

BO.2620.6.2024.3.IGB

Warszawa, dnia 7.05.2024 r.

## Uczestnicy postępowania

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **MONITORING SATELITARNY DLA KLIMATU: MIEJSKA WYSPA CIEPŁA 2024 (znak sprawy: BO/5/2024).**

Zamawiający – Polska Agencja Kosmiczna, informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły pytania od Wykonawców dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).

Zamawiający zgodnie z art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, przekazuje treść zapytań i udziela wyjaśnień.

**Pytanie Nr 1:**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia, obciążającego Wykonawcę kosztami zewnętrznego eksperta, o którym mowa w § 5 ust. 3 pkt 3) umowy zdanie ostatnie? Wniosek ten uzasadniamy tym, że Wykonawca nie może z góry zgodzić się na pokrywanie nieznanych kosztów, które mogą okazać się niezasadne. Umowa nie przewiduje żadnego trybu powołania zewnętrznego eksperta ani nie określa wymagań co do takiego podmiotu. W praktyce może okazać się, że będzie to podmiot posiadający mniejszą wiedzę z zakresu objętego umową, który będzie kwestionował zasadność uwag Wykonawcy, w tym podmiot konkurencyjny względem Wykonawcy. Wykonawca jako profesjonalny doradca powinien mieć prawo do niezależnej oceny, zaś Zamawiający zawsze może kwestionować stanowisko prezentowane przez Wykonawcę. Niemniej jednak Wykonawca na tym etapie nie powinien pokrywać kosztów bliżej nieokreślonego eksperta, tym bardziej, że Wykonawca może kwestionować wynik takiej ekspertyzy i koszty powołania eksperta.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 1**

Nie, Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację przedmiotowego postanowienia. Zamawiający uznaje ten zapis za mechanizm stosowany w wyjątkowych sytuacjach, w których Wykonawca odmówi wprowadzenia proponowanych przez Zamawiającego zmian powołując się na sprzeczności z zasadami wiedzy technicznej.

**Pytanie Nr 2:**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania projektu umowy poprzez wprowadzenie do niej postanowień limitujących odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu realizacji umowy (w tym również odszkodowania uzupełniającego ponad zastrzeżone w umowie kary umowne w przypadku nieuwzględnienia wniosku o usunięcie z umowy zastrzeżonych kar

umownych) do dwukrotności wartości zamówienia oraz do szkód rzeczywistych (bez utraconych korzyści)?

Wykonawca proponuje dodanie do Umowy klauzuli w następującym brzmieniu: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tytułu (i) utraty lub uszkodzenia danych z systemów, (ii) utraconych zysków, utraconej wartości firmy lub szans rozwoju biznesu, utraconych korzyści lub spodziewanych oszczędności, lub (iii) strat pośrednich lub wtórnych. Wykonawca będzie odpowiedzialny tylko za zawinione przez niego działania lub zaniechania. Z zastrzeżeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa łączna odpowiedzialność Wykonawcy (obejmująca także odsetki) z tytułu wszystkich roszczeń związanych ze świadczonymi usługami lub Umową (wynikających z niedbalstwa lub z innego tytułu), nie może przekroczyć mniejszej z następujących kwot: dwukrotnej wysokości wynagrodzenia wskazanego w Umowie lub szkód rzeczywistych. Wynagrodzenie ustalane będzie z uwzględnieniem ograniczeń przedstawionych w niniejszej klauzuli i odzwierciedlać będzie powyższe ograniczenia. Jeżeli Wykonawca wyrazi na piśmie zgodę na przyjęcie odpowiedzialności wobec więcej niż jednej strony, ograniczenie odpowiedzialności określone w niniejszym ustępie zostanie podzielone pomiędzy nimi na zasadach przez nie ustalonych”.

Wniosek powyższy uzasadniamy tym, że zgodnie z zasadami wynikającymi z Kodeksu cywilnego, w granicach wynikających z przepisów bezwzględnie obowiązujących, w umowie strony mogą modyfikować zasady odpowiedzialności. Jedną z dopuszczalnych modyfikacji jest ustalenie kwotowych granic odpowiedzialności, w szczególności limitowanie jej do określonej wysokości, odpowiadającej wysokości wynagrodzenia przewidzianego umową (lub jego wielokrotności). Tego typu praktyka jest powszechnie przyjęta i stosowana w wielu branżach, np. w umowach licencyjnych dot. oprogramowania, umowach gwarancyjnych, itp. Jest to również standard na rynku usług doradczych (klauzule tego typu stosują wszystkie podmioty należące do Big4, nie tylko w Polsce). Ich wprowadzenie do umowy jest odzwierciedleniem polityk w zakresie zarządzania ryzykiem związanym z wygórowanymi roszczeniami, często bezpodstawnie kierowanymi pod adresem firm konsultingowych i doradczych. Jednocześnie umowy zawarte przez nas z ubezpieczycielami wymagają tego, aby w umowach z klientami były zawarte klauzule dot. ograniczenia odpowiedzialności - w przeciwnym wypadku klient może mieć problemy z uzyskaniem odszkodowania w ramach ubezpieczenia posiadanego przez doradcę.

W przypadku akceptacji ww. stanowiska prosimy o odpowiednie zmiany w pozostałych postanowieniach wzorca umowy, które wskazywałyby na to, że ww. limity odpowiedzialności odnoszą się również do postanowień uprawniających do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, jak również o wskazanie, że postanowienia o ograniczeniu odpowiedzialności wiążą strony pomimo wygaśnięcia umowy, niezależnie od jego podstaw (w tym na skutek odstąpienia).

#### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 2**

Nie, Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 3:**

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość uzupełnienia projektu umowy o postanowienia wskazujące, iż Zamawiający nie jest upoważniony do ujawniania wyników prac lub korzyści z nich wynikających osobom trzecim, a Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wykorzystanie wyników prac przez osoby trzecie, a także o postanowienia zobowiązujące Zamawiającego do zwolnienia Wykonawcy z odpowiedzialności względem osób trzecich w przypadku wystąpienia przez takie osoby z roszczeniami względem Wykonawcy w związku z realizacją umowy?

Proponowane brzmienie ww. klauzuli: „Zamawiający nie jest uprawniony do ujawniania wyników prac ani korzyści z nich wynikających osobom trzecim, o ile nie uzyska na to zgody Wykonawcy. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wykorzystanie wyników prac przez osoby trzecie. Zamawiający zobowiązuje się zwolnić Wykonawcę z odpowiedzialności względem osób trzecich w przypadku wystąpienia przez takie osoby trzecie z roszczeniami względem Wykonawcy w związku z Umową.”

Wniosek motywujemy tym, że potencjalnie materiały lub informacje zawarte w wynikach prac, w przypadku udostępnienia ich osobom trzecim, mogą zostać uwzględnione przy podejmowaniu przez nie decyzji biznesowych i potraktowane jako zastępujące czynności lub procedury, których przeprowadzenie jest niezbędne w celu indywidualnej oceny zasadności danego postępowania. W ocenie Wykonawcy nie powinien on ponosić ryzyka odpowiedzialności wobec osób trzecich, wyniki prac są bowiem przygotowane na zlecenie Zamawiającego, uwzględniają jego potrzeby i mogą nie być odpowiednie dla potrzeb osób trzecich.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 3**

Nie, Zamawiający nie dopuszcza uzupełnienia postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 4:**

Czy Zamawiający dopuszcza usunięcie z projektu umowy postanowień przewidujących obowiązek zapłaty kar umownych przez Wykonawcę w przypadku naruszenia umowy? Wniosek o usunięcie ww. postanowień uzasadniamy tym, że kara umowna może być dochodzona niezależnie od wysokości szkody poniesionej przez Zamawiającego w związku z działaniami lub zaniechaniami Wykonawcy, jest więc bardzo surową formą odpowiedzialności.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 4**

Nie, Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 5:**

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację wzoru umowy w taki sposób, by termin realizacji umowy był liczony od dnia uzyskania od Zamawiającego informacji i dokumentów wymaganych dla realizacji zamówienia, a także czy do tego terminu może nie być wliczany czas procedury

odbioru? Wniosek motywujemy tym, że przy obecnym ujęciu sposobu liczenia terminów Wykonawca ponosi odpowiedzialność braku terminowego współdziałania Zamawiającego.

#### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 5**

Zamawiający nie dopuszcza takiej modyfikacji umowy. Zamawiający zapewni bieżącą współpracę w celu poprawnej realizacji przedmiotu umowy.

#### **Pytanie Nr 6:**

Czy Zamawiający dopuszcza wprowadzenie modyfikacji projektu umowy w zakresie przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do wyników prac Wykonawcy? W szczególności:

- a) zastąpienie konstrukcji przeniesienia praw autorskich do wyników prac formułą licencji niewyłącznej, bez prawa udzielania sublicencji, na wykorzystanie opracowań powstałych w trakcie realizacji Umowy na wew. potrzeby Zamawiającego i zgodnie z ich przeznaczeniem;
- b) zmiana katalogu pól eksploatacji, tj. wprowadzenie zasady, że przeniesienie autorskich praw majątkowych do wykonanych przez Wykonawcę wyników prac nastąpi wyłącznie w zakresie niezbędnym dla wykorzystania ich przez Zamawiającego zgodnie z celem umowy (z wyłączeniem pól eksploatacji, które dają Zamawiającemu prawo do nieograniczonego rozpowszechniania wyników prac, czy też wprowadzania ich do obrotu, modyfikacji utworów, wykonywania praw zależnych oraz przenoszenia nabytych praw na osoby trzecie);
- c) udzielenie licencji/ew. przeniesienie praw autorskich z chwilą zapłaty wynagrodzenia;
- d) w związku z udzieleniem licencji na warunkach j.w. wykreślenie § 10 ust. 10 umowy;
- e) wprowadzenie następujących klauzul:

1) „Prawa własności intelektualnej do wszelkich materiałów opracowanych przez Wykonawcę lub na które Wykonawca otrzymał licencje poza zakresem niniejszej umowy, dokumentacji roboczej Wykonawcy powstałej w trakcie świadczenia usług oraz poufnych informacji Wykonawcy („Dotychczasowe Dzieła”), pozostaną własnością Wykonawcy (lub licencjodawcy Wykonawcy), z zastrzeżeniem, że Zamawiający, w zakresie w jakim Dotychczasowe Dzieła wchodzą w skład Wyników Prac uzyska licencję na ich używanie na polach eksploatacji opisanych w ust. 1. Żadne z postanowień umowy nie stanowi przeszkody lub ograniczenia w rozwijaniu i/lub wykorzystywaniu przez Wykonawcę Dotychczasowych Dzieł.”;

2) „Wykonawca wyraża zgodę na korzystanie z praw zależnych do utworów oraz wprowadzania do nich zmian z tym zastrzeżeniem, że utwory zależne lub zmienione nie będą oznaczone w sposób identyfikujący Wykonawcę jako twórcę utworu pierwotnego, a Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za skutki korzystania z utworu zależnego lub zmienionego, w tym roszczenia osób trzecich lub szkody, chyba że Wykonawca zaakceptuje treść utworu zależnego lub zmienionego.”.

Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie § 9 ust. 5 o następujący warunek: „o ile Zamawiający niezwłocznie powiadomi Wykonawcę na piśmie o takim roszczeniu oraz (ii) pozwoli Wykonawcy na przejęcie kontroli nad tym roszczeniem i będziecie z Wykonawcą współpracować w zakresie

obrony przed takimi roszczeniami oraz w zakresie prowadzenia jakichkolwiek negocjacji w celu ugodowego rozstrzygnięcia sporu.”.

#### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 6**

Nie, Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

#### **Pytanie Nr 7:**

Czy Zamawiający dopuszcza modyfikację wzoru w taki sposób, aby wynikało z nich, że po zobowiązaniu odbiorców do zachowania poufności Wykonawca może udostępniać określone informacje pozyskane w związku z wykonaniem umowy innym podmiotom należącym do sieci Wykonawcy, podwykonawcom Wykonawcy, jego doradcom zobowiązanym do zachowania tajemnicy zawodowej i podmiotom świadczącym na rzecz Wykonawcy usługi outsourcingowe, takie jak usługi IT, czy archiwizacyjne?

Propozycja brzmienia odpowiedniej klauzuli: „Wykonawca ma prawo ujawniać informacje poufne swoim doradcom ustawowo upoważnionym do zachowania tajemnicy zawodowej lub ubezpieczycielom. Wykonawca ma także prawo do udostępniania informacji poufnych innym Firmom (XXX) (tj. podmiotom należącym do międzynarodowej sieci XXX) pod warunkiem, że nie jest to sprzeczne z przepisami prawa, oraz nastąpi wyłącznie w związku z obowiązkiem przestrzegania przez Wykonawcę regulacji wewnętrznych dotyczących np. kontroli jakości, przeciwdziałania konfliktom interesów, identyfikacji klientów, ochrony informacji, zarządzania ryzykiem, przestrzegania niezależności firmy audytorskiej, lub swoim podwykonawcom lub dostawcom usług, pod warunkiem, że podmioty takie zobowiążą się do przestrzegania zasad poufności. Za działania lub zaniechania ww. podmiotów w zakresie obowiązku zachowania poufności Wykonawca ponosi odpowiedzialność, jak za działania i zaniechania własne.”.

Uprzejmie wyjaśniamy, że spółki z sieci Wykonawcy prowadzą działalność jako sieć niezależnych, ale powiązanych i ściśle współpracujących podmiotów, korzystających ze wspólnych baz wiedzy, narzędzi informatycznych i know-how. Ponadto istnieje możliwość, że w toku realizacji umowy lub w związku z jej realizacją Wykonawca będzie posługiwać się podmiotami stanowiącymi osoby trzecie (np. świadczącymi dla Wykonawcy usługi księgowo lub informatyczne) oraz firmami outsourcingowymi (np. usługi kopiowania czy archiwizowania dokumentów). Brak w umowie zgody na przekazanie informacji ww. podmiotom praktycznie uniemożliwiłby Wykonawcy normalną działalność. Zabezpieczeniem interesów Zamawiającego jest oświadczenie Wykonawcy, w którym przyjmuje on odpowiedzialność za zachowanie poufności wszelkich przekazanych informacji. Jednocześnie prawo udostępniania informacji ww. podmiotom jest koniecznością wynikającą ze sposobu funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy.

#### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 7**

Nie, Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie. Obowiązek zachowania poufności przez podwykonawców wynika z §6 ust. 4 PPU.

**Pytanie Nr 8:**

Prosimy o dodanie do umowy postanowienia stanowiącego, że: „Wykonawca jest uprawniony do zachowania kopii wszelkich dokumentów, materiałów lub innych nośników zawierających lub stanowiących informacje poufne w zakresie wymaganym przez prawo i regulacje zawodowe wiążące Wykonawcę, a także jednej kopii wszelkich takich dokumentów, materiałów lub innych nośników, na zasadach i warunkach określonych w niniejszej Umowie w celu udokumentowania należytego wykonania zobowiązań oraz kopii informacji poufnych, które zostały zapisane automatycznie jako kopia zapasowa w systemie informatycznym i niepodlegająca usunięciu uwzględniając normalny tok działalności przedsiębiorstwa.”. Wykonawca potrzebuje możliwości zachowania kopii materiałów, dokumentacji i informacji poufnych np. w celu obrony przed ewentualnymi roszczeniami. Dodatkowo, mając na uwadze automatyczne zapisanie kopii zapasowych materiałów w systemach informatycznych Wykonawca powinien mieć możliwość zachowania takich kopii w systemach, które nie podlegają usunięciu (back-up copies). Wnosimy w związku z tym o wprowadzenie odpowiednich zmian do umowy.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 8**

Zamawiający nie dopuszcza uzupełnienia postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 9:**

Wnosimy o wprowadzenie okresu obowiązywania zobowiązania do zachowania poufności wynoszącego 10 lat. Wniosek ten uzasadniamy tym, że przepisy prawa nie przewidują nieograniczonego w czasie obowiązku ochrony informacji w ramach tej umowy, zaś taka konstrukcja obowiązku może być uznana za sprzeczną z właściwościami i naturą stosunku prawnego, który łączy Zamawiającego i Wykonawcę, a w konsekwencji nieważna. Zawarta umowa bowiem z reguły będzie mieć ograniczony zakres czasowy. Nawet biorąc pod uwagę potrzebę ochrony interesów Zamawiającego wystarczające dla zaadresowania tych potrzeb jest wydłużenie ochrony poufności informacji do 10 lat po zawarciu umowy, a więc znaczenie dłużej niż sam okres trwania projektu. Konstrukcja wieczystego zobowiązania do zachowania poufności ekspozuje Wykonawcę na ryzyko niewspółmierne do wynagrodzenia, które przy takiej konstrukcji musi zostać odpowiednio podwyższone, aby zmitygować ryzyko projektowe. Określone w czasie zobowiązanie do zachowania poufności nie obciąży nadmiernie Wykonawcy i spowoduje, że sytuacja prawna Wykonawcy co do niewątpliwego momentu ustania zobowiązania będzie pewna i klarowna, a samo zobowiązanie ważne.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 9**

Zamawiający nie dopuszcza uzupełnienia postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 10:**

Wnosimy o wyjaśnienie przez Zamawiającego co w jego ocenie stanowi „kompletną dokumentację” w rozumieniu § 11 ust. 1 umowy?

### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 10**

Zgodnie z § 11 ust. 2 Dokumentacja obejmowała będzie w szczególności dokumentację dotyczącą opisu sposobu realizacji Umowy, a mianowicie Raport końcowy w tym prezentację. Zakres Raportu końcowego opisany został w pkt III.3. SOPZ.

### **Pytanie Nr 11:**

Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie przewidzianej w projekcie umowy procedury odbioru o następujące postanowienie: „W przypadku, w którym Zamawiający bezzasadnie odmawia podpisania protokołu odbioru, nie przystępuje do dokonania odbioru przedmiotu Umowy bądź w innych niezależnych od niego przyczyn nie dochodzi do odbioru pomimo wykonania przedmiotu Umowy, Wykonawca jest uprawniony do dokonania jednostronnego odbioru i przysługuje mu wynagrodzenie wskazane w Umowie.”.

Czy Zamawiający zgodzi się na uzupełnienie § 7 ust. 5 o wyrażenie „W przypadku niezasadnego nieuwzględnienia przez Wykonawcę ww. uwag (...)”. Wniosek ten uzasadniamy tym, że Wykonawca jako niezależny doradca powinien mieć możliwość nieuwzględnienia uwag Zamawiającego w przypadku gdyby uwzględnienie uwag Zamawiającego kolidowało z niezależnością Wykonawcy lub wpływało by niekorzystnie na jakość wyników prac albo prowadziło do tego, że zawierałby on ustalenia lub rekomendacje sprzeczne ze stanem faktycznym, obowiązującymi przepisami lub najlepszą wiedzą Wykonawcy, a także gdyby uwzględnienie uwag powodowało by zwiększenie uzgodnionego w Umowie zakresu prac.

### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 11**

Zamawiający nie dopuszcza uzupełnienia postanowień umowy w przedmiotowym zakresie. Odbiór poszczególnych prac wymaga zaakceptowania, odbioru lub uzgodnienia przez obie Strony umowy. W przypadku odmowy odbioru lub akceptacji w całości lub w części Etapu przedmiotu Umowy z uwagi na jego wadliwość, Zamawiający informuje Wykonawcę o powodach odmowy odbioru oraz wyznacza Wykonawcy termin na usunięcie wad.

### **Pytanie Nr 12:**

Czy Zamawiający dopuszcza usunięcie z projektu umowy postanowień dotyczących gwarancji i rękojmi?

Z uwagi na charakter umowy o świadczenie usług oraz przedmiot umowy, którym zgodnie z projektem umowy jest: „świadczenie usług w zakresie monitoringu satelitarnego dla klimatu: miejska wyspa ciepła 2024, w ocenie Wykonawcy udzielenie gwarancji czy rękojmi jest nieadekwatne. Wzór umowy zakłada, że przedmiotem umowy są usługi, w wyniku, których powstaną pewne wyniki prac, które jednak nie mają charakteru dzieła, zdatnego do poddania testowi na istnienie wad, o ściśle określonych obiektywnie weryfikowalnych cechach. Z tego też względu, zdaniem Wykonawcy, nie jest możliwe zdefiniowanie i rozróżnienie kluczowych z punktu widzenia zapisów o gwarancji i rękojmi pojęć jak wady, błędy czy usterki. Definicje takie są za niezbędne do przyjęcia przez gwaranta obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 12**

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 13:**

Czy Zamawiający zgodzi się zrezygnować z ww. załącznika w związku z tym, że strony są niezależnymi administratorami ww. danych osobowych i RODO nie wymaga ustalania takich zasad między niezależnymi administratorami. Każdy administrator ponosi samodzielną odpowiedzialność za przetwarzanie danych osobowych jako administrator i nie zaciąga tu żadnych zobowiązań względem drugiej strony umowy, tym bardziej, że w granicach obowiązujących przepisów prawa, w tym RODO, te zasady mogą się różnić od narzuconych przez Zamawiającego.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 13**

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

**Pytanie Nr 14:**

Czy Zamawiający dopuszcza rezygnację z wzajemnego wykonania obowiązku informacyjnego z RODO? Każda ze stron jest niezależnym administratorem danych osobowych przedstawicieli i osób kontaktowych drugiej strony i Wykonawca nie przejmuje takich obowiązków za inne podmioty. Wykonanie obowiązku informacyjnego leży w gestii każdej ze stron jako administratora danych, zgodnie z RODO.

**Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 14**

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji postanowień umowy w przedmiotowym zakresie.

Treść powyższych wyjaśnień SWZ jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia i złożą ofertę w niniejszym postępowaniu.

**Wiceprezes Polskiej Agencji Kosmicznej**