



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Dyrektor Generalny
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warszawa, 6 lipca 2023 r.

BF-2.262.11.2023

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **usługę utrzymania i wsparcia technicznego systemu kadrowo - płacowego i finansowo-księgowego.**

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

Wniosek nr 1:

Pytanie dotyczące punktu IV.1 ppkt 4) i 5), zawartego w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia

Zapisy stanowią, że:

- 4) Wykonawca będzie informował Zamawiającego z 30 dniowym wyprzedzeniem o terminie instalacji aktualizacji oraz zakresie zmian w funkcjonalnościach Systemu wraz z wskazaniem zaktualizowanej dokumentacji Systemu.
- 5) Instalacja aktualizacji powinna być wykonywana bez przerywania bieżącej pracy użytkowników Systemu. Instalacja aktualizacji wymagająca przerwy w użytkowaniu Systemu wymaga zgody Zamawiającego.

Wykonawca wnioskuje o zmianę zapisów poprzez nadanie im brzmienia:

- 4) Wykonawca będzie informował Zamawiającego z 30 dniowym wyprzedzeniem o terminie instalacji o dostępności aktualizacji oraz zakresie zmian w funkcjonalnościach Systemu wraz z wskazaniem zaktualizowanej dokumentacji Systemu na wyznaczone przez Zamawiającego adresy e-mail.
- 5) Instalacja aktualizacje i powinna być wykonywana bez przerywania bieżącej pracy użytkowników Systemu. Instalacja aktualizacji wymagająca przerwy w użytkowaniu Systemu wymaga zgody Zamawiającego. będą udostępniane Zamawiającemu poprzez dedykowane narzędzie informatyczne (stronę internetową dostępną pod adresem.....)

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikację punktu IV.1 ppkt 4) i 5), zawartego w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

Wniosek nr 2:

Pytanie dotyczące pkt IV.3 ppkt 3), zawartego w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia

Zapis stanowi, że:

3) Zgłoszenia awarii, wad, usterek w działaniu Systemu, Zamawiający będzie dokonywał za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany adres poczty elektronicznej, w godzinach 8.15 – 16.15 w dni robocze. Zgłoszenie musi zawierać kategorię błędu, opis nieprawidłowości w działaniu Systemu istotne dla zdiagnozowania i naprawy Systemu. W przypadku, gdyby przekazane przez Zamawiającego informacje okazały się niewystarczające, Wykonawca zwróci się o ich uzupełnienie, a za moment zgłoszenia uważana będzie data i godzina udzielenia dodatkowych informacji.

Wykonawca wnioskuję o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia:

3) Zgłoszenia awarii, wad, usterek w działaniu Systemu, Zamawiający będzie dokonywał ~~za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany adres poczty elektronicznej~~ za pośrednictwem dedykowanego narzędzia informatycznego (stronę internetową dostępną pod adresem.....), w godzinach 8.15 – 16.15 w dni robocze. Zgłoszenie musi zawierać kategorię błędu, opis nieprawidłowości w działaniu Systemu istotne dla zdiagnozowania i naprawy Systemu. W przypadku, gdyby przekazane przez Zamawiającego informacje okazały się niewystarczające, Wykonawca zwróci się o ich uzupełnienie, a za moment zgłoszenia uważana będzie data i godzina udzielenia dodatkowych informacji wraz z potwierdzeniem przez Wykonawcę ich zakresu co do możliwości realizacji zgłoszenia.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że modyfikuje treść zapisów pkt IV.3 ppkt 3), zawartego w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje brzmienie.: „Zgłoszenia awarii, wad, usterek w działaniu Systemu, Zamawiający będzie dokonywał za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany adres poczty elektronicznej lub za pośrednictwem dedykowanego narzędzia informatycznego (stronę internetową dostępną pod adresem.....), w godzinach 8.15 – 16.15 w dni robocze. Zgłoszenie musi zawierać kategorię błędu, opis nieprawidłowości w działaniu Systemu istotne dla zdiagnozowania i naprawy Systemu. W przypadku, gdyby przekazane przez Zamawiającego informacje okazały się niewystarczające, Wykonawca zwróci się o ich uzupełnienie, a za moment zgłoszenia uważana będzie data i godzina udzielenia dodatkowych informacji.

Wniosek nr 3:

Pytanie dotyczące § 3 ust. 2 tiret pierwszy Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy

Zapis stanowi, że:

- liczonym od momentu przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego do momentu usunięcia odpowiednio Awarii, Wady lub Usterki, zdefiniowanych w pkt. II Załącznika Nr 1 do umowy.

Wykonawca wnioskuję o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia:

- liczonym od momentu przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego i potwierdzenia przyjęcia go do realizacji przez Wykonawcę do momentu usunięcia odpowiednio Awarii, Wady lub Usterki, zdefiniowanych w pkt. II Załącznika Nr 1 do umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści zapisów § 3 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 4:

Pytanie dotyczące § 8 ust. 1 punkt 2), ust. 2 i ust. 4 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy

Zapisy stanowią, że:

1. Wykonawca zobowiązany jest do usuwania Błędów, na podstawie zgłoszeń Zamawiającego składanych na następujących zasadach i w następujących terminach:

(...)

2) zgłoszenia wraz z określeniem kategorii Błędu dokonywane są przez Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres

2. Wykonawca zobowiązany jest potwierdzić przyjęcie zgłoszenia za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres pracownika, który wysłał zgłoszenie, w terminach określonych dla poszczególnych kategorii błędów w Załączniku Nr 1 do Umowy.

(...)

4. Zgłoszone Błędy w zależności od ich kategorii, będą usuwane w terminach określonych w § 3 ust 5, licząc od momentu przekazania zgłoszenia.

W konsekwencji wniosków złożonych powyżej Wykonawca wnosi o zmianę treści na:

1. Wykonawca zobowiązany jest do usuwania Błędów, na podstawie zgłoszeń Zamawiającego składanych na następujących zasadach i w następujących terminach:

(...)

2) zgłoszenia wraz z określeniem kategorii Błędu dokonywane są przez Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres poprzez dedykowane narzędzie informatyczne (stronę internetową dostępną pod adresem.....)

2. Wykonawca zobowiązany jest potwierdzić przyjęcie zgłoszenia za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres pracownika, który wysłał zgłoszenie lub za pośrednictwem narzędzia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, w terminach określonych dla poszczególnych kategorii błędów w **Załączniku Nr 1 do Umowy**.

(...)

4. Zgłoszone Błędy w zależności od ich kategorii, będą usuwane w terminach określonych w § 3 ust 5; ~~licząc od momentu przekazania zgłoszenia.~~

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że zmienia dotychczasowy § 8 pt. Zgłaszanie błędów na § 9. Zamawiający wyraża zgodę i modyfikuje dotychczasowy § 8 ust. 1 punkt 2), ust. 2 i ust. 4 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy i nadaje brzmienie:

1. Wykonawca zobowiązany jest do usuwania Błędów, na podstawie zgłoszeń Zamawiającego składanych na następujących zasadach i w następujących terminach:

1) gotowość serwisowa Wykonawcy, w szczególności do przyjmowania zgłoszeń – dni robocze;

- 2) zgłoszenia wraz z określeniem kategorii Błędu dokonywane są przez Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres lub poprzez dedykowane narzędzie informatyczne (stronę internetową dostępną pod adresem.....)
2. Wykonawca zobowiązany jest potwierdzić przyjęcie zgłoszenia za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres pracownika, który wysłał zgłoszenie lub za pośrednictwem narzędzia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, w terminach określonych dla poszczególnych kategorii błędów w Załączniku Nr 1 do Umowy.
4. Zgłoszone Błędy w zależności od ich kategorii, będą usuwane w terminach określonych w § 3 ust 2.

Zamawiający prostuje następujące omyłki pisarskie w § 8 ust. 4 oraz w § 3 ust.5 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

- 1) w § 9 ust. 4 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 3 ust. 5 powinno być odesłaniem do § 3 ust. 2;
- 2) w § 3 ust.5 wskazując, że zawarte tu odesłanie do ust. 7 powinno być odesłaniem do ust. 6;

Wniosek nr 5:

Pytanie dotyczące punktu 3) Załącznika nr 4 do SWZ - Formularz Ofertowy

Zapis stanowi, że:

3) maksymalna cena (C_{MAX}) za cały okres obowiązywania umowy, tj. za okres maksimum 48 miesięcy oraz 60 roboczogodzin (C_{MAX}= C_Mx8,5 m-ca + C_RBx60h): zł brutto (słownie złotych:.....), na które składa się kwota wynagrodzenia netto w wysokości zł (słownie złotych:) oraz kwota podatku VAT w stawce,

Prosimy o wyjaśnienie algorytmu dotyczącego wartości C_{MAX} – czy C_{MAX} ma być sumą C_RBx60h i C_Mx8,5 m-ca, czy też właściwym jest C_{MAX} = C_Mx48 m-cy + C_RBx60h?

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że właściwym algorytmem jest C_{MAX}= C_Mx48 m-cy + C_RBx60h.

Zamawiający modyfikuje zapis zawarty w punkcie 3) Załącznika nr 4 do SWZ - Formularz Ofertowy nadając mu brzmienie:

„3) maksymalna cena (C_{MAX}) za cały okres obowiązywania umowy, tj. za okres maksimum 48 miesięcy oraz 60 roboczogodzin (C_{MAX}= C_Mx48 m-ca + C_RBx60h): zł brutto (słownie złotych:.....), na które składa się kwota wynagrodzenia netto w wysokości zł (słownie złotych:) oraz kwota podatku VAT w stawce”.

Wniosek nr 6:

Pytanie dotyczące treści pkt I.4 SWZ w zw. z pkt III.6 oraz IV.3 lit. b Załącznika nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia oraz § 2 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy

W Rozdziale I pkt 4 SWZ stwierdza się, że:

Świadczenie usługi będzie odbywać się w budynku UOKiK przy pl. Powstańców Warszawy 1.

Podobnie z treści § 2 pkt 2 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy wynika, że: Miejsmem realizacji przedmiotu umowy jest siedziba Zamawiającego przy ul. pl. Powstańców Warszawy 1 w Warszawie.

Natomiast w pkt III.6 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia stwierdza się:

Zamawiający zapewni zdalny dostęp do posiadanej infrastruktury technicznej w zakresie niezbędnym do wykonywania przez Wykonawcę prac będących przedmiotem umowy. Wykonawca zobowiązany jest informować Zamawiającego o wszelkich pracach prowadzonych w Systemie w oparciu o zdalny dostęp, a w pkt IV.3.pkt b) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia stwierdza się, że: udzielanie konsultacji w siedzibie Zamawiającego lub w sposób zdalny, za pośrednictwem telefonu lub komunikatorów internetowych, które umożliwiają przekazywanie dźwięku i obrazu, w tym także aktualnego obrazu wyświetlanego na monitorze (np. Skype dla firm) w dni robocze w godzinach 9.00 – 16.00;

O konsultacjach zdalnych nadmienia się wreszcie także w pkt IV.3.9 i 10 oraz 14 OPZ.

Z uwagi na to, że wymaganie świadczenia prac w siedzibie Zamawiającego ma wpływ na cenę ofertową, wnosimy o wyjaśnienie, jakie usługi mają być świadczone w trybie zdalnym, a jakie mają być świadczone wyłącznie w siedzibie Zamawiającego.

Jednocześnie wnosimy o wprowadzenie stosownych zmian w Projektowanych postanowieniach umowy oraz ewentualnie w SWZ, aby z dokumentów tych jednoznacznie wynikała możliwość świadczenia usług (wszystkich lub wskazanych) w trybie zdalnym. Aktualnie dokumenty te stwierdzają w sposób jednoznaczny, że wszelkie usługi, bez wyjątku, mają być świadczone w siedzibie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że miejscem wykonania usługi jest budynek UOKiK przy pl. Powstańców Warszawy 1, ponieważ jest to siedziba Urzędu i tutaj następuje podłączenie, natomiast to umowa precyzyjnie określa co ma być wykonywane w formie zdalnej.

Wniosek nr 7:

Pytanie dotyczące treści pkt II.11 oraz IV.2 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

W OPZ pkt II.11 definiuje się Błąd jako:

BŁĄD –jednorazowe lub powtarzające się zakłócenie obejmujące:

- 1) działanie Systemu niezgodnie z dokumentacją, jak i niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami;
- 2) błędne działanie Systemu będące wynikiem awarii sprzętu,

- 3) błędne działanie Systemu będące wynikiem działania oprogramowania systemowego,
 - 4) błędne działanie Systemu w związku z niewłaściwą obsługą przez jego użytkowników
- które może być kwalifikowane jako awaria, wada lub usterka.

Wnosimy o następującą **zmianę** – usunięcie punktów od 1) do 4) oraz zmianę definicji BŁĘDU na:
BŁĄD – nieprawidłowe działanie Systemu, które może być kwalifikowane jako Awaria, Wada lub Usterka

Wnosimy zarazem o **usunięcie** punktu IV.2 pkt 1) i 2) Załącznika nr 1 do SWZ postanowienia, w którym ponownie w sposób zbędny określa się Błąd oraz jego kategorie. Zapewni to zarazem jednolitość brzmienia OPZ w wypadku uwzględnienia zmian zaproponowanych w definicjach powyżej.

Jak wynika z treści Załącznika nr 1 pkt II.12 – 14 błędy w poszczególnych kategoriach zostały określone. W rezultacie definicja Błędu winna mieć charakter zbiorczy o zaproponowanej treści.

Poza tym trudno się zgodzić na to, aby za przyczynę Błędu, do którego usunięcia ma być zobowiązany Wykonawca były takie okoliczności jak:

- 1) awaria sprzętu – skoro z punktu III.9 OPZ jednoznacznie wynika, że infrastruktura Systemu jest własnością Zamawiającego,
- 2) działanie oprogramowania systemowego, skoro utrzymanie tego systemu należy do obowiązków Zamawiającego
- 3) niewłaściwa obsługa Systemu przez jego użytkowników – skoro z założenia niewłaściwą obsługą może być tylko taka, która nie jest zgodna z dostarczoną dokumentacją. Poza tym sytuacje takie obejmują Błędy wynikające nawet z umyślnego działania lub rażącego niedbalstwa użytkownika.

Wykonawca winien być zobowiązany co najwyżej do usunięcia Błędów tkwiących w Systemie, a więc opisanych w punkcie II.11.1) OPZ, kiedy działanie Systemu jest niezgodne z dostarczoną dokumentacją albo z aktualnie obowiązującymi przepisami (w wyniku nieprzeprowadzenia aktualizacji Systemu). Te ostatnie jednak i tak wynikają z określonych kategorii błędów (patrz definicje).

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Błędy, do których usunięcia został zobowiązany Wykonawca, nie zostały obecnie określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co powoduje, że SWZ nie jest zgodny z powołanym wyżej przepisem prawa.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należyście sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści pkt II.11 oraz IV.2 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia.

Wniosek nr 8:

Zawarte w punkcie II 12 i 13 Załącznika nr 1 do SWZ definicje Awarii i Wady brzmią następująco:

AWARIA –nieprawidłowe funkcjonowanie Systemu, powodujące zawieszanie się pracy Systemu - System w ogóle nie funkcjonuje lub wystąpią takie dysfunkcje, które uniemożliwiają wywiązanie się z obowiązków wynikających z przepisów prawa.

WADA - nieprawidłowe działanie Systemu spowodowane zastosowaniem algorytmu nieodzwierciedlającego w całości lub w części aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub orzecznictwa czy innych wytycznych obowiązujących np. przy rozliczaniu programów unijnych. Wykonawca proponuje następujące **zmiany**:

~~AWARIA – nieprawidłowe funkcjonowanie Systemu, powodujące zawieszanie się pracy Systemu – System w ogóle nie funkcjonuje lub nie działają istotne funkcje Systemu wystąpią takie dysfunkcje, które uniemożliwiają wywiązanie się z obowiązków wynikających z przepisów prawa”.~~

~~WADA - nieprawidłowe działanie Systemu spowodowane zastosowaniem algorytmu nieodzwierciedlającego w całości lub w części aktualnie obowiązujących przepisów prawa lub orzecznictwa czy innych wytycznych obowiązujących np. przy rozliczaniu programów unijnych.~~

Co się tyczy zarówno definicji WADY jak i AWARII po pierwsze nie sposób rozróżnić obecnie sytuacji gdy: „wystąpią takie dysfunkcje, które uniemożliwiają wywiązanie się z obowiązków wynikających z przepisów prawa” od sytuacji gdy: „nieprawidłowe działanie Systemu spowodowane zastosowaniem algorytmu nieodzwierciedlającego w całości lub w części aktualnie obowiązujących przepisów prawa”.

W ocenie Wykonawcy są to w wielu wypadkach te same sytuacje, a wszak inna kategoria Błędu determinuje odmienne zobowiązania Wykonawcy w zakresie czasu reakcji i naprawy Błędu, a w rezultacie ma istotny wpływ na odpowiedzialność Wykonawcy za należyte wykonanie umowy. Taka niejednoznaczność nie może pozostać w Umowie, bowiem Wykonawca nie jest w stanie ocenić swojej sytuacji prawnej na etapie składania oferty.

Proponuje się zatem potraktować jako AWARIE wyłącznie te sytuacje, w których System nie wykonuje istotnych funkcji. Natomiast jeżeli funkcje te są wykonywane nieprawidłowo (jednak są nadal wykonywane), należałoby zakwalifikować takie sytuacje jako WADY. Podział kategorii Błędów będzie w takim wypadku jednoznaczny i wyczerpujący. Pozostaje to zarazem spójne z definicją USTERKI, która z definicji dotyczy działania „mało istotnych funkcji”.

Co się tyczy definicji WADY dodatkowo zwraca się uwagę na to, że orzecznictwo nie ma co do zasady w naszym kraju charakteru prawotwórczego. Akty prawne stanowiące źródła powszechnie obowiązującego prawa zostały określone w Konstytucji i nie wymienia się tam orzecznictwa (art. 87 Konstytucji RP). Co więcej, orzecznictwo ulega ciągłym zmianom, a w wielu wypadkach mamy do czynienia z kilkoma liniami orzeczniczymi w tych samych sprawach jednocześnie. W rezultacie zastosowanie zmian w Systemie w nawiązaniu nawet do wskazanego przez Zamawiającego

orzecznictwa nie oznacza, że System będzie następnie uznany za działający zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Te same uwagi co wyżej dotyczą „wytycznych obowiązujących np. przy rozliczaniu programów unijnych”. Jeśli Zamawiający zgłasza zapotrzebowanie zmian w tym zakresie, winny one zostać zlecone w ramach rozwoju Systemu. Nie są to bowiem w żadnym wypadku algorytmy, których wykonywanie znajduje oparcie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, a co najwyżej w dokumentacji wiążącej strony w ramach danego projektu (konkursu) unijnego lub innego podobnego.

Trudno też nie zauważyć, że definicja umowna WADY wykracza daleko poza prawne znaczenie tego pojęcia, wynikającego z obowiązujących przepisów prawa (rękojmia i gwarancja).

Wreszcie obecna definicja WADY nie przystaje do wymagań Zamawiającego w zakresie świadczenia usługi aktualizacji Systemu, bowiem zgodnie z punktem IV.1.1. OPZ Wykonawca jest zobowiązany wprowadzać zmiany w Systemie w celu: „zapewnienia aktualności Systemów z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami organizacyjnymi”.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należytej sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści w punkcie II 12 i 13 Załącznika nr 1 do SWZ definicji Awarii i Wady.

Wniosek nr 9:

Pytanie dotyczące treści pkt II.16 – 18 oraz pkt IV.2.8 i pkt IV.3.1.d Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

Zwraca się uwagę, że w definicji obejścia problemu, czasu reakcji oraz czasu naprawy Zamawiający posługuje się nieokreślonymi pojęciami problemu oraz rozwiązania końcowego.

Pojęcia te powinny zostać określone lub usunięte z Umowy.

Zdaniem Wykonawcy należy jednoznacznie w Umowie oznaczyć, że przez „problem” należy rozumieć „błąd”. Pozwoli to na usunięcie wątpliwości co do użycia tego pojęcia w dalszych postanowieniach OPZ, takich jak pkt IV.2.8 OPZ oraz pkt IV.3.1.d OPZ. W samych proponowanych postanowieniach Umowy pojęcie to nie pojawia się.

Co się tyczy pojęcia „rozwiązania końcowego” proponuje się nie określać tego pojęcia, a wprowadzić następujące **zmiany**:

OBEJŚCIE PROBLEMU - prowizoryczne rozwiązanie błędu ze względu na pilność sprawy. Zamawiający może zgodzić się na takie rozwiązanie tylko wyjątkowo. Zastosowanie obejścia nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku naprawy zgłoszonego Błędu ~~dostarczenia rozwiązania końcowego~~.

pkt IV.2.8 OPZ:

8) W sytuacji, gdy Zamawiający wyraził zgodę na obejście problemu, Czas naprawy zgłoszonego Błędu wynosi 14 dni roboczych od dnia zastosowania Obejścia problemu. ~~za zakończenie naprawy uważa się dostarczenie przez Wykonawcę rozwiązania końcowego maksymalnie w ciągu 14 dni roboczych od dnia, w którym zastosowano to rozwiązanie.~~

Powyższa propozycja pozostaje spójna z definicją Czasu Naprawy, zgodnie z którą za naprawę uznaje się: „potwierdzenie skuteczności rozwiązania i przyjęcie naprawy przez Zamawiającego”.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę i modyfikuje treść zapisu pkt II.16 oraz pkt IV.2.8 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt II.16 otrzymuje brzmienie: „OBEJŚCIE PROBLEMU - prowizoryczne rozwiązanie błędu ze względu na pilność sprawy. Zamawiający może zgodzić się na takie rozwiązanie tylko wyjątkowo. Zastosowanie obejścia nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku naprawy zgłoszonego Błędu”.

Pkt IV.2.8 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia otrzymuje brzmienie:

„8) W sytuacji, gdy Zamawiający wyraził zgodę na obejście problemu, Czas naprawy zgłoszonego Błędu wynosi 14 dni roboczych od dnia zastosowania Obejścia problemu.”

Wniosek nr 10:

Pytanie dotyczące treści pkt II.23 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

Wnosimy o wyjaśnienie, od którego momentu należy liczyć zgodnie z definicją OKRESU ROZLICZENIOWEGO okres 1 miesiąca realizacji usługi utrzymania i wsparcia technicznego systemu kadrowo-płacowego i systemu finansowo-księgowego.

Czy chodzi o termin wskazany w § 2 ust.1 Projektowanych postanowień Umowy, czyli nie wcześniej niż od dnia 4 sierpnia 2023 roku?

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że informacje dotyczące okresu rozliczeniowego zostały zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w § 5 ust. 5.

Wniosek nr 11:

Pytanie dotyczące treści pkt IV.1.1 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

Zgodnie z powołaną regulacją:

Utrzymanie Systemu obejmuje działania mające na celu zapewnienie ciągłego, poprawnego działania Systemu i jego aktualizację, w tym zapewnienie zgodności funkcjonalności Systemu ze zmieniającymi się przepisami prawa, rozumianej jako zapewnienie aktualności Systemów z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami organizacyjnymi.

Wnosimy o **zmianę**:

Utrzymanie Systemu obejmuje działania mające na celu zapewnienie ciągłego, poprawnego działania Systemu i jego aktualizację, w tym zapewnienie zgodności funkcjonalności Systemu ze zmieniającymi się przepisami prawa rozumianej jako zapewnienie aktualności Systemów z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami organizacyjnymi poprzez dostosowanie jego funkcjonalności w stopniu niezbędnym dla zapewnienia działania tych funkcjonalności zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, przy czym zobowiązanie Wykonawcy dotyczące aktualizacji Systemu dotyczy wyłącznie funkcjonalności Systemu istniejących w dniu zawarcia Umowy albo funkcjonalności dostarczonych w okresie obowiązywania Umowy. Zobowiązanie to nie obejmuje wytworzenia jakichkolwiek nowych funkcjonalności Systemu, które w razie potrzeby mogą zostać opracowane i dostarczone na zlecenie Zamawiającego w ramach świadczenia Drobnych prac programistycznych (rozwojowych) albo w ramach odrębnej umowy. ze zmieniającymi się przepisami prawa, rozumianej jako zapewnienie aktualności Systemów z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami organizacyjnymi.

Obecne brzmienie Umowy sugeruje, że Wykonawca ma w ramach Umowy wprowadzać wszelkie zmiany Systemu na zlecenie Zamawiającego, także wynikające z wprowadzonych przez niego, a bliżej nieokreślonych w Umowie wymagań organizacyjnych.

Aktualizacje Systemu mogą dotyczyć wyłącznie dostosowania Systemu do aktualnych przepisów obowiązującego prawa, tj. wynikających ze źródeł powszechnie obowiązującego prawa. Zagadnienia te omówiono już w ramach pytania dotyczącego definicji WADY powyżej.

Poza tym usługa polegająca na aktualizacji Systemu powinna mieć na celu „dostosowanie” Systemu w niezbędnym stopniu, tj. aby jego aktualnie dostępne funkcjonalności działały zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Usługa ta nie może być natomiast wykorzystywana w celu wprowadzania na żądanie Zamawiającego nowych, bliżej nieznanych funkcji Systemu, nieprzewidzianych jak dotąd w dokumentacji Systemu, i to bez względu na potencjalną pracochłonność takich prac. W tym celu Zamawiający winien i ma możliwość zlecić prace zmierzające do rozwoju Systemu albo w ramach drobnych prac programistycznych (rozwojowych), a w zakresie szerzej zakrojonych zmian, na podstawie odrębnej umowy.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należyście sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem Wykonawca nie jest w stanie określić rozmiaru zaciąganego zobowiązania, co może narazić go na rażącą szkodę. Dopiero gdy zobowiązania te zostaną jasno określone, przedmiot zamówienia będzie można uznać za opisany zgodnie z powołanym wyżej przepisem PZP.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikacje treści pkt IV.1.1 Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia. Opis Przedmiotu Zamówienia oraz projektowane postanowienia umowy wyjaśniają co to znaczy aktualizacja.

Wniosek nr 12:

Pytanie dotyczące treści pkt IV.1.3) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, a zarazem § 3 ust. 3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (regulacje powielają się).

Regulacja stanowi:

Aktualizacje Systemu, spowodowane zmianą otoczenia prawnego, będą dostarczane najpóźniej na 7 dni roboczych przed wejściem w życie nowych przepisów, a jeżeli przepisy te będą wchodziły w życie z dniem ogłoszenia, najpóźniej w ciągu 30 dni kalendarzowych od ich wejścia w życie, z tym zastrzeżeniem, że nie spowoduje to naruszenia przez Zamawiającego terminów na realizację obowiązków wynikających z przepisów prawa, w takim przypadku aktualizacje muszą być dostarczone w przeciągu 7 dni kalendarzowych od dnia wejścia w życie nowych przepisów. Po bezskutecznym upływie ww. terminów działanie Systemu niezgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa będzie traktowane jako błąd w postaci wady.

Wnosimy o **zmianę** (zarówno w OPZ, jak i w Projektowane postanowieniach umowy):

Aktualizacje Systemu, spowodowane zmianą otoczenia prawnego, będą ~~dostarczane~~ udostępniane Zamawiającemu najpóźniej na 7 dni ~~roboczych~~ przed wejściem w życie nowych przepisów, a jeżeli zmiany tychże przepisów wchodzi w życie w terminie krótszym niż 30 dni od dnia publikacji zmiany albo jeżeli przepisom nadano moc wsteczną obowiązywania, nie później niż w terminie 30 dni od dnia publikacji zmiany przepisów. Po bezskutecznym upływie ww. terminów działanie Systemu niezgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa będzie traktowane jako błąd w postaci wady.

Jeżeli zmiany przepisów wchodzi w życie z dniem ogłoszenia albo z datą wsteczną, Wykonawca musi mieć realną możliwość przygotowania zmian w Systemie. Intensywność i rozmiary dokonywanych zmian legislacyjnych powodują, że termin 7 dni na dostarczenie aktualizacji w wielu wypadkach jest terminem, który jest niemożliwy do utrzymania. Proszę mieć na uwadze to, że nie oznacza się terminów jako sztywnych, a proponuje się terminy maksymalne.

Sytuację komplikuje dodatkowo wymóg polegający na tym, że zmiana powinna być dostarczona na 7 dni roboczych, a nie kalendarzowych, przed wejściem przepisów w życie. Takie rozwiązanie nie jest niezbędne Zamawiającemu, a poważnie ogranicza możliwości Wykonawcy, gdyż w praktyce może się zdarzyć, że będzie on zobowiązany do dostarczenia zmiany nawet na 10 dni przed wejściem przepisów w życie (licząc od ich publikacji), co w wypadku np. czternastodniowego *vacatio legis* daje Wykonawcy tylko 4 dni na opracowanie aktualizacji Systemu.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należytej sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem Wykonawca nie jest w stanie przyjąć na siebie zobowiązań, których obiektywnie nie będzie w stanie wykonać żaden wykonawca składający ofertę w postępowaniu.

Wykonawca podkreśla, że nieuwzględnienie powyższej propozycji zmiany uniemożliwia złożenie oferty przez Wykonawcę.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści pkt IV.1.3) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, a zarazem § 3 ust. 3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 13:

Pytanie dotyczące treści pkt IV.2.5) - 7) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

Zwraca się uwagę, że czas naprawy stanowi kryterium wyboru oferty, a zatem może się różnić od czasów wskazanych w pkt IV.2.5) - 7) OPZ.

Proponuje się zmianę:

- 5) Czas reakcji na awarię - maksymalnie 2 godziny robocze, a czas naprawy maksymalnie 24 godziny robocze lub zgodnie ze złożoną ofertą.
- 6) Czas reakcji na wadę - maksymalnie 8 godzin roboczych, a czas naprawy maksymalnie - 72 godziny robocze lub zgodnie ze złożoną ofertą.
- 7) Czas reakcji na usterkę - maksymalnie 48 godzin roboczych, a czas naprawy maksymalnie 168 godzin roboczych lub zgodnie ze złożoną ofertą.

Treść Umowy zawieranej w trybie zamówień publicznych powinna być zgodna z wybraną ofertą. Obecnie zarówno SWZ, jak i załączniki do projektowanych postanowień Umowy mogą nie być zgodne z wybraną ofertą według stanu na dzień podpisania Umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że modyfikuje treści pkt IV.2.5) - 7) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, który otrzymuje brzmienie:

- 5) Czas reakcji na awarię - maksymalnie 2 godziny robocze, a czas naprawy (zgodnie ze złożoną ofertą, maksymalnie jednak 24 godziny robocze)
- 6) Czas reakcji na wadę - maksymalnie 8 godzin roboczych, a czas naprawy maksymalnie(zgodnie ze złożoną ofertą, maksymalnie jednak 72 godziny robocze);
- 7) Czas reakcji na usterkę - maksymalnie 48 godzin roboczych, a czas naprawy (zgodnie ze złożoną ofertą, maksymalnie jednak 168 godzin roboczych).

Wniosek nr 14:

Pytanie dotyczące treści § 3 ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

„Konflikt interesów, o którym mowa w ust. 7 powstaje w szczególności w przypadku istnienia interesu ekonomicznego, politycznego, zawodowego, powodów rodzinnych lub emocjonalnych lub innego wspólnego interesu”.

Nie jest zrozumiałe dla Wykonawcy, w jaki sposób i w oparciu o jakie kryteria ma ustalić, czy występuje konflikt interesów z powodów:

- 1) rodzinnych, (o jakie powody chodzi – czy o powiązania rodzinne, a jeśli tak – to w jakim stopniu),
- 2) emocjonalnych (o jakie emocje konkretnie chodzi)
- 3) innego wspólnego interesu (o czyj wspólny interes konkretnie chodzi).

Wnosimy o usunięcie lub określenie podanych kryteriów w takim stopniu, aby były one jednoznaczne.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że modyfikuje treść § 3 ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie brzmienia: „Konflikt interesów,

o którym mowa w ust. 6 powstaje w szczególności w przypadku istnienia interesu ekonomicznego, politycznego, zawodowego, osobistego.”.

Wniosek nr 15:

Pytanie dotyczące treści § 5 ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

W przypadku, gdy okres realizacji umowy nie obejmuje pełnego miesiąca ze względu na rozpoczęcie realizacji usługi w trakcie miesiąca, wynagrodzenie ustala się w następujący sposób w okresie od do w wysokości zł, w okresie od do w wysokości zł

Wykonawca proponuje zmianę na:

W przypadku, gdy okres realizacji umowy nie obejmuje pełnego miesiąca ze względu na rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy albo rozwiązanie umowy w trakcie miesiąca kalendarzowego, wynagrodzenie należne Wykonawcy zostanie ustalone proporcjonalnie do ilości dni świadczenia przedmiotu umowy przez Wykonawcę w stosunku do całkowitej liczby dni w rozliczanym miesiącu kalendarzowym usługi w trakcie miesiąca, wynagrodzenie ustala się w następujący sposób w okresie od do w wysokości zł, w okresie od do w wysokości zł

Nie jest w ocenie Wykonawcy do końca jasne, dlaczego w przepisie wskazuje się dwa okresy rozliczenia wynagrodzenia. W ocenie Wykonawcy jeśli regulacja dotyczy również wypadków rozwiązania Umowy przed okresem jej obowiązywania, zważywszy, że strony nie są w takim wypadku przewidzieć wysokości należnego Wykonawcy wynagrodzenia, proponowane zmiany pozwalają zastosować przedmiotowy przepis w sposób bardziej elastyczny.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę i modyfikuje § 5 ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie brzmienia: „w przypadku, gdy okres realizacji umowy nie obejmuje pełnego miesiąca ze względu na rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy albo rozwiązanie umowy w trakcie miesiąca kalendarzowego, wynagrodzenie należne Wykonawcy zostanie ustalone proporcjonalnie do ilości dni świadczenia przedmiotu umowy przez Wykonawcę w stosunku do całkowitej liczby dni w rozliczanym miesiącu kalendarzowym”.

Wniosek nr 16:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 1, a także § 7 ust. 2, 3-4, 6, 8, 9 oraz 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi:

Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na rozbudowę i modyfikacje Systemu, dokonaną w trakcie realizacji przedmiotu umowy, w zakresie w jakim dotyczą one oprogramowania gotowego, na którym oparty jest System, z chwilą dokonania ich odbioru. Licencja jest udzielana na czas nieoznaczony i nie jest terytorialnie ograniczona, w szczególności uprawnia do korzystania z rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu na terytorium Polski i całego świata, a Zamawiający

jest uprawniony do korzystania z rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych, na których instalowane lub uruchamiane będzie rozbudowane lub zmodyfikowane oprogramowanie Systemu.

Proponuje się **zmianę**:

Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz.U. Nr 24, poz. 83 z późn. zm.) dostarczone w ramach umowy przez Wykonawcę ~~rozbudowę i modyfikacje Systemu, dokonaną w trakcie realizacji przedmiotu umowy, w zakresie w jakim dotyczą one oprogramowania gotowego, na którym oparty jest System, z chwilą dokonania ich odbioru.~~ Licencja na korzystanie z wyżej wymienionych utworów jest udzielana na czas nieoznaczony i nie jest terytorialnie ograniczona, w szczególności uprawnia do korzystania na wskazanych w umowie polach eksploatacji z rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu z wyżej wymienionych utworów na terytorium Polski i całego świata, a Zamawiający ~~jest uprawniony do korzystania z rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych, na których instalowany lub uruchamiany będzie rozbudowany lub zmodyfikowany oprogramowania System.~~

W pierwszej kolejności w Umowie nie określono pojęć „rozbudowa” i „modyfikacja” Systemu, a także nie określono pojęcia „oprogramowania gotowego”. W rezultacie nie wiadomo, co jest przedmiotem udzielanej licencji, a stwarza to istotne zagrożenie dla interesów majątkowych Wykonawcy. Nie rozwiązuje tu problemu użycie także nieokreślonego pojęcia „oprogramowania Systemu”. W przypadku braku definicji pojęcie oprogramowania Systemu nie może być traktowane inaczej aniżeli określone pojęcie Systemu.

Po drugie Zamawiający korzysta z Systemu na podstawie udzielonej już licencji, a zatem kolejna już licencja może dotyczyć wyłącznie nowych, wytworzonych w ramach Umowy, samodzielnych w rozumieniu powołanej ustawy, utworów. Wykonawca niebędący twórcą Systemu nie może ponadto udzielić co do zasady licencji na System jako całość (tak rozbudowany jak i zmodyfikowany), jeżeli nie posiada majątkowych praw autorskich do tego Systemu. W rezultacie obecny zapis w istotny sposób ogranicza konkurencję i jest niezgodny z art. 16 PZP w stosunku do wykonawców, którzy nie posiadają odpowiednich uprawnień względem Systemu, które mogliby przenieść na Zamawiającego. Wydaje się, że powinno to mieć istotne znaczenie z punktu widzenia Zamawiającego, z racji powierzonych mu kompetencji ustawowych (zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji).

Dodać należy, że nadmienione utwory mogą powstać w zasadzie jedynie w wyniku wykonania drobnych prac programistycznych (rozwojowych). Niemniej, definicja DROBNYCH PRAC PROGRAMISTYCZNYCH w OPZ obejmuje jedynie modyfikację, ale już nie rozbudowę Systemu, co należy nieć na uwadze. W takim wypadku Wykonawca może potwierdzić jedynie, że korzystanie z Systemu jako takiego, wraz z nowymi utworami wchodzącymi w jego skład, odbywa się na zasadach licencji udzielonej w niniejszej Umowie, w szczególności gdy warunki uprzedniej licencji udzielonej na System nie zostały mu podane do wiadomości.

Wreszcie podkreślić należy, że każda licencja jest udzielana wyłącznie na określonych polach eksploatacji, co ma szczególne znaczenie w wypadku programów komputerowych, w przypadku których uprawnienia licencjobiorcy do korzystania z takiego utworu wkraczają w sferę uprawnień określonych w art. 74 ust. 4 ww. ustawy.

Mając na względzie, że opisany stan rzeczy może z założenia prowadzić do naruszenia zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, proponowane wyżej zmiany należy uznać za konieczne.

Już jedynie na marginesie należy zwrócić uwagę, że powyższe uwagi **poddaje się pod rozagę pod kątem zasadności dostosowania brzmienia § 7 umowy do wymogów ustawy PZP**, co tyczy się przede wszystkim:

- 1) wskazanych w Umowie pól eksploatacji na „oprogramowanie Systemu” (§ 7 ust. 2),
- 2) oświadczeń zawartych w § 7 ust. 3-4 Umowy,
- 3) warunków wypowiedzenia licencji na „oprogramowanie Systemu” (§ 7 ust. 6),
- 4) warunków licencji na dokumentację dotyczącą „oprogramowania Systemu” (§ 7 ust. 8),
- 5) warunków przeniesienia majątkowych praw autorskich na „rozbudowę i modyfikację Systemu” (§ 7 ust. 9),
- 6) warunków dostarczenia kodów źródłowych do „modyfikacji Systemu” (§ 7 ust. 12).

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę zapisów § 7 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 17:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o to, aby uprawnienia do korzystania z utworów dostarczonych w ramach Umowy dotyczyły działań Zamawiającego w ramach jego organizacji oraz wyłącznie na jego potrzeby.

Utwory nie powinny być udostępniane do korzystania przez Zamawiającego, nieodpłatnie lub płatnie, w tym w celach komercyjnych, a w szczególności stosowane, przechowywane, wprowadzane do pamięci komputerów oraz dostosowywane do platform sprzętowo-systemowych poza organizacją Zamawiającego.

Proponowana zmiana byłaby następująca:

Licencja, o której mowa w ust. 1, obejmuje w ramach organizacji Zamawiającego oraz wyłącznie na jego potrzeby:

[...]

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na zmianę i modyfikuje treść zapisu § 7 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy i nadaje brzmienie: „Licencja, o której mowa w ust. 1, obejmuje w ramach organizacji Zamawiającego oraz wyłącznie na jego potrzeby: [...]”

Wniosek nr 18:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 6 i 7 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacje stanowią, że:

6. Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe i niewypowiadalne prawo do korzystania z rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu będącego przedmiotem Umowy. W przypadku gdyby postanowienie o nie wypowiedzalności licencji okazało się nieskuteczne lub nieważne, a Wykonawca byłby uprawniony do wypowiedzenia licencji, Strony uzgadniają dla Wykonawcy 10 - letni (słownie: dziesięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ust.7.

7. Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem braku skutków i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzeszczenia dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (jeden) rok ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.

Wnosimy o wprowadzenie następujących zmian – **usunięcie** z § 7 ust. 6 oraz **zmianę** w ust. 7:

Strony uzgadniają, że Wykonawcy przysługuje prawo do wypowiedzenia udzielonej licencji, z zastrzeżeniem, że Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i/lub naruszy warunki licencji lub inne autorskie prawa przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem braku skutków i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzeszczenia dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń.

Zamawiający, konstruując obecne brzmienie powołanych regulacji, wydaje się sam dostrzegać istotne wątpliwości dotyczące wyłączenia uprawnienia twórcy utworu do wypowiedzenia licencji. Rozsądnym rozwiązaniem jest ograniczenie prawa do wypowiedzenia do wyraźnie określonych w Umowie wypadków, uwzględniających uzasadnione interesy twórcy utworu, co obecnie czyni się w § 7 ust. 7 Umowy.

Proponowane zmiany nawiązują do dotychczasowego brzmienia przepisów, ale zmierzają zarazem do ukształtowania praw i obowiązków stron w taki sposób, aby uwzględniały one zarówno interesy obu stron, jak i obowiązujące przepisy prawa. Trudno zgodzić się na to, że Zamawiający naruszający prawo korzysta z praw przysługujących co do zasady twórcy utworu aż przez następnych 10 lat.

Jednoroczny termin wypowiedzenia licencji wynika natomiast wprost z art. 68 PrAut, a więc jego powielanie w Umowie jest zbędnym zabiegiem.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na usunięcie § 7 ust. 6 oraz modyfikację § 7 ust. 7 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, który otrzymuje brzmienie: „Strony uzgadniają, że Wykonawcy przysługuje prawo do wypowiedzenia udzielonej licencji, z zastrzeżeniem, że Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i/lub naruszy warunki licencji lub inne autorskie prawa przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem braku skutków i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. Wypowiedzenie będzie zgodne z art. 68 ustawy o prawach autorskich”.

Wniosek nr 19:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 8 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi:

Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na korzystanie z dokumentacji przekazywanej w związku z realizacją umowy, w tym dokumentacji rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu, z chwilą jej odbioru, na warunkach określonych w ust.1-7.

Wnosimy o zmianę:

Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na korzystanie z dokumentacji autorstwa Wykonawcy przekazywanej w związku z realizacją umowy, ~~w tym dokumentacji rozbudowanego lub zmodyfikowanego oprogramowania Systemu~~, z chwilą jej odbioru, na warunkach określonych w ust.1-7.

Pomijając w tym miejscu pytania o wyjaśnienia zgłoszone do tego postanowienia powyżej (co do pojęć „rozbudowy” i „modyfikacji”), zauważa się, że Wykonawca nie może udzielić licencji na korzystanie z dokumentacji załączonej do oprogramowania osób trzecich, jeśli dostarczenie takiej dokumentacji okaże się konieczne. Istotne jest zatem zastrzeżenie, że licencja zostanie udzielona na korzystanie z dokumentacji, ale tylko w zakresie takim, w jakim Wykonawca jest twórcą dokumentacji i w związku z tym odpowiednie prawa posiada. Dokumentacja osób trzecich będzie dostarczona wraz z licencją uprawnionego podmiotu do jej wykorzystania, zgodnie z § 7 ust. 4 Umowy. Należy też pamiętać, że Umowa przewiduje także przeniesienie majątkowych praw autorskich do dokumentacji dotyczącej „oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego”, zgodnie z § 7 ust. 10 Umowy, co czyni powyższe zmiany tym bardziej zasadnymi.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na zmianę i modyfikuje § 7 ust. 8 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie brzmienia: „Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na korzystanie z dokumentacji autorstwa Wykonawcy przekazywanej w związku z realizacją umowy z chwilą jej odbioru, na warunkach określonych w ust.1-7.

Wniosek nr 20:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 9 zdania 1 – 3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

Wykonawca oświadcza, że ponosić będzie pełną odpowiedzialność z tytułu naruszenia praw osób trzecich w związku z przedmiotem Umowy. W przypadku wystąpienia do Zamawiającego osób trzecich z roszczeniami z tytułu naruszenia praw własności przemysłowej, praw autorskich, praw pokrewnych lub innych praw na dobrach niematerialnych wynikających z realizacji przez Strony przedmiotu Umowy, odpowiedzialność i wszelkie koszty z tego tytułu ponosić będzie Wykonawca. Wykonawca zobowiązuje się zwolnić Zamawiającego z wszelkich mogących powstać w związku z tym zobowiązań Zamawiającego wobec osób trzecich (...).

Wnosimy o zmianę:

Wykonawca oświadcza, że ponosić będzie pełną odpowiedzialność z tytułu naruszenia praw osób trzecich przez Wykonawcę w związku z przedmiotem Umowy. W przypadku wystąpienia do Zamawiającego osób trzecich z roszczeniami z tytułu naruszenia praw własności przemysłowej, praw autorskich, praw pokrewnych lub innych praw na dobrach niematerialnych wynikających z realizacji przez Strony przedmiotu Umowy, odpowiedzialność i wszelkie koszty z tego tytułu ponosić będzie Wykonawca, chyba że zgłoszone i zasadne roszczenia są następstwem okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. ~~Wykonawca zobowiązuje się zwolnić Zamawiającego z wszelkich mogących powstać w związku z tym zobowiązań Zamawiającego wobec osób trzecich(...).~~

Odpowiedzialność Wykonawcy w rozważanym przepisie została ukształtowana na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy. Wykonawca nie może się zgodzić na ponoszenie odpowiedzialności za roszczenia, które są następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a w szczególności te wynikające z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zwraca się w tym miejscu uwagę na przepis art. 433 PZP, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

[...]

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Obie opisane klauzule abuzywne wpisują się w rozważaną propozycję zapisu Umowy.

Ostatnie zdanie winno zostać wykreślone, bowiem zdanie powyżej reguluje już opisane kwestie, a samodzielnie interpretowane zdanie trzecie odnoszące się do „wszelkich mogących powstać” zobowiązań ponownie niesie dla Wykonawcy opisane wyżej ryzyka, których Wykonawca zaakceptować nie może.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należycie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem postanowienia Umowy naruszają wyżej opisane przepisy, a odpowiedzialność Wykonawcy nie została ukształtowana w sposób adekwatny do zobowiązania, które na siebie przyjmuje Wykonawca w ramach zawieranej Umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę § 7 ust. 9 zdania 1 – 3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 21:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 9 zdanie 4 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi:

(...) Wykonawca przenosi na Zamawiającego w całości autorskie prawa majątkowe na rozbudowę i modyfikacje Systemu, dokonane w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, w zakresie w jakim dotyczą one części oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego, z chwilą dokonania ich odbioru, łącznie z prawem do udzielania zezwoleń na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, prawem do wykonywania zależnego prawa autorskiego oraz prawem do kodów źródłowych.

Pomijając w tym miejscu pytania o wyjaśnienia zgłoszone do tego postanowienia powyżej (co do pojęć „rozbudowy” i „modyfikacji”), w tym miejscu Wykonawca **zwraca się z zapytaniem** o jednoznaczne i wyczerpujące opisanie części oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego na dzień składania oferty.

W § 7 ust. 1 wprowadzono nieokreślone pojęcie „oprogramowania gotowego”, na którym jest oparty System. Na chwilę obecną wykonawcy mogą mieć trudność w ustaleniu zakresie zaciąganych przez nich zobowiązań, gdy nie podano im do wiadomości, co należy rozumieć przez poszczególne oprogramowanie opisane w projekcie umowy. Stwarza to dla wykonawcy składającego ofertę istotne ryzyko naruszenia uprawnień podmiotu, który dostarczył tzw. „oprogramowanie gotowe”.

Powyższe ustalenia determinują ponadto prawidłowe zastosowanie § 7 ust. 10 – 12 projektu Umowy.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikację treści § 7 ust. 9 zdanie 4 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wniosek nr 22:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 11 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi:

Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu przeniesienia praw autorskich na wszystkich polach eksploatacji zawiera się w wynagrodzeniu określonym w § 5 Umowy.

Wnosimy o zmianę:

Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu przeniesienia praw autorskich na wszystkich polach eksploatacji, o których mowa w ust. 10 powyżej, zawiera się w wynagrodzeniu określonym w § 5 Umowy.

Postanowienie stanowi odrębną jednostkę redakcyjną i do końca nie wiadomo, czy odnosi się do pól eksploatacji, o których mowa w ust. 10 powyżej. Umowa wymaga w tym zakresie doprecyzowania, skoro przepis rozstrzyga o wynagrodzeniu za przeniesienie majątkowych praw autorskich, którego zapłata jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego, jako nabywcy tych praw.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikacje treści § 7 ust. 11 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 23:

Pytanie dotyczące treści § 7 ust. 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

Wykonawca, w ramach odbiorów rozbudów i modyfikacji Systemu, do których ma zastosowanie ust. 9 niniejszego paragrafu, dostarczy kody źródłowe do modyfikacji Systemu w ramach wynagrodzenia za wykonaną modyfikację, a także pełną Dokumentację techniczną dotyczącą całości Oprogramowania i dowód złożenia do depozytu u zaufanej osoby trzeciej (depozytariusza), którą mogą być placówki bankowe, kancelarie notarialne lub wyspecjalizowane w tym obszarze firmy, lub u Zamawiającego kodów źródłowych oprogramowania gotowego (w zakresie oprogramowania aplikacyjnego Systemu oraz innego oprogramowania gotowego niedostępnego powszechnie na rynku, jeżeli jest ono niezbędne do prawidłowego działania systemu wskutek modyfikacji Systemu), Wykonawca dostarczy jednocześnie potwierdzenie nieodwołalnego, w okresie zakładanego zgodnie z Umową trwania licencji/sublicencji upoważnienia Zamawiającego do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych w następujących przypadkach:

Wnosimy o zmianę:

~~Wykonawca, w ramach odbiorów rozbudów i modyfikacji Systemu, do których ma zastosowanie ust. 9 niniejszego paragrafu, dostarczy kody źródłowe do modyfikacji Systemu w ramach wynagrodzenia za wykonaną modyfikację, a także pełną Dokumentację techniczną dotyczącą całości Oprogramowania i dowód złożenia do depozytu u zaufanej osoby trzeciej (depozytariusza), którą mogą być placówki bankowe, kancelarie notarialne lub wyspecjalizowane w tym obszarze firmy, lub u Zamawiającego kodów źródłowych oprogramowania gotowego (w zakresie oprogramowania aplikacyjnego Systemu oraz innego oprogramowania gotowego niedostępnego powszechnie na rynku, jeżeli jest ono niezbędne do prawidłowego działania systemu wskutek modyfikacji Systemu), Wykonawca dostarczy jednocześnie potwierdzenie nieodwołalnego, w okresie zakładanego zgodnie z Umową trwania licencji/sublicencji upoważnienia Zamawiającego do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych w następujących przypadkach:~~

Nadmieniony przepis odnosi się wprost do odbioru „rozbudów” i „modyfikacji” Systemu, do których stosuje się § 7 ust. 9 Umowy. Ten ostatni przepis dotyczy natomiast powyższych, w zakresie, w jakim dotyczą one „części oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego”, a nie „oprogramowania gotowego”, czy też jak się tutaj wskazuje „całości Oprogramowania”. Nie ma zatem uzasadnionych podstaw, aby Wykonawca (a w szczególności taki, który chce złożyć ofertę, ale

nie posiada majątkowych praw autorskich do „oprogramowania gotowego”) mógł dostarczyć Zamawiającemu kody źródłowego do tego oprogramowania.

Zwraca się uwagę na to, że ponownie może zostać stwierdzone, że rozważany zapis w istotny sposób ogranicza konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest niezgodny z art. 16 PZP w stosunku do wykonawców, którzy nie posiadają odpowiednich uprawnień względem Systemu, które mogliby przenieść na Zamawiającego.

Co się zaś tyczy kodów źródłowych dotyczących „części oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego” nie widzimy podstaw, aby Wykonawca miał ponosić koszty deponowania kodów źródłowych lub innych utworów w gestii podmiotów trzecich, skoro utwory te (jak i kody źródłowe) może przekazać Zamawiającemu. Kody dotyczą jednak oprogramowania stanowiącego własność Zamawiającego. De facto Wykonawca nie jest nawet uprawniony do dalszego dysponowania tymi kodami w momencie przeniesienia majątkowych praw autorskich na Zamawiającego, jak też nie jest zobowiązany do ich przechowywania. W takim wypadku Wykonawca nie może w konsekwencji upoważnić Zamawiającego do „wydobycia” i dalszego wykorzystania kodów źródłowych.

Co się tyczy „Dokumentacji technicznej” wszelka dokumentacja zostanie przekazana Zamawiającemu w ramach dokonywanych odbiorów, a zatem regulacja w tym względzie jest tutaj zbędna.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 ust. 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 24:

Pytanie dotyczące treści § 8 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o ukształtowanie postanowień o zachowaniu poufności w sposób obustronny. Wykonawca również będzie przekazywał w ramach Umowy informacje (techniczne, technologiczne, handlowe i organizacyjne) stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, którą Zamawiający zobowiązany jest chronić.

Przykładem są rozwiązania technologiczne stosowane w ramach Umowy, dane osobowe pracowników czy dokumenty wymagane przez Zamawiającego w ramach wniosku o waloryzację wynagrodzenia.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należycie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, jeśli w ramach współpracy informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przekazywane przez Wykonawcę nie podlegają ochronie przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że zapisy § 8 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy pozostają bez zmian.

Wniosek nr 25:

Pytanie dotyczące treści § 9 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (oznaczonego nieprawidłowo jako § 8)

Wnosimy o **usunięcie** niniejszego paragrafu z Umowy albo zastąpienie **aktualnej** treści następującą regulacją:

Wykonawca zobowiązany jest do usuwania Błędów, na podstawie zgłoszeń Zamawiającego, na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do umowy – Opis przedmiotu umowy, z uwzględnieniem czasów naprawy wskazanych w § 3 ust. 2 umowy.

Obecne regulacje § 9 Umowy nie wprowadzają nic nowego do Umowy, poza wątpliwościami w relacji do szczegółowych postanowień OPZ oraz pozostałych postanowień Umowy. W każdym wypadku regulacje OPZ są bardziej precyzyjne od ich odpowiedników w Umowie, co rodzi wątpliwość jaka relacja zachodzi pomiędzy omawianymi przepisami (które przepisy należy traktować jako rozstrzygające). W istocie postanowienia § 9 Umowy bez dalszej analizy postanowień OPZ nie pozwalają nawet należycie odtworzyć zakresu zobowiązań Wykonawcy dotyczących usuwania błędów, a więc de facto pozostają pozbawione znaczenia, a jedynie mogą wprowadzać w błąd.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na usunięcie § 9 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy oraz modyfikuje w Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy wskazując, że zawarty tu paragraf § 8 pt. Zgłaszanie błędów powinien być § 9.

Wniosek nr 26:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 9 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

W nawiązaniu do pytania powyżej, z uwagi na to, że obecnie omyłkowo zapewne występuje dwukrotnie § 8 Umowy, zwracamy się zapytaniem, których dokładnie zobowiązań dotyczy wskazana w niniejszym postanowieniu kara umowna. Wątpliwość należy usunąć przez odpowiednią zmianę projektu Umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że zapisy znajdujące się w § 10 ust. 9 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy odnoszą się do zobowiązań § 8 dotyczącego klauzuli poufności.

Zamawiający prostuje następujące omyłki pisarskie w § 10 ust. 3, 4, 5, 10 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

- 3) w § 10 ust. 3 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 3 ust. 5 pkt 1 powinno być odesłaniem do § 3 ust. 2 pkt. 1;
- 4) w § 10 ust. 4 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 3 ust. 5 pkt 2 powinno być odesłaniem do § 3 ust. 2 pkt. 2;
- 5) w § 10 ust. 5 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 3 ust. 5 pkt 3 powinno być odesłaniem do § 3 ust. 2 pkt. 3;
- 6) w § 10 ust.10 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 3 ust. 5 powinno być odesłaniem do § 3 ust. 3.

Wniosek nr 27:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 10 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy
Regulacja stanowi:

W przypadku zwłoki w dokonaniu aktualizacji w stosunku do terminów wynikających z § 3 ust. 5 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 za każdy przypadek. Kara ta może być stosowana niezależnie od kary za zwłokę w usunięciu wady Systemu powstałej w związku z niedokonaniem aktualizacji.

Wnosimy o **zmianę**:

W przypadku zwłoki w ~~dokonaniu~~ udostępnieniu aktualizacji w stosunku do terminów wynikających z § 3 ust. 5 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1. ~~za każdy przypadek. Kara ta może być stosowana niezależnie od kary za zwłokę w usunięciu wady Systemu powstałej w związku z niedokonaniem aktualizacji.~~

W pierwszej kolejności zwraca się uwagę, że obowiązkiem Wykonawcy jest udostępnienie aktualizacji, a decyzja o jej instalacji produktywnej, po dokonaniu czynności weryfikacyjnych, należy do Zamawiającego. Okoliczność tę należy doprecyzować.

W drugiej kolejności zauważa się, że nie widzi się podstaw do kumulowania kary umownej za nieudostępnienie aktualizacji w terminie oraz zwłokę w usunięciu Wady. Jest to w praktyce to samo zdarzenie prawne, jeśli ocenić jego skutki. W opisanych wypadkach kara za zwłokę w usunięciu Wady winna być dopiero naliczana, gdy dostarczona aktualizacja obciążona jest Wadą/Wadami.

Wykonawca podkreśla, że nieuwzględnienie powyższej propozycji zmiany uniemożliwia złożenie oferty przez Wykonawcę.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikację § 10 ust. 10 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 28:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 14 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy
Regulacja stanowi:

łącznie maksymalna wysokość kar umownych wynosi 30 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 2.

Wnosimy o **zmianę**:

łącznie maksymalna wysokość kar umownych ~~wynosi 30%~~ nie przekroczy 10 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 2.

Obecne brzmienie postanowienia sugeruje, że naliczono już karę umowną, skoro wynosi określoną w Umowie wysokość wynagrodzenia. Jak się zaś wydaje, intencją jest określenie łącznego progu, do którego naliczane mają być kary umowne. Wnosimy o usunięcie opisanych wątpliwości poprzez proponowaną zmianę.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na modyfikację § 10 ust. 14 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 29:

Pytanie dotyczące treści § 12 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o wyjaśnienie:

- 1) jaka jest relacja pomiędzy sytuacją, gdy wykonawca przerwał wykonywanie umowy, jak wskazano w punkcie 1, a sytuacją gdy wykonawca nie wykonuje „innych postanowień umowy”, jak w punkcie 2. W punkcie 1 nie określono jakich obowiązków wykonawcy ma dotyczyć „przerwanie wykonania umowy” aby można było takie wypadki odróżnić od niewykonywania „innych postanowień umowy”. Wnosimy o rozważenie czy nie będzie wystarczające pozostawienie punktu 2 umowy z jednoczesnym usunięciem punktu 1.
- 2) czy czterokrotne naliczenie kary umownej uzasadniające rozwiązanie umowy dotyczy czterokrotnego naliczenia jakiegokolwiek kary umownej w ogóle w całym okresie 48 miesięcy wykonania umowy, czy też chodzi o czterokrotne naliczenie TEJ SAMEJ kary umownej, do tego w wyżej podanym okresie czy też w innym przedziale czasu?

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że 1) pod pojęciem przerwanie wykonania umowy rozumie zaprzestanie realizacji zadania, które wcześniej było już realizowane. Natomiast pod pojęciem nie wykonuje Zamawiający rozumie sytuację, w której Wykonawca w ogóle nie przystąpił do realizacji zadania. 2) Zamawiający potwierdza, że czterokrotne naliczenie jakiegokolwiek kary umownej uzasadnia rozwiązanie umowy.

Wniosek nr 30:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy
Regulacja stanowi:

W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, Zamawiający może odstąpić od Umowy lub ją wypowiedzieć z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia - w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Wnosimy o **zmianę:**

W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, Zamawiający może odstąpić od Umowy lub ją wypowiedzieć z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia - w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach W przypadku, o którym mowa wyżej, wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Opisane wyżej okoliczności odstąpienia/rozwiązania Umowy nie są następstwem przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Umowa określa świadczenie o charakterze ciągłym. Umowa nie określa jakie są skutki odstąpienia od Umowy, a w rezultacie odstąpienie od Umowy wywołuje skutek od samego początku, tak jakby Umowa nie została zawarta.

W opisanym stanie rzeczy ustawodawca w art. 456 ust. 2 PZP przewidział w takich wypadkach uprawnienie wykonawcy do żądania wynagrodzenia za wykonaną już część umowy, co w wypadku umowy na utrzymanie systemu tym bardziej jest uzasadnione.

Zamawiający winien uwzględnić wolę ustawodawcy w Umowie i dokonać proponowanej zmiany w Umowie.

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należycie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem proponowana treść Umowy pozostaje niezgodna z powołanym wyżej przepisem prawa, a w rezultacie Wykonawca, składając ofertę, naraża się na ryzyko świadczenia przedmiotu zamówienia przez 48 miesięcy bez prawa do wynagrodzenia. Rozsądny wykonawca nie powinien składać oferty w opisanych okolicznościach.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że modyfikuje treść § 10 ust. 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie brzmienia: „W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, Zamawiający może odstąpić od Umowy lub ją wypowiedzieć z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia - w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W przypadku, o którym mowa wyżej, Wykonawca może żądać wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.”

Wniosek nr 31:

Pytanie dotyczące treści § 13 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o **dodanie** w § 13 umowy postanowienia:

Odstąpienie od umowy w każdym wypadku wywołuje skutek ex nunc, na przyszłość tj. wyłącznie co do niewykonanej jeszcze części umowy. W każdym przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, sporządzony zostanie protokół inwentaryzacji stanu realizacji Umowy, podpisany przez obie Strony, nie później niż 30 dni od dnia odstąpienia od Umowy. Protokół inwentaryzacji stanu realizacji Umowy musi określać zakres zrealizowanego zamówienia. Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Umowa na utrzymanie systemu ma charakter ciągły i obejmuje w zdecydowanej części świadczenia okresowe (odbierane w okresach rozliczeniowych). Odstąpienie od umowy z mocy prawa powoduje skutek ex tunc, a więc taki jakby umowa nie została zawarta. Powstaje w związku z tym obowiązek stron do zwrócenia sobie wszystkiego, co dotychczas świadczyły. Jako że umowa jest zawierana na dość długi okres 48 miesięcy, rozsądny wykonawca nie złoży oferty, godząc się na ryzyko świadczenia przedmiotu zamówienia przez 48 miesięcy bez prawa do wynagrodzenia.

Powyższe świadczy jedynie o tym, że instytucja odstąpienia od Umowy z przyczyn podanych w Umowie jest nieadekwatna, jeśli uwzględnić charakter zawieranej Umowy. Odpowiednie uprawnienia Zamawiający posiada już w ramach instytucji rozwiązania Umowy (§ 12), a wypadki odstąpienia od Umowy winny się ograniczać jedynie do odstąpienia od Zlecenia drobnych prac programistycznych, podlegających odrębnym odbiorom.

Opisaną wadę można jednak usunąć, wprowadzając proponowane rozwiązanie.

Trzeba tu ponownie zastrzec, że opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie należycie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem proponowana treść Umowy pozbawia Wykonawcę prawa do żądania wynagrodzenia za należycie wykonaną część Umowy, a w rezultacie Wykonawca składając ofertę, naraża się na ryzyko świadczenia przedmiotu zamówienia przez 48 miesięcy bez prawa do wynagrodzenia.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że dodaje w Załączniku nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy §13 ust. 6 w brzmieniu: „Odstąpienie od umowy w każdym wypadku wywołuje skutek ex nunc, na przyszłość tj. wyłącznie co do niewykonanej jeszcze części umowy. W każdym przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, sporządzony zostanie protokół inwentaryzacji stanu realizacji Umowy, podpisany przez obie Strony, nie później niż 30 dni od dnia odstąpienia od Umowy. Protokół inwentaryzacji stanu realizacji Umowy musi określać zakres zrealizowanego zamówienia. Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.”

Wniosek nr 32:

Pytanie dotyczące treści § 13 ust. 3 w zw. z § 10 ust. 12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o wyjaśnienie, czy w szczególności w świetle brzmienia art. 456 ust. 2 PZP okoliczności uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie § 10 ust. 12 Umowy oraz § 13 ust. 3 Umowy to te same okoliczności. Jeśli tak, wnosi się o usunięcie § 10 ust. 12 Umowy, a pozostawienie w Umowie § 13 ust. 3 Umowy, aby została zapewniona spójność i jednoznaczność postanowień zawieranej Umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że zapisy § 13 ust. 3 oraz § 10 ust.12 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy pozostają bez zmian.

Wniosek nr 33:

Pytanie dotyczące treści § 14 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Wnosimy o dodanie do umowy klauzuli informacyjnej wykonawcy w brzmieniu:

Wykonawca informuje, że administratorem danych osobowych osób działających w imieniu Zamawiającego jest [...]. Dane przetwarzane są w celu należytego wykonania zawartej umowy. Osoba, której dane są przetwarzane ma prawo do żądania dostępu do danych osobowych, prawo do ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia ich przetwarzania, prawo do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania, prawo do przenoszenia danych, cofnięcia zgody udzielonej na przetwarzanie danych, gdy uzyskanie takiej zgody jest wymagane prawem, a także prawo wniesienia skargi do organu nadzorczego – Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, w wypadku gdy uznano, że doszło do naruszenia przepisów z zakresu ochrony danych osobowych. Zamawiający potwierdza, że zapoznał się z pozostałymi informacjami o zbieranych danych osobowych na stronie [...] oraz zapozna z tymi informacjami wskazane przez niego osoby do kontaktu w sprawach związanych z wykonaniem umowy.

Wykonawca korzysta, podobnie jak Zamawiający, ze skróconej klauzuli informacyjnej, która odsyła do pełnej treści klauzuli, udostępnionej publicznie w Internecie. Zastosowanie tego rozwiązania ułatwi Stronom wywiązanie się z obowiązków informacyjnych oraz jest zgodne z zasadami ekonomii, kiedy w zasadzie cała komunikacja stron ma się odbywać drogą elektroniczną.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na dodanie w Załączniku nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy §14 ust. 5 klauzuli informacyjnej Wykonawcy w brzmieniu:

„Wykonawca informuje, że administratorem danych osobowych osób działających w imieniu Zamawiającego jest [.....]. Dane przetwarzane są w celu należytego wykonania zawartej umowy. Osoba, której dane są przetwarzane ma prawo do żądania dostępu do danych osobowych, prawo do ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia ich przetwarzania, prawo do wniesienia

sprzeciwu wobec przetwarzania, prawo do przenoszenia danych, cofnięcia zgody udzielonej na przetwarzanie danych, gdy uzyskanie takiej zgody jest wymagane prawem, a także prawo wniesienia skargi do organu nadzorczego – Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, w wypadku gdy uznano, że doszło do naruszenia przepisów z zakresu ochrony danych osobowych. Zamawiający potwierdza, że zapoznał się z pozostałymi informacjami o zbieranych danych osobowych na stronie [.....] oraz zapozna z tymi informacjami wskazane przez niego osoby do kontaktu w sprawach związanych z wykonaniem umowy.”

Wniosek nr 34:

Pytanie dotyczące treści § 15 ust. 10 pkt 1) Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Zapis stanowi, że:

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

- 1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy”, [...]

Wnosimy o zmianę:

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

- 1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi ~~15%~~ 5 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy”, [...]

Jak wynika z § 15 ust. 10 pkt 2) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika cen producentów usług związanych z obsługą działalności gospodarczej, podwskaźnik – działalność związana z oprogramowaniem i doradztwem w zakresie informatyki oraz działalność powiązana, ustalonego w stosunku do kwartału, w którym została złożona oferta Wykonawcy;

Nawiązując do tego podwskaźnika, w oparciu o dane dostępne na stronie: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-producentow-uslug-zwiazanych-z-obsluga-dzialalnosci-gospodarczej-za-pierwszy-kwartal-2023-roku,17,13.html>, dotyczące wskaźników cen producentów usług związanych z obsługą działalności gospodarczej za pierwszy kwartał 2023 roku, można ustalić, że w 1 kwartale 2023 roku ceny producentów usług związanych z obsługą działalności gospodarczej w stosunku do poprzedniego kwartału wzrosły o 3,5%. W porównaniu do 1 kwartału 2022 roku wzrosły o 9,2%, przy czym w odniesieniu do wskazanego w Umowie podwskaźnika, wartości te są jeszcze niższe, a mianowicie ceny producentów usług związanych z obsługą działalności gospodarczej w stosunku do poprzedniego kwartału wzrosły o 3,1%, a w porównaniu do 1 kwartału 2022 roku wzrosły o 7,1%.

Powyższe dane, w tym dane archiwalne (gdzie w latach 2020 – 2021 wzrost utrzymywał się na poziomie 1 – 3,4 %), wskazują, na to, że warunki waloryzacji wynagrodzenia oferowane Wykonawcy już obecnie pozostają daleko poza jego zasięgiem, zważywszy, że Umowa jest zawierana na okres 48 miesięcy. W rezultacie postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy mają charakter pozorny, bowiem możliwość żądania zwiększenia wynagrodzenia o 5 % pojawi się dopiero być może w 3 roku świadczenia Umowy. Poza tym wymaga się wzrostu kosztów na poziomie 15 %, aby Wykonawca mógł wnieść o zwiększenie wynagrodzenia zaledwie o 5 %. Oznacza to, że Wykonawca ma finansować wykonanie Umowy co najmniej na poziomie 10 % wartości kosztów jej realizacji w najbliższych 3 – 4 latach, kosztem założonego zysku.

Natomiast przedstawiony próg wzrostu kosztów ma charakter kompromisowy i nawiązuje w dużo większym stopniu do danych historycznych, aniżeli obecne postanowienia projektu Umowy. Z tych względów Wykonawca nie widzi podstaw, aby jego propozycja nie mogła zostać uwzględniona. Jednocześnie próg ten równoważy się z proponowanym maksymalnym wzrostem wynagrodzenia, czyli o 5 % wynagrodzenia wynikającego z oferty.

Należy zarazem zastrzec, że opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem możliwość uzyskania zwiększonego wynagrodzenia ma obecnie charakter pozorny.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że modyfikuje treść § 15 ust. 10 pkt 1) ppkt. 1 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, który otrzymuje brzmienie: Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

- 1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy”, [...].

Wniosek nr 35:

Pytanie dotyczące treści § 15 ust. 10 pkt 2) ppunkt d) i f) Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Zapisy stanowią, że:

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

- 2) przy łącznym spełnieniu następujących postanowień:

[...]

d) waloryzacja będzie obliczana na podstawie średniej wskaźników określonych wg Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatni kwartał poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację, przy czym

[...]

f) waloryzacja na wniosek Wykonawcy nastąpi wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje usługi w terminach określonych w Umowie, przy czym”

[...]

Wnosimy o **zmianę**:

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

2) przy łącznym spełnieniu następujących postanowień:

[...]

d) waloryzacja będzie obliczana na podstawie ~~średniej wskaźników określonych wg~~ Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatni kwartał poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację, przy czym

[...]

f) ~~waloryzacja na wniosek Wykonawcy nastąpi wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje usługi w terminach określonych w Umowie, przy czym~~

[...]

Odnosi punktu d) Umowa jednoznacznie określa wskaźnik, który ma być przyjęty w ramach waloryzacji wynagrodzenia (patrz pkt a). Zamawiający nie ma podstaw, aby do wyliczeń przyjmować „średnią wskaźników” według wskaźnika oznaczonego w Umowie. Zresztą nawet nie wiadomo, o jaką średnią chodzi oraz za jaki okres.

Co się tyczy punktu f) Wykonawca nie widzi żadnych podstaw do tego, aby waloryzację wynagrodzenia warunkowano terminową realizacją, zresztą bliżej nie określonych usług, skoro wszak waloryzacja w szczególności zgodnie z punktem e) i g) ma dotyczyć wyłącznie usług pozostałych do wykonania, a nie usług wykonanych przed datą złożenia wniosku o waloryzację.

Warunek określony w punkcie f) winien zostać usunięty z Umowy z wyżej podanych przyczyn, jak i z uwagi na to, że nie znajduje on oparcia w treści art. 439 PZP.

Należy zarazem zastrzec, że opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem możliwość uzyskania zwiększonego wynagrodzenia może napotkać na przeszkody, które nie mają racjonalnego uzasadnienia, zważywszy na cel, który przyświecał wprowadzeniu art. 439 PZP, jak też i w treści tegoż przepisu prawa.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści § 15 ust. 10 pkt 2) ppunkt d) i f) Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.

Wniosek nr 36:

Pytanie dotyczące treści § 17 ust. 6 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

Za dni robocze Strony przyjmują dni od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.

Wnosimy o jej **usunięcie** z umowy albo **zastąpienie** regulacją o brzmieniu zgodnym z definicją dni roboczych zawartą w OPZ.

Obecna regulacja jest nie tylko zbędna, ale również sprzeczna z definicją DNI ROBOCZYCH zawartą w OPZ, która to precyzyjnie odnosi się do tejże istotnej kwestii (z odniesieniem się do właściwych przepisów prawa oraz uwzględnieniem okna czasowego godzin roboczych składających się na dzień roboczy).

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na wykreślenie § 17 ust. 6 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy oraz modyfikuje zapisy § 17 ust. 2 wskazując, że zawarte tu odesłanie do § 4 ust. 8 powinno być odesłaniem do § 5 ust. 8 oraz zawarte tu odesłanie do § 13 ust. 3 powinno być odesłaniem do § 14 ust. 3.

Wniosek nr 37:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 1 Załącznika nr 4 do Umowy – Umowa powierzenia przetwarzanych danych osobowych

Wnosimy o **usunięcie** wprowadzonej do Umowy kary umownej w brzmieniu:

Podmiot przetwarzający jest odpowiedzialny za udostępnienie lub wykorzystanie danych osobowych niezgodnie z umową, a w szczególności udostępnienie osobom trzecim. W takim przypadku Administrator jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 50 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych). Kara będzie należna Administratorowi, bez konieczności wykazywania wysokości poniesionej szkody przez Administratora.

Ewentualnie wnosimy o **zmniejszenie** wysokości tejże kary do wysokości 10 000 złotych.

W świetle tego, że odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego uregulowano kompleksowo w ramach art. 82 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 27 kwietnia 2016 r. (Dz.Urz.U.E.L Nr 119, str. 1), wprowadzanie w tym zakresie kar umownych nie jest uzasadnione, a w rezultacie nie jest też praktykowane w ramach zawieranych umów.

W każdym wypadku zastrzeżona kara pozostaje ponadto rażąco wygórowana, zważywszy tym bardziej na to, że za przetwarzanie danych osobowych Wykonawca nie otrzymuje żadnego dodatkowego wynagrodzenia (patrz § 11 tejże Umowy).

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem sankcje zastrzeżone w Umowie powierzenia danych są rażąco wygórowane w stosunku do otrzymywanego w ramach tej Umowy wynagrodzenia.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na zmniejszenie wysokości kary umownej do kwoty 10 000 złotych.

W związku z powyższym dotychczasowy **§ 10 ust. 1 Załącznika nr 4 do Umowy – Umowa powierzenia przetwarzanych danych osobowych otrzymuje brzmienie:** Podmiot przetwarzający jest odpowiedzialny za udostępnienie lub wykorzystanie danych osobowych niezgodnie z umową, a w szczególności udostępnienie osobom trzecim. W takim przypadku Administrator jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 10 000,00 zł (słownie złotych: dziesięć tysięcy złotych 00/100). Kara będzie należna Administratorowi, bez konieczności wykazywania wysokości poniesionej szkody przez Administratora.

Wniosek nr 38:

Pytanie dotyczące treści § 10 ust. 4 Załącznika nr 4 do Umowy – Umowa powierzenia przetwarzanych danych osobowych

Regulacja stanowi, że:

W przypadku nałożenia na Administratora prawomocnej kary, zgodnie z Rozporządzeniem w związku z niezgodnym z prawem przetwarzaniem danych osobowych przez Podmiot przetwarzający, Podmiot przetwarzający poniesie wobec Administratora odpowiedzialność w wysokości 100% kary nałożonej na Administratora.

Wnosimy o **usunięcie** przedmiotowej regulacji z umowy powierzenia danych.

Odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego uregulowano kompleksowo w ramach art. 82 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) z dnia 27 kwietnia 2016 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 119, str. 1), w szczególności dotyczy się to odpowiedzialności regresowej i solidarnej.

Regulacje te nie mogą być dowolnie modyfikowane, a stanowią:

3. Administrator lub podmiot przetwarzający zostają zwolnieni z odpowiedzialności wynikającej z ust. 2, jeżeli udowodnią, że w żaden sposób nie ponoszą winy za zdarzenie, które doprowadziło do powstania szkody.

[...]

5. Administrator lub podmiot przetwarzający, który zgodnie z ust. 4 zapłacił odszkodowanie za całą wyrządzoną szkodę, ma prawo żądania od pozostałych administratorów lub podmiotów przetwarzających, którzy uczestniczyli w tym samym przetwarzaniu, zwrotu części odszkodowania odpowiadającej części szkody, za którą ponoszą odpowiedzialność, zgodnie z warunkami określonymi w ust. 2.

Natomiast obecnie Wykonawcy narzuca się odpowiedzialność za kary nałożone na administratora na zasadzie ryzyka, bez jasno określonej możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności co do całości lub części zgłoszonego roszczenia, co jest nie do pogodzenia z brzmieniem cytowanych wyżej przepisów art. 82 ust. 3 i 5 RODO

Opisany stan rzeczy z założenia uniemożliwia złożenie sporządzonej oferty w niniejszym postępowaniu, bowiem regulacje umowne w znacznym stopniu w sposób nieuprawniony ograniczają ustawowe uprawnienia wykonawcy, wynikające z brzmienia art. 82 RODO.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający informuje, że wyraża zgodę na usunięcie treści § 10 ust. 2 załącznika nr 4 do Umowy – Umowa powierzenia przetwarzanych danych osobowych.

Dotychczasowy § 10 otrzymuje brzmienie:

1. Podmiot przetwarzający jest odpowiedzialny za udostępnienie lub wykorzystanie danych osobowych niezgodnie z umową, a w szczególności udostępnienie osobom trzecim. W takim przypadku Administrator jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 10 000,00 zł

(słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych). Kara będzie należna Administratorowi, bez konieczności wykazywania wysokości poniesionej szkody przez Administratora.

2. Administrator jest uprawniony do dochodzenia naprawienia szkody w wysokości przewyższającej karę umowną.

Powyższe odpowiedzi stanowią zmianę treści SWZ.

*Anna Pawłowska
Dyrektor
Biura Finansowego
/podpisano elektronicznie/*