehdon yhteyteen on lisätty maininta "ellei pääsopimuksessa ole toisin sovittu".

Esimerkiksi valittajan tarjouksen selvityksen G liitteenä 18¹ olevien lisenssiehtojen kohta "10. Indemnification" sisältää kyseisen ohjelmiston osalta indemnifikaatiosta yksityiskohtaisia määräyksiä, jotka eivät vastaa sisällöltään pääsopimusten vastaavaa kohtaa 11.6. Lisenssiehtojen kohdan 10 lopussa todetaan kuitenkin seuraavasti:

The above described shall not limit the Client's rights in relation to infringement of intellectual property rights under the Master Agreement or the obligations of the parties to the Master Agreement in relation to infringement of intellectual property rights.

Kyseinen teksti vastaa sisällöltään tarjouspyynnön liitteenä olleen palvelusopimuksen kohtaa 3.1:

Lisenssiehdot eivät miltään osin rajoita Järjestelmätointajan Toimitussopimuksen ja Palvelusopimuksen mukaisia velvollisuuksia ja vastuita.

¹ Tästä dokumentista on poistettu ohjelmistojen ja ohjelmistovalmistajien nimet siltä varalta, että valittaja pitää ohjelmistojen nimiä ja ohjelmistovalmistajat niiden lisenssiehtoja liikesalaisuuksinaan. Liitenumerointi viittaa valittajan tarjouksen selvityksen G liitenumerointiin.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "M. C.", located in the bottom right corner of the page.

Edellä mainitun kaltaisia esimerkkejä on runsaasti. Esimerkiksi mainituksa liitteessä 18 lähes kaikki lisenssiehtojen kohdat ovat sellaisia, että niiden voitaisiin katsoa olevan ristiriidassa tarjouspyynnön kanssa. Valittaja on kuitenkin pyrkinyt korjaamaan ristiriitoja lisäämällä ehtojen yhteyteen viittauksia pääsopimuksiin.

Yksittäisten viittausten lisäksi liitteen 18 lisenssiehtojen johdannossa todetaan seuraavasti:

This Enterprise License Agreement shall not restrict the Client's rights under the Master Agreement or the obligations of the parties to the Master Agreement. In the event of discrepancy between this Enterprise License Agreement and the Master Agreement, the Master Agreement will prevail.

Kyseinen teksti vastaa sisällöltään tarjouspyynnön liitteenä olleen palvelusopimuksen kohtaa 16.1:

Mikäli asiakirjat ovat sisällöltään ristiriitaisia, noudatetaan

- ensisijaisesti Hankintasopimusta ilman sen liitteitä*
- toissijaisesti tätä asiakirjaa ja Toimitussopimusta ilman sen liitteitä*
- kolmanneksi yllä mainittuja liitteitä numerjärjestyksessä pienimmästä suurimpaan.*

Edellä mainittu osoittaa, että valittaja noudattaa valmisohjelmistojen lisenssiehtojen osalta samaa ajattelutapaa kuin hankintarengas tarjouspyyntöä laatiessaan. On hyväksyttävää, että valmisohjelmiston lisenssiehtojen yksittäinen kohta on sisällöltään normaalissa vakioehtojen mukaisessa muodossaan, kunhan kyseinen kohta ei rajoita pääsopimuksen sopijapuolten velvollisuuksia ja vastuita. Hankintarengas on toteuttanut asian pääsopimuksessa olevilla ehdoilla (erityisesti palvelusopimuksen kohdat 3.1 ja 16.1).

Valittaja on todennut vastaselityksessään (s. 27) seuraavasti (lihavointi vastaselityksessä): **"Hankintayksiköt sekoittavat kaksi kokonaan eri tason asiaa. Sopimus, sen soveltamisjärjestys ja sanktiot ovat eri asia kuin tarjouksen hankintaoikeudellinen tarjouspyynnön mukaisuus."** Kuitenkin valittaja on itsekin rakentanut oman tarjouksensa tältä osin nimenomaan sopimusoikeudellisen soveltamisjärjestyksen avulla.

Hankintarengas on poiminut alle valittajan tarjouksesta "Järjestelmätoimittajan Valmisohjelmistojen" ja "Kolmannen Osapuolen Valmisohjelmistojen" sellaisia lisenssiehtoja, jotka näyttävät olevan tarjouspyynnön kanssa ristiriidassa ja joiden yhteydessä ei ole edes yllä kuvatun kaltaista viittausta pääsopimuksen ensisijaisuuteen. Hankintarengas korostaa kuitenkin, että hankintarengas on nimenomaan halunnut tarjouksen liitteenä normaalit, vakiomuotoiset lisenssiehdot ja varautunut tarjouspyynn-

nön liitteenä olleen sopimusluonnoksen ehdoilla mahdollisiin ristiriitaisuuksiin, minkä vuoksi molemmat tarjoukset ovat olleet tarjouspyynnön mukaisia.

2 Liite 5 (IPLA)

Lisenssiehto

3.3 Term and Termination

This Agreement is effective until terminated.

XXX may terminate Licensee's license if Licensee fails to comply with the terms of this Agreement.

If the license is terminated for any reason by either party, Licensee agrees to promptly discontinue use of and destroy all of Licensee's copies of the Program. Any terms of this Agreement that by their nature extend beyond termination of this Agreement remain in effect until fulfilled, and apply to both parties' respective successors and assignees.

Ristiriita

Palvelusopimuksen mukaan sopijapuolen oikeus sopimuksen päättämiseen tai purkamiseen määräytyy kohtien 15.2–15.3 mukaisesti. Yllä mainittu lisenssiehto ("...if Licensee fails to comply with the terms of this Agreement....") on kyseisten kohtien vastainen. Sopimuksen ennenaikaisen päättämisen tai purkamisen seuraukset on käsitelty palvelusopimuksen kohdassa 15.4. Kyseisen kohdan mukaan asiakkaalla on muun muassa lähtökohtaisesti oikeus halutessaan jatkaa järjestelmän käyttöä sopimusrikkomuksesta huolimatta, mikä on ristiriidassa lisenssiehtojen kanssa ("...If the license is terminated for any reason by either party, Licensee agrees to promptly discontinue use of and destroy all of Licensee's copies of the Program...").

Lisenssiehto

10. Limitation of Liability

(...)

10.2 Items for Which XXX Is Not Liable

UNDER NO CIRCUMSTANCES IS XXX, ITS PROGRAM DEVELOPERS OR SUPPLIERS LIABLE FOR ANY OF THE FOLLOWING, EVEN IF INFORMED OF THEIR POSSIBILITY:

a. LOSS OF, OR DAMAGE TO, DATA;

| (...)

Ristiriita

Edellä mainittu vastuunrajoitus ("...LOSS OF, OR DAMAGE TO, DATA ...") on palvelusopimuksen kohdan 13.1 vastainen. Kyseisen kohdan mukaan järjestelmätoimittaja on vastuussa sellaisista välittömistä vahingoista, jotka johtuvat järjestelmätoimittajan tai järjestelmän virheestä aiheutuneesta asiakas- tai potilastietojen peruuttamattomasta katoamisesta.

3 Liite 6 (General Terms) ^{2 3}

Lisenssiehto

4. OWNERSHIP

XXX or its licensors retain all ownership and intellectual property rights to the Programs, Operating System, Integrated Software and anything developed or delivered under the Master Agreement.

Ristiriita

Palvelusopimuksen kohdassa 11.3 määritellään asiakkaalle runsaasti oikeuksia sopimuksen kohteen toteuttamisen yhteydessä syntyvien tuotosten suhteen, kuten muun muassa oikeus saada lähdekoodi ja luovuttaa tuotoksia muille julkishallinnon sote-organisaatioille.

Lisenssiehto

6. TERMINATION

6.1 If either of us breaches a material term of the Master Agreement and fails to correct the breach within 30 days of written specification of the breach, then the breaching party is in default and the non-breaching party may terminate the Master Agreement. If XXX terminates the Master Agreement as specified in the preceding sentence, You must pay within 30 days

² Liitteessä 6 on erittäin paljon ristiriitaisuuksia tarjouspyynnön ehtojen kanssa. Liitteen 6 lisenssiehtoihin liittyy "Cover Letter", jossa viitataan pääsopimuksiin ja jonka on ilmeisesti ajateltu olevan soveltamisjärjestyksessä ennen lisenssiehtoja (ks. Cover Letter, kohdat 1.2 ja 9). Tässä on siis kyse jälleen samasta periaatteesta, jonka mukaisesti hankintarengaskin on tarjouspyynnön laatinut: yksittäisissä dokumenteissa saattaa olla keskenään ristiriitaisuuksia, jotka sopimusdokumenttien soveltamisjärjestys ratkaisee.

³ Liitteet 7 ja 27 sisältävät pääpiirteissään samat ehdot ja samat ristiriitaisuudet kuin liite 6.

all amounts which have accrued prior to such termination, as well as all sums remaining unpaid for Products ordered and/or Service Offerings received under the Master Agreement plus related taxes and expenses. Except for nonpayment of fees, the nonbreaching party may agree in its sole discretion to extend the 30 day period for so long as the breaching party continues reasonable efforts to cure the breach. You agree that if you are in default under the Master Agreement, You may not use those Products or Service Offerings ordered.

Ristiriita

Palvelusopimuksen mukaan sopijapuolen oikeus sopimuksen päättämiseen tai purkamiseen määräytyy kohtien 15.2–15.3 mukaisesti. Lisenssiehdot ovat monilta osin kyseisten kohtien vastaiset, kuten esimerkiksi sopimusrikkomuksen olennaisuuden ja korjausajan suhteen. Sopimuksen ennenaikaisen päättämisen tai purkamisen seuraukset on käsitelty palvelusopimuksen kohdassa 15.4. Kyseisen kohdan mukaan asiakkaalla on muun muassa lähtökohtaisesti oikeus halutessaan jatkaa järjestelmän käyttöä sopimusrikkomuksesta huolimatta, mikä on ristiriidassa lisenssiehtojen kanssa ("*...You may not use those Products or Service Offerings ordered...*").

Lisenssiehto

9.2 It is expressly agreed that the terms of the Master Agreement and any XXX order shall supersede the terms in any purchase order, procurement internet portal or any other similar non-XXX document and no terms included in any such purchase order, portal or other non-XXX document shall apply to the Products and/or Service Offerings ordered. (...)

Ristiriita

Palvelusopimuksen mukainen sopimusdokumenttien soveltamisjärjestys on mainittu palvelusopimuksen kohdassa 16.1, ja edellä mainittu lisenssiehto on sen kanssa ristiriidassa.

Lisenssiehto

10. LIMITATION OF LIABILITY

NEITHER PARTY SHALL BE LIABLE FOR ANY INDIRECT, INCIDENTAL, SPECIAL, PUNITIVE, OR CONSEQUENTIAL DAMAGES, OR ANY LOSS OF PROFITS, REVENUE, DATA, OR DATA USE. XXX'S MAXIMUM LIABILITY FOR ANY DAMAGES ARISING OUT OF OR RELATED TO THE MASTER AGREEMENT OR YOUR ORDER, WHETHER IN CONTRACT

OR TORT, OR OTHERWISE, SHALL BE LIMITED TO THE AMOUNT OF THE FEES YOU PAID XXX UNDER THE SCHEDULE GIVING RISE TO THE LIABILITY, AND IF SUCH DAMAGES RESULT FROM YOUR USE OF PRODUCTS OR SERVICE OFFERINGS, SUCH LIABILITY SHALL BE LIMITED TO THE FEES YOU PAID XXX FOR THE DEFICIENT PRODUCT OR SERVICE OFFERINGS GIVING RISE TO THE LIABILITY.

Ristiriita

Vastuunrajoitus on määritelty palvelusopimuksen kohdassa 13.2, eikä se vastaa yllä mainittua vastuunrajoitusta.

Lisenssiehto

15. ASSIGNMENT

You may not assign the Master Agreement or give or transfer the Programs, Operating System, Integrated Software and/or any Service Offerings or an interest in them to another individual or entity. (...)

Ristiriita

Palvelusopimuksen kohdan 14 mukaan asiakkaalla on oikeus siirtää sopimukseen liittyvät oikeutensa ja velvollisuutensa kokonaan tai osittain toiselle oikeushenkilölle, jolle asiakkaan tehtävät siirtyvät tai vastaava osa niistä siirtyy. Palvelusopimuksen kohdassa 3.6 on erikseen vielä todettu, että järjestelmän käyttöoikeus siirtyy kohdan 14 mukaisen sopimuksen siirtämisen yhteydessä.

4 Liite 6 (Program)

Lisenssiehto

2. RIGHTS GRANTED

2.1 Upon XXX's acceptance of Your order, You have the non-exclusive, non-assignable, royalty free, perpetual (unless otherwise specified in the order), limited right to use the Programs and receive any Program-related Service Offerings You ordered solely for Your internal business operations and subject to the terms of the Master Agreement, including the definitions and rules set forth in the order and the Program Documentation. If accepted, XXX will notify You and this notice will include a copy of Your Master Agreement.

Ristiriita

Edellä mainittu ohjelmiston käyttöoikeus (esimerkiksi "...solely for Your internal business operations...") ei vastaa palvelusopimuksen kohdan 3 alakohdissa yksilöityä järjestelmän käyttöoikeutta.

Lisenssiehto

7. WARRANTIES, DISCLAIMERS AND EXCLUSIVE REMEDIES

(...)

7.2 XXX DOES NOT GUARANTEE THAT THE PROGRAMS WILL PERFORM ERROR-FREE OR UNINTERRUPTED OR THAT XXX WILL CORRECT ALL PROGRAM ERRORS.

Ristiriita

Palvelusopimuksen mukaan järjestelmätoimittaja korjaa viat kohdan 4.7.1 tai liitteen PS2.1 (palvelukuvaus) mukaisesti.

5 Liite 14*Lisenssiehto*⁴

8.1 XXX:llä on oikeus itse tai kolmannen osapuolen välityksellä auditoida XXX -Ohjelmiston käyttö varmistaakseen, että kyseinen käyttö on tämän Lisenssisopimuksen ehtojen mukaista.

Ristiriita

Palvelusopimuksen luku 9 koskee sopijapuolten yhteistyötä ja luvun kohta 9.7 auditointia. Järjestelmätoimittajalle ei ole kohdassa 9.7 määritelty oikeutta auditointiin.

6 Liite 18*Lisenssiehto*

4.1 Permitted Use

(...)

⁴ Vastaava ehto sisältyy lukuisiin liitteinä oleviin lisenssiehtoihin (esimerkiksi liitteet 20, 21 ja 38).

Client warrants that it has the authority to bind each Permitted User to the confidentiality and use restrictions to the extent set out in the Master Agreement.

Ristiriita

Palvelusopimuksen kohdan 3.3 mukaan asiakas voi myöntää järjestelmän käyttöoikeuden loppukäyttäjille, jotka työskentelevät esimerkiksi tilaajan (=HUS ja kunnat), tilaajan kanssa samaan konserniin kuuluvan organisaation, tilaajan alihankkijan, tilaajalle palveluja tuottavan julkisen tai yksityisen sosiaali- tai terveydenhuollon toimintayksikön, käyttöpalvelutoimittajan tai muun vastaavan ulkopuolisen organisaation palveluksessa. Asiakkaalla ei ole lisenssiehdon mukaista mahdollisuutta oikeudellisesti sitoa ulkopuolisten organisaatioiden loppukäyttäjiä sopimusehtojen noudattamiseen. Salassapitovelvoitteen sisältö määräytyy sen sijaan palvelusopimuksen kohdan 7.1 alakohtien mukaisesti.

Lisenssiehto

8. Limitation of Liability.

In no case shall XXX shall be liable for any special, incidental or consequential damages, whether in tort (including for negligence or) breach of statutory duty), contract, misrepresentation or otherwise. Such excluded damages shall include but are not limited to damages for loss of profits, loss of business, depletion of goodwill or similar losses, loss of anticipated savings, loss of goods, loss of contract, loss of use, loss or corruption of data or information, and any indirect or pure economic loss, costs, damages, charges or expenses.

(...)

Ristiriita

Edellä mainittu vastuunrajoitus ("...loss or corruption of data or information...") on palvelusopimuksen kohdan 13.1 vastainen. Kyseisen kohdan mukaan järjestelmätoimittaja on vastuussa sellaisista välittömistä vahingoista, jotka johtuvat järjestelmätoimittajan tai järjestelmän virheestä aiheutuneesta asiakas- tai potilastietojen peruuttamattomasta katoamisesta.

7 Lopuksi

Edellä mainitun kaltaisia ristiriitaisuuksia tarjouspyynnön kanssa olisi löydettävissä valittajan tarjouksen liitteinä olevista lisenssiehdoista run-

10/5

saasti lisää, vaikka valittaja on vastaselityksensä (s. 24) mukaan laatinut tarjouksensa *"äärimmäisellä tarkkuudella ja vakavuudella"*, minkä johdosta *"tarjous on täysin tarjouspyynnön mukainen jokaista lisenssiehtoa myöten"*.

Valmisohjelmistojen lisenssiehdot voidaan julkisissa hankinnoissa hyväksyä vakiomuodossaan, jos tähän on tarjouspyynnössä varauduttu. Apotti-järjestelmähankinnan tarjouspyynnössä asia on selkeästi ja suunnitelmallisesti kuvattu, ja molemmat tarjoajat ovat antaneet tarjouspyynnön perusteella tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen.

A handwritten signature, possibly 'M. C.', followed by a large checkmark.