

Warszawa, dnia, 31.12.2021 r.

**PAŃSTWOWA AGENCJA ATOMISTYKI**  
**ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa**

**Nr sprawy: 239/2021/DBO**

**WYJAŚNIENIE treści SWZ 5**

W związku z pytaniem zgłoszonym przez Uczestnika postępowania, na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), Zamawiający wyjaśnia:

**1. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 5 ust. 1 i 2 w zw. z § 10 załącznika nr 8 do SWZ – projektowane postanowienia umowy**

Wnosimy o wyjaśnienie, czy w świetle przedmiotu zamówienia usługa „gwarancji” oraz usługa „serwisu gwarancyjnego” mają być traktowane jako odrębne usługi rozliczane odrębnym wynagrodzeniem.

Jeśli tak, wnosimy o wyjaśnienie, zważywszy że „gwarancja” i „serwis gwarancyjny” są usługami świadczonymi przez ten sam okres, jakie kryteria determinują ustalenie, że dana usługa ma być realizowana w ramach „gwarancji” lub „serwisu gwarancyjnego”.

Na przykład – w ramach serwisu gwarancyjnego przewiduje się usuwanie awarii, które stanowią nieprawidłowe działanie oprogramowania użytkowego, występujących niezależnie od przyczyny nieprawidłowości, spowodowanych w szczególności występowaniem błędów, wad lub wszelkich innych nieprawidłowości w działaniu (w tym brakiem kompatybilności oprogramowania użytkowegoz platformą sprzętowo-programową lub sprzętem komputerowym Zamawiającego).

Natomiast w ramach gwarancji przewiduje się naprawę wszelkich nieprawidłowości w działaniu oprogramowania użytkowego, w szczególności:

- naprawy błędów oprogramowania użytkowego;
- usuwanie wad fizycznych oprogramowania użytkowego (zgodnie z definicją), która obejmuje m.in. niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich lub niektórych określonych w umowie lub dokumentacji oprogramowania użytkowego funkcjonalności, brak zasadniczej bezbłędności wykonywania przez oprogramowanie użytkowe jego podstawowych funkcji(...).

Nie sposób nie zauważyć, że zakres jak i okres świadczonych usług pokrywa się na wskazanych obszarach, natomiast za poszczególne usługi przysługuje zgodnie z umową odrębne wynagrodzenie.

Aby dostosować opis przedmiotu zamówienia do wymagań ustawy PZP proponuje się przyjęcie następujących założeń:

- precyzyjnego rozgraniczenia usługi gwarancji od usługi serwisu gwarancyjnego albo
- sprecyzowania w umowie, że serwis gwarancyjny jest świadczony w okresie gwarancji, a więc „gwarancja” nie jest odrębną usługą, a jest pojęciem oznaczającym oświadczenie gwarancyjne w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego (zob. art. 577 KC), a zarazem stanowi okres, w jakim świadczony będzie „serwis gwarancyjny” – w takim

wypadku zasadne byłoby wprowadzenie w projekcie umowy zmian, których dotyczy pytanie numer 2 poniżej, albo

- sprecyzowanie w umowie, że „gwarancja” zostaje udzielona na należyte wykonanie usług świadczonych w ramach umowy, a nie na oprogramowanie użytkowe (skoro jego utrzymanie w tym samym okresie i w oparciu o te same warunki będzie wykonywane w ramach serwisu gwarancyjnego).

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 ocenie Wykonawcy opis przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie nie spełnia wymagań ustawy, tak w kontekście udzielanego zamówienia, jak i określenia wynagradzania za wykonanie tego zamówienia.

Wnosimy zatem o udzielenie stosownych wyjaśnień i doprecyzowanie postanowień umowy, gdyż obecnie Wykonawca nie jest w stanie ustalić, jakie usługi świadczone są w ramach którego wynagrodzenia, np. czy usuwa błąd w ramach wynagrodzenia za Etap I (które zgodnie z § 10 ust. 11 ma uwzględniać koszty gwarancji), czy też w ramach odrębnie płatnego wynagrodzenia za świadczony serwis gwarancyjny.

#### **Odpowiedź:**

**W § 3 pkt. 15 Projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał definicję serwisu gwarancyjnego, która obejmuje wszelkie działania zapewniające prawidłowe funkcjonowanie oprogramowania użytkowego. Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego określają procedury zgłaszania i usuwania błędów oraz czasy reakcji. Jednocześnie Zamawiający informuje, że § 5 ust. 2 pkt 1 Projektowanych postanowień umowy otrzymuje następujące brzmienie: „Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oprogramowania użytkowego w okresie gwarancji:”.**

**Zamawiający informuje, iż pod pojęciem gwarancji należy rozumieć oświadczenie gwarancyjne w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego.**

#### **2. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 3 pkt 1 i 18 w zw. z § 5 ust. 1 pkt 4 oraz § 6 ust. 2 pkt 18 oraz § 6 ust. 13 załącznika nr 8 do SWZ – projektowane postanowienia umowy**

W projektowanych postanowieniach umowy wprowadzono definicję:

*wada fizyczna oprogramowania użytkowego – nieistnienie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich odebranych przez Zamawiającego modułów, niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich lub niektórych określonych w umowie lub dokumentacji oprogramowania użytkowego funkcjonalności, brak zasadniczej bezbłędności wykonywania przez oprogramowanie użytkowe jego podstawowych funkcji, niezdolność oprogramowania użytkowego do pracy w określonym przez twórcę oprogramowania użytkowego oprogramowaniu systemowym, bazodanowym lub narzędziowym lub przy określonych wymaganiach sprzętowych lub nie spełnianie przez oprogramowanie użytkowe określonego celu, jaki ma spełniać u Zamawiającego,*

Wnosimy o usunięcie przedmiotowej definicji z projektowanych postanowień umowy, a

wprowadzenie następujących, uzasadnionych niżej, zmian:

- w zakresie § 5 ust. 1 pkt 4 a)-d)

Warunki świadczenia gwarancji dla oprogramowania użytkowego: [...]

4) zakres świadczeń gwarancyjnych będzie obejmował:

- a) usuwanie awarii oprogramowania użytkowego i uruchamianie oprogramowania użytkowego po awariach, w tym naprawę błędów i usuwanie innych wad oprogramowania użytkowego,
- b) odzyskiwanie danych oraz oprogramowania użytkowego, utraconych lub uszkodzonych w wyniku błędu oprogramowania użytkowego, którego przyczyna leżała po stronie działań oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego lub narzędziowego dostarczonego lub skonfigurowanego przez Wykonawcę lub jakiegokolwiek innego komponentu oprogramowania użytkowego, które było przedmiotem usług Wykonawcy w zakresie parametryzacji i konfiguracji oprogramowania użytkowego pod warunkiem, że Zamawiający dysponuje kopią zapasową utraconych lub uszkodzonych danych,
- c) prowadzenie na bieżąco diagnostyki funkcjonowania oprogramowania użytkowego, celem identyfikacji przyczyn powstawania błędów oprogramowania użytkowego; [...].

- w zakresie § 5 ust. 2 pkt 8 – w ramach dokonanej naprawy w okresie gwarancji Zamawiający dopuszcza zaimplementowanie przez Wykonawcę nowej wersji oprogramowania użytkowego, wraz z licencją na użytkowanie, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego.
- w zakresie § 5 ust. 3 – Zamawiający może dochodzić roszczeń z tytułu gwarancji także po upływie terminu gwarancji, jeżeli zgłosił awarię, w tym wadę oprogramowania użytkowego przed upływem terminu gwarancji.
- usunięcie § 6 ust.1 pkt. 13 i implementacja tejże treści w ramach § 5 ust. 1 pkt 4, jak wyżej.

Odnośnie definicji „wada fizyczna oprogramowania użytkowego” na wstępie zauważyć należy, że przepisy prawa nie przewidują sytuacji, aby w obrocie prawnym mogły występować „wady fizyczne” oprogramowania, które z założenia stanowi wartość intelektualną, a zarazem utwór niematerialny w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych tj. z dnia 21 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062). Podsumowując – program komputerowy nie jest rzeczą. Wady fizyczne mogą w wypadku zawieranej umowy dotyczyć wyłącznie nośników danych lub dostarczanego sprzętu.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 i 2 tejże ustawy *Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).* „W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory:

1) *wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie,*

*publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe).*

Wykonawca świadomy jest tego, że mogą w okresie gwarancji pojawić się wady oprogramowania, których nie da się zakwalifikować i usunąć jako błędu zgodnie z definicją umowną. Należy jednak pamiętać, że wprowadzona do umowy definicja awarii obejmuje nie tylko nieprawidłowości spowodowane występowaniem błędów, ale i wad, a nawet wszelkich innych nieprawidłowości w działaniu oprogramowania użytkowego.

Biorąc pod uwagę taką definicję awarii nie ma sensu wprowadzanie odrębnej definicji wady, do tego fizycznej, oprogramowania użytkowego. Wszelkie wady wymienione (i nie tylko) w definicji wad fizycznych oprogramowania użytkowego mogą być usuwane w wyniku zgłoszenia awarii.

Zestawiając definicje „awarii” oraz „wady fizycznej oprogramowania użytkowego”, można ustalić, że

- *nieistnienie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich odebranych przez Zamawiającego modułów* – o ile nie zostało wykryte w toku odbioru, może być usunięte jako awaria w kategorii błąd krytyczny – patrz definicja;
- *niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich lub niektórych określonych w umowie lub dokumentacji oprogramowania użytkowego funkcjonalności* – może być usunięte jako awaria w kategorii błąd krytyczny, istotny lub zwykły – patrz definicja;
- *brak zasadniczej bezbłędności wykonywania przez oprogramowanie użytkowe jego podstawowych funkcji* – regulacja zbędna, bowiem wpisuje się w stany opisane powyżej, a zatem może być usunięte jako awaria w kategorii błąd krytyczny, istotny lub zwykły – patrz definicja;
- *niezdolność oprogramowania użytkowego do pracy w określonym przez twórcę oprogramowania użytkowego oprogramowaniu systemowym, bazodanowym lub narzędziowym lub przy określonych wymaganiach sprzętowych* – może być usunięte jako awaria w kategorii błąd krytyczny, istotny lub zwykły – patrz definicja.

Brak natomiast podstaw, aby w ramach gwarancji mogły być usuwane następujące

„nieprawidłowości”:

- *niespełnianie przez oprogramowanie użytkowe określonego celu, jaki ma spełniać Zamawiającego (...);*

bowiem okoliczności takie powinny stanowić podstawę zastrzeżeń na etapie odbioru przedmiotu umowy, skoro „cel jaki ma spełniać oprogramowanie u Zamawiającego” zamyka się w opisie przedmiotu zamówienia, a dokładnie w wymaganiach dotyczących funkcji, jakie ma spełniać oprogramowanie użytkowe zgodnie z zamówieniem.

Powyższe podkreślono, proponując zmianę w § 5 ust. 1 pkt 4 a) projektu umowy oraz poprzez propozycję zmian w § 5 ust. 2 pkt 8 i § 5 ust. 3 projektu umowy, gdzie w szczególności dodano zastrzeżenie „i usunięcie innych wad”.

Wniosek o usunięciu § 6 ust.1 pkt. 13 z projektu umowy ma natomiast uzasadnienie w tym, że usuwanie awarii, w tym błędów i wad, jest domeną serwisu gwarancyjnego i udzielonej

gwarancji, a „opieka techniczna utrzymaniowa”, choć wprost niewymieniona jako element „serwisu gwarancyjnego” oraz uregulowana w odrębnym § 7 projektowanych postanowień umowy, w rzeczywistości stanowi element szeroko rozumianego serwisu gwarancyjnego, co znajduje potwierdzenie zarówno w definicji „serwisu gwarancyjnego” i w tym, że świadczenie opieki technicznej jest w formularzu oferty traktowane jako jedno świadczenie, na tych samych warunkach oferty, w ramach tego samego wynagrodzenia.

Wreszcie należy zwrócić uwagę, że jeśli potraktować usuwanie „wad fizycznych oprogramowania użytkowego” jako świadczenie w ramach gwarancji, zastrzeżono w postępowaniu (kryterium oceny ofert), że serwis gwarancyjny ma być świadczony minimum 36 miesięcy, a zatem jest to termin założenia dłuższy aniżeli standardowa gwarancja czy rękojmia przewidziana w przepisach Kodeksu Cywilnego (24 miesiące).

Podsumowując, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla utrzymania w projekcie umowy definicji

„wady fizycznej oprogramowania użytkowego”, skoro interes Zamawiającego jest wystarczająco

zabezpieczony wymogiem usuwania „awarii” w okresie gwarancji i to przez okres z założenia dłuższy, aniżeli przewidują to przepisy prawa.

Dodatkowo **wnosi się o wyjaśnienie** definicji „awarii” – jakie okoliczności należy traktować jako „inne nieprawidłowości w działaniu oprogramowania użytkowego”, jeśli wykluczyć z tego pojęcia mogące wystąpić „błędy”, „wady” i „wady fizyczne oprogramowania użytkowego”?

Z powodu braku logicznego rozróżnienia tychże pojęć sugerujemy usunąć pojęcie „nieprawidłowości” z umowy, a pozostanie przy pojęciu zdefiniowanego „błędu” oraz pojęciu „wady”, które jest zdefiniowane przepisami prawa (Kodeks Cywilny oraz ustawa o prawie autorskim oraz prawach pokrewnych), **w związku z czym wnosi się o zmianę definicji „awarii”, która otrzymałaby następujące brzmienie:**

*awaria – działanie oprogramowania użytkowego niezgodne z dostarczoną dokumentacją stanowiące błąd krytyczny, błąd istotny, błąd zwykły w działaniu oprogramowania użytkowego, albo inną wadę oprogramowania użytkowego.*

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.*

#### **Odpowiedź:**

**Zamawiający dokonuje zmiany definicji „wady fizycznej oprogramowania użytkowego” w następujący sposób:**

**„wada oprogramowania użytkowego - nieistnienie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich odebranych przez Zamawiającego modułów, niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie w oprogramowaniu użytkowym wszystkich lub niektórych określonych w umowie lub dokumentacji oprogramowania użytkowego funkcjonalności, niezdolność oprogramowania użytkowego do pracy w określonym przez twórcę oprogramowania użytkowego oprogramowaniu systemowym, bazodanowym lub narzędziowym lub przy określonych wymaganiach sprzętowych lub nie spełnianie przez oprogramowanie użytkowe określonego celu, jaki ma spełniać u Zamawiającego.”**

Zamawiający informuje, iż dokonuje zmiany treści w § 5 ust. 1 pkt. 4 *Projektowanych postanowień umowy* w sposób następujący:

„1) lit. a) otrzymuje następujące brzmienie: „usuwanie awarii oprogramowania użytkowego i uruchamianie oprogramowania użytkowego po awariach, w tym naprawę błędów i usuwanie innych wad oprogramowania użytkowego”,

2) lit. b) bez zmian,

3) lit. c) bez zmian,

4) lit d) usuwanie wad oprogramowania użytkowego.”

Zamawiający dokonuje zmiany treści § 5 ust. 2 pkt. 8 *Projektowanych postanowień umowy* w sposób następujący:

„W przypadku ujawnienia się w okresie gwarancji wad oprogramowania użytkowego lub w ramach dokonanej naprawy w okresie gwarancji Zamawiający dopuszcza zaimplementowanie przez Wykonawcę nowej wersji oprogramowania użytkowego, wraz z licencją na użytkowanie, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego”.

Zamawiający informuje, że dokonuje zmian w zapisie § 5 ust. 3 w sposób następujący:

„Zamawiający może dochodzić roszczeń z tytułu gwarancji także po upływie terminu gwarancji, jeżeli zgłosił awarię, w tym wadę oprogramowania użytkowego przed upływem terminu gwarancji.”

Zamawiający usuwa zapis § 6 ust.1 pkt. 13.

Zamawiający nie dokona innych zmian w treści *Projektowanych postanowień umowy*, poza wyżej wskazanymi.

W trakcie eksploatacji oprogramowania użytkowego mogą pojawić się wady i inne nieprawidłowości, które mogą nie zostać ujawnione w ramach procedury odbioru. Wszelkiego rodzaju aktualizacje oprogramowania użytkowego mogą prowadzić do występowania błędów, wad i innych nieprawidłowości. Nie występuje możliwość zdefiniowania wszystkich przypadków wystąpienia błędów, wad i innych nieprawidłowości.

Z uwagi na fakt, iż oprogramowanie nie jest rzeczą, jedynym skutecznym narzędziem prawnym zobowiązującym producenta licencjonowanego oprogramowania użytkowego do usunięcia wad jest udzielona gwarancja. Licencja jest umową, dlatego podstawą żądania usunięcia wady są przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące odpowiedzialności kontraktowej. Zgodnie z tymi przepisami licencjodawca jest odpowiedzialny za szkodę, która powstała w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

### **3. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 7 ust. 1 pkt 9) załącznika nr 8 do SWZ –projektowane postanowienia umowy**

Przedmiotowa regulacja stanowi, że:

*Wykonawca zrealizuje usługi wchodzące w zakres dedykowanej asysty technicznej po otrzymaniu od Zamawiającego akceptacji propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej. Nieprzedstawienie propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej w terminie 5 dni roboczych będzie traktowane jako zgoda Wykonawcy na warunki zawarte we wniosku o realizację usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej i możliwość realizacji tych usług.*

Wykonawca wnosi o usunięcie zdania drugiego z powyższej regulacji lub wnosi o wprowadzenie proponowanej niżej zmiany:

~~*Wykonawca zrealizuje usługi wchodzące w zakres dedykowanej asysty technicznej po otrzymaniu od Zamawiającego akceptacji propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej. Brak akceptacji propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej przez Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od przedstawienia propozycji realizacji usług będzie traktowane jako zgoda Zamawiającego na*~~

~~warunki zawarte w propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej.~~

W ocenie Wykonawcy to nie fakt „nieprzedstawienia” propozycji, a akceptacja tej propozycji powinna prowadzić do rozpoczęcia realizacji usług. Równie dobrze można by przyjąć, że Wykonawca ma obowiązek realizować zlecenie w oparciu o samo zapytanie ofertowe, w sytuacji gdy nie złożył oferty do akceptacji oblata (Zamawiającego). Proponujemy dokonać zmiany, polegającej na tym, że Zlecenia będą realizowane po akceptacji propozycji, a tak naprawdę oferty Wykonawcy w przedmiocie wykonania zlecanych usług.

#### **Odpowiedź:**

**Zamawiający dokona zmiany treści § 7 ust. 1 pkt. 9 *Projektowanych postanowień umowy* w następujący sposób:**

**„Wykonawca zrealizuje usługi wchodzące w zakres dedykowanej asysty technicznej po otrzymaniu od Zamawiającego akceptacji propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej”.**

#### **4. *Pytanie dotyczące treści postanowienia § 12 ust. 8 załącznika nr 8 do SWZ –projektowane postanowienia umowy***

Regulacja stanowi, że:

*W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania, któregośkolwiek zadania określonego w § 6 ust. 1 Umowy w terminie wskazanym przez Zamawiającego, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 3000 (słownie: trzy tysiące) złotych brutto za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania tego zadania.*

W tym wypadku chodzi o takie zadania, jak:

- 6) bieżące dostosowywanie techniczne oprogramowania użytkowego w celu utrzymania kompatybilności oprogramowania użytkowego z najnowszymi wersjami bazy danych, najnowszymi systemami operacyjnymi zarówno w warstwie serwera, jak też w warstwie urządzeń klienckich, maksymalnego wykorzystania możliwości oprogramowania systemowego, bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego*
- 7) udzielanie pomocy i wskazówek w zakresie optymalnego wykorzystania oprogramowania użytkowego, a także diagnozowania nieprawidłowości w działaniu oprogramowania użytkowego;*
- 8) prowadzenie comiesięcznej analizy działania oprogramowania użytkowego w zakresie jego poprawności, niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa przetwarzania, w tym w szczególności w zakresie przyrostu danych, dostępności pamięci dyskowej i operacyjnej oraz innych zasobów systemowych, poprawności realizacji procedur backupowych i odtworzeniowych, oraz formułowanie w tym zakresie stosownych zaleceń w formie pisemnej;*
- 9) informowanie Zamawiającego w formie pisemnej o propozycjach mających na celu zwiększenie niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa oprogramowania użytkowego;*
- 10) wspomaganie Zamawiającego w działaniach mających na celu zwiększenie niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa oprogramowania użytkowego;*

- 11) okresowe testowanie zasobów danych oprogramowania użytkowego oraz analizowaniei usuwanie przyczyn ewentualnych niezgodności, nie rzadziej niż raz w miesiącu;
- 12) informowanie Zamawiającego o wynikach testów w przypadku wystąpienia błędów;
- 14) pomoc w likwidowaniu skutków awarii i uszkodzeń danych spowodowanych uszkodzeniami: a) sprzętu komputerowego,
  - i. systemów operacyjnych,
  - ii. sieci strukturalnej LAN,
  - iii. błędami aplikacji;
- 17) wyjaśnianie dostrzeżonych i zasygnalizowanych nieprawidłowości w pracy i obsłudzeoprogramowania użytkowego; (...).

Mając na uwadze dość ogólny charakter przedmiotowych zadań, **wnosimy o wprowadzenie następującego zapisu do projektu umowy:**

*Zamawiający naliczy kary, o których mowa w § 12 ust. 8, po uprzednim pisemnym wezwaniu do usunięcia naruszeń i bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu do ich usunięcia. Wezwanie powinno być podpisane przez osobę upoważnioną przez Zamawiającego, wysłane na adres siedziby Wykonawcy podany w umowie. W takim przypadku kara umowna będzie liczona od dnia następnego po terminie wyznaczonym umownie do usunięcia naruszeń.*

Zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 431 PZP Zamawiający i Wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać podczas wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Mając na względzie dość ogólny charakter zobowiązań określonych w § 6 ust. 1, często bez sprecyzowanego terminu na ich wykonanie, proponuje się zapewnić należyte współdziałanie stron poprzez uprzednie wezwanie Wykonawcy do wykonania zobowiązania, zanim naliczona zostanie karaumowna, o której mowa w § 12 ust. 8 umowy.

Wnosimy zarazem o zmniejszenie wysokości tejże kary umownej z 3000 złotych do kwoty 2000 złotych. W ocenie Wykonawcy obecna kara jest rażąco wygórowana. Zwraca się uwagę, że karę w wysokości 2000 złotych przewidziano w wypadkach, o których mowa w § 12 ust. 5, a także w wypadku kary przewidzianej w umowie dotyczącej powierzenia danych osobowych. Wysokość kar w podobnych, a często nawet mniej istotnych wypadkach naruszenia umowy, winna zostać zatem ujednolicona. W przeciwnym wypadku kara umowna w wysokości 3 000 złotych może być uznana za karę rażąco wygórowaną (art. 484 § 2 KC).

#### **Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, że dokona zmiany zapisów w następujący sposób:**  
**„Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 2000 (słownie: dwa tysiące złotych) w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania, któregośkolwiek zadania określonego w § 6 ust. 1 *Projektowanych postanowień umowy*, po uprzednim pisemnym wezwaniu do usunięcia naruszeń i bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu do ich**



usunięcia. Wezwanie powinno być podpisane przez osobę upoważnioną przez Zamawiającego, wysłane na adres siedziby Wykonawcy lub skrytkę ePuap Wykonawcy wskazane w umowie. W takim przypadku kara umowna będzie liczona od dnia następnego po terminie wyznaczonym w umowie do usunięcia naruszeń.”

#### **5. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 15 ust. 10 załącznika nr 8 do SWZ –projektowane postanowienia umowy**

Przedmiotowa regulacja stanowi:

*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 wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni kalendarzowych. W takim przypadku czas wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 2 lata, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.*

Wnosi się o zmianę postanowienia w następujący sposób:

*Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający narusza prawa autorskie przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni kalendarzowych. W takim wypadku Wykonawca może wypowiedzieć udzieloną licencję niezwłocznie po bezskutecznym upływie terminu określonego w wezwaniu. ~~W takim przypadku czas wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 2 lata, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego~~*

Wykonawca może się zgodzić na ograniczenie prawa do wypowiedzenia jedynie w wypadkach, gdy nie jest ono związane z naruszeniem jego prawa przez Zamawiającego.

Obecnie bez uzasadnienia ogranicza się prawo do wypowiedzenia licencji w rozsądnym czasie, gdy Zamawiający narusza prawa Wykonawcy i pomimo wezwania naruszenia takiego nie usunie. Trudno zgodzić się na sytuację, gdy prawa autorskie Wykonawcy są naruszane, a Wykonawca nie będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji przez okres kolejnych 2 lat występujących naruszeń.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż § 15 ust. 10 *Projektowanych postanowień umowy* otrzymuje następujące brzmienie:

**„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 tego naruszenia, mimo 3-krotnego wezwania Wykonawcy i wyznaczenia Zamawiającemu przy każdym wezwaniu, odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni kalendarzowych do zaniechania naruszenia. W takim przypadku czas wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 6 miesięcy, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający zachowuje prawo do korzystania z danych przez interfejsy oprogramowania użytkowego, w tym ich kopiowania, modyfikacji i migrowania danych.”**

**6. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 16 załącznika nr 8 do SWZ – projektowanepostanowienia umowy**

Wnosimy o dodanie § 16 ust. 8 w projektowanej umowie, o następującej treści:

*Postanowienia § 16 Umowy nie dotyczą warunków licencji na oprogramowanie bazodanowe, aplikacyjne i narzędziowe autorstwa osób trzecich, dostarczone przez Wykonawcę w ramach Umowy, wobec którego zastosowanie znajdują warunki licencji określone przez producenta danego programowania, dostarczone wraz z tym oprogramowaniem.*

O ile Wykonawca może udzielić licencji na warunkach określonych w § 16 umowy na oprogramowanie, do którego posiada prawa autorskie, to w sytuacji gdy Wykonawca nie jest autorem oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego oraz nie nabył majątkowych praw autorskich do danego oprogramowania, nie ma wpływu na warunki licencjonowania oprogramowania autorstwa osób trzecich, a w rezultacie nie jest w stanie zapewnić Zamawiającemu warunków licencji na korzystanie z tego oprogramowania w takim zakresie, w jakim określa to projektowana umowa. W takim wypadku zastosowanie mogą znaleźć wyłącznie warunki licencji określone przez producenta danego oprogramowania.

Należy także pamiętać, że warunki licencji na takie oprogramowanie mogą ulec zmianie już w okresie obowiązywania umowy, na co Wykonawca nie ma żadnego wpływu i czemu nie jest w stanie zapobiec. Nie można oczekiwać, że tego rodzaju koszt, niemożliwy do zidentyfikowania na dzień składania oferty, winien być uwzględniony w cenie ofertowej.

Zdaniem Wykonawcy odmowa wprowadzenia powyższej regulacji może prowadzić do naruszenia zasady wynikającej z art. 16 PZP, zgodnie z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.* Utrudnia się bowiem w sposób nieuzasadniony realizację prawa Wykonawcy do uzyskania i wykonania udzielonego zamówienia, wprowadzając do umowy warunki, które nie mają uzasadnienia z uwagi na przedmiot udzielanego zamówienia.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. Obowiązkiem Wykonawcy jest dokonanie przed dostarczeniem oprogramowania użytkowego stosownych analiz i rozeznania w zakresie polityki licencyjnej producentów oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego w zakresie sprzedaży, dystrybucji, eksploatacji i utrzymania tegoż oprogramowania. Obie Strony umowy ponoszą ryzyka i muszą je zidentyfikować, jak również oszacować skutki ich wystąpienia w przyszłości. Zamawiający zwraca uwagę, iż to Wykonawca decyduje, czyjego autorstwa będzie wykorzystywał realizując przedmiot zamówienia (umowy).**

### **7. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 20 ust. 3 załącznika nr 8 do SWZ –projektowane postanowienia umowy**

Zwraca się uwagę, że poza wypadkami zmiany wynagrodzenia wymienionymi w § 10 ust. 14 – 16 projektowane postanowienia umowy nie przewidują warunków zmiany umowy w kontekście wymagań art. 455 ust. 1 PZP. Sytuacja taka może mieć istotny wpływ na możliwość wykonania umowy.

Wnosi się zatem o rozważenie dopuszczalności zmiany umowy przynajmniej w następujących wypadkach:

*Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień Umowy w przypadkach gdy:*

- 1) nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu Umowy, chyba że zmiana taka znana była w chwili składania oferty;*
- 2) niezbędna jest zmiana sposobu wykonania zobowiązania, z wyjątkiem sytuacji, gdy zmiana ta ingeruje w treść oferty lub jest istotna, lub o ile zmiana taka jest konieczna w celu prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy;*
- 3) niezbędna jest zmiana terminu realizacji Umowy w przypadku zaistnienia okoliczności lub zdarzeń uniemożliwiających realizację Umowy w wyznaczonym terminie, na które Strony nie miały wpływu.*

W opisanych wypadkach zmiana będzie dopuszczalna umową, o ile spełniać ona będzie warunki określone w art. 455 PZP, a w szczególności nie będzie modyfikować ogólnego charakteru umowy. Do decyzji Zamawiającego pozostawia się określenie w umowie warunków wprowadzania takich zmian.

#### **Odpowiedź:**

**Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. Zaproponowane przez Wykonawcę zapisy są sprzeczne z treścią art. 454 oraz art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaproponowane zapisy wprowadzają warunki, które gdyby zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia, to mogłyby wziąć udział w postępowaniu szersze grono wykonawców; mogą prowadzić do naruszenia równowagi ekonomicznej stron umowy na korzyść Wykonawcy; mogłyby doprowadzić do znacznego rozszerzenia lub zmniejszenia zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy. Zamawiający zwraca uwagę, iż sposób postępowania we wskazanych przez Wykonawcę przypadkach został szczegółowo uregulowany w *Opisie przedmiotu zamówienia oraz Projektowanych postanowieniach umowy.***

### **8. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 2 załącznika nr 5 do załącznika nr 8 do SWZ**

Zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający zweryfikował zakres przetwarzania danych określony w § 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych pod kątem tego, czy uwzględniono pełny zakres danych, które mają zostać poddane migracji w ramach umowy.

Jak wynika z zastrzeżenia zawartego na stronie 33 SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia – Wymagania Niefunkcjonalne – Migracja danych do ZSI, Zamawiający deklaruje, że: *Zamawiający*

*nie dysponuje dokumentacją techniczną opisującą struktury danych aktualnie użytkowanych systemów podlegających migracji.*

Budzi to uzasadnione wątpliwości, czy zakres wskazany w § 2 wymienionego załącznika do projektowanych postanowień umowy określa wszystkie dane osobowe powierzone Wykonawcy w ramach zawartej umowy, w związku z czym oczekuje się w tym względzie stosownej deklaracji.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie dysponuje dokumentacją techniczną aktualnie użytkowanych systemów podlegających migracji, z uwagi na fakt, iż nie posiada kodów źródłowych i praw autorskich do wskazanych systemów. Zamawiający posiada wiedzę w zakresie rodzajów przetwarzanych danych osobowych w eksploatowanych systemach, z uwagi na fakt, iż w sposób ciągły dokonuje w użytkowanych systemach stosownych operacji.**

**9. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 6 ust. 3 załącznika nr 5 do załącznika nr 8 doSWZ**

Przedmiotowa regulacja stanowi:

*Podmiot przetwarzający zapłaci Administratorowi danych karę umowną w wysokości 2000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100) brutto za każdy stwierdzony przypadek naruszenia przez Podmiot przetwarzający zobowiązań określonych w niniejszej umowie, chyba, że Podmiot przetwarzający udowodni, że w żaden sposób nie ponosi winy za zdarzenie, które doprowadziło do naruszenia zobowiązań określonych w niniejszej umowie. Nie wyłącza to prawa Administratora danych do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.*

*Wykonawca wnosi o usunięcie przedmiotowego zapisu z projektowanej umowy lub wprowadzenie następującej zmiany:*

*W przypadku naruszenia postanowień niniejszej umowy lub obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa z winy Podmiotu przetwarzającego, w następstwie czego Administrator danych zostanie zobowiązany do wypłaty odszkodowania lub zostanie ukarany karą grzywny, Podmiot przetwarzający zobowiązuje się do zapłaty Administratorowi poniesionej przez niego szkody na zasadach określonych w art. 82 ust. 4 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 zakresie, w jakim ponosi odpowiedzialność za stwierdzone naruszenie.*

Odpowiedzialność za naruszenie przepisów dotyczących ochrony danych osobowych została kompleksowo uregulowana w 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), dalej „RODO”.

W szczególności, zgodnie z art. 82 ust. 2 RODO: *Każdy administrator uczestniczący w przetwarzaniu odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem naruszającym niniejsze rozporządzenie. Podmiot przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem wyłącznie, gdy nie dopełnił obowiązków, które niniejsze rozporządzenie nakłada bezpośrednio na podmioty przetwarzające, lub gdy działał poza zgodnymi z prawem poleceniami administratora lub wbrew takim poleceniom.*

W art. 82 ust. 3 RODO wprowadza się przesłankę egzoneracyjną, która stanowi, że: *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.*

Natomiast w art. 82 ust. 5 RODO ustala się odpowiedzialność regresową podmiotu przetwarzającego, gdzie stanowi się, że: *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.*

Wprowadzona kara umowna natomiast nie uwzględnia w sposób należyty powyższych regulacji. Obecnie z proponowanych zapisów wynika, że Wykonawca ma płacić karę za naruszenie w stałej wysokości, bez względu na stopień przyczynienia się Zamawiającego do powstania naruszenia.

Podkreślić należy, że cytowane wyżej regulacje prawne mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Zatem skoro zgodnie z cytowanym art. 82 ust.2 RODO podmiot przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem, wyłącznie gdy nie dopełnił obowiązków, które niniejsze rozporządzenie nakłada bezpośrednio na podmioty przetwarzające, lub gdy działał poza zgodnymi z prawem poleceniami administratora lub wbrew takim poleceniom, odpowiedzialność tego podmiotu winna ograniczać się do przedmiotowych wypadków, zawsze jednak z uwzględnieniem art. 82 ust. 3 RODO. Wprowadzenie kary umownej do projektowanych postanowień umowy nie zapewnia spełnienia tego ustawowego wymogu pociągnięcia podmiotu przetwarzającego do odpowiedzialności, a w rezultacie obecna projektowana regulacja nie jest zgodna z zasadami odpowiedzialności Wykonawcy określonymi w art. 82 RODO.

#### **Odpowiedź:**

**Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę ww. postanowienia w projekcie umowy. Należy wskazać, że Podmiot przetwarzający będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej jedynie w przypadku, gdy stwierdzone naruszenie będzie wynikało z winy Podmiotu przetwarzającego. Zawinione naruszenie postanowień umowy przez Podmiot przetwarzający należy uznać za działanie sprzeczne z poleceniami administratora lub wbrew takim poleceniom. Podmiot przetwarzający nie będzie ponosił odpowiedzialności jeżeli udowodni, że w żaden sposób nie ponosi winy za zdarzenie, które doprowadziło do naruszenia zobowiązań określonych**

w umowie. Jednocześnie należy wskazać, że projektowane postanowienie w żadnym stopniu nie wyłącza zastosowania art. 82 RODO.

**ZATWIERDZAM:**

*Podpisano elektronicznie*

**Piotr KORZECKI**  
**Dyrektor Departamentu Prawnego**  
**wz. Dyrektor Generalny**  
**Państwowej Agencji Atomistyki**