

Warszawa, dniu, 23.12.2021 r.

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

Nr sprawy: 239/2021/DBO

WYJAŚNIENIE treści SWZ 4

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:

Pytanie 1.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §4 ust. 1 pkt 1) i 2) o treści:
Strony zgodnie ustalają, że Wykonawca wykona przedmiot Umowy, o którym mowa w § 2 Umowy, w terminie:

- 1) Etap1-.....dni kalendarzowych (termin zostanie wskazany przez Wykonawcę w Formularzu oferty; minimalny termin 150 dni, maksymalny termin 180 dni); termin będzie liczony od dnia zawarcia umowy,
- 2) Etap 2 – miesięcy; okres gwarancji będzie liczony od dnia podpisania protokołu odbioru Etapu 1 przez Strony Umowy bez zastrzeżeń (termin wynikający z okresu gwarancji wskazanego w Formularzu oferty; minimalny okres gwarancji 36 miesięcy, maksymalny okres gwarancji 48 miesięcy). Terminy realizacji poszczególnych usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 lit. c) będą określane zgodnie z warunkami określonymi w § 7 Umowy.

Pytania:

1. Wykonawca wnosi o zmianę maksymalnych terminów wykonania etapu I wskazując, że wdrożenie systemów o takiej skali złożoności i liczby funkcjonalności oraz przeszkolenie pracowników nie jest możliwe w zakreślonych w umowie jako maksymalne ramach czasowych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę i nie zmieni Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych, ustawa budżetowa jest uchwalana na okres roku budżetowego. Rokiem budżetowym jest rok kalendarzowy. Zatem przyznane na realizację przedmiotowego zadania środki finansowe muszą zostać wykorzystane w roku, w którym zostały przyznane. Dlatego nie ma możliwości wydłużenie terminu wykonania Etapu I zaproponowanego przez potencjalnego Wykonawcę. Wydłużenie terminu mogłoby rodzić zagrożenie niezrealizowania w terminie wdrożenia oprogramowania użytkowego, a co za tym idzie niewydatkowaniem środków finansowych przyznanych na dany rok budżetowy.

Wdrożenie oprogramowania użytkowego objętego przedmiotem zamówienia w określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia terminie związane jest z alokacją i zaangażowaniem odpowiednich zasobów ludzkich ze strony Wykonawcy.

2. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że po zgłoszeniu gotowości do odbioru, Wykonawca będzie miał dostęp do Systemu. W przypadku stwierdzenia w okresie odbioru, w terminie 14 dni przewidzianych na odbiór jakichkolwiek braków lub wad systemu, Wykonawca będzie miał możliwość bieżącej naprawy.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że po zgłoszeniu gotowości do odbioru, Wykonawca będzie miał dostęp do oprogramowania użytkowego.

3. Wykonawca wnosi o wskazanie, w jakim czasie Zamawiający zamierza przystąpić do produkcyjnego wykorzystania systemu – przystąpienia do wykorzystania systemu w toku bieżącej pracy operacyjnej organizacji. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że start produkcyjny, a tym samym opieka gwarancyjna związana z produkcyjnym wykorzystaniem systemu nastąpi po podpisaniu protokołu odbioru Etapu 1.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, iż start produkcyjny, a tym samym opieka gwarancyjna związana z produkcyjnym wykorzystaniem oprogramowania użytkowego nastąpi po podpisaniu protokołu odbioru Etapu 1 bez uwag.

4. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że prace zostaną uznane za wykonane w terminie określonym w §4 ust. 1 pkt 1) i 2) o ile w tym terminie wykonawca zgłosi prace do odbioru i prace te ostatecznie zostaną odebrane, nawet jeśli samo podpisanie protokołu odbioru nastąpi po tym terminie. Wykonawca wskazuje, że nie ma wpływu na czas trwania prac odbiorowych, ponieważ czynności te w całości leżą po stronie zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, iż prace zostaną uznane za wykonane w terminie określonym w §4 ust. 1 pkt 1) i 2), o ile w tym terminie Wykonawca zgłosi prace do odbioru i prace te ostatecznie zostaną odebrane, w terminie nie dłuższym niż 50 dni kalendarzowych od daty pierwszego przekazania przez Wykonawcę Etapu I do odbioru (§4 ust. 8 *Projektowanych Postanowień Umowy*). Zgodnie z treścią §4 ust. 10 *Projektowanych Postanowień Umowy*: „*Etap 1 uznaje się za wykonany w dacie podpisania przez Zamawiającego bez uwag protokołu odbioru tego Etapu.*”, co oznacza, że samo podpisanie protokołu odbioru nastąpi po terminie wykonania Etapu I przedmiotu umowy, określonego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Jednocześnie wykonawca wnosi o potwierdzenie, że podstawą odmowy odbioru może być tylko wystąpienie błędu istotnego w rozumieniu umowy, z zastrzeżeniem że w błędy niższej kategorii wskazane w protokole wykonawca zobowiązany jest usunąć w terminie ustalonym w protokole przy czym nie wstrzymuje to samego odbioru.

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza, iż podstawą odmowy odbioru będzie tylko wystąpienie błędu istotnego.

Zamawiający informuje, że warunki odbioru zostały określone w § 4 ust. 3-12 Załącznika nr 8 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – *Projektowane postanowienia umowy*.

6. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że pozytywny wynik testu będzie oznaczał brak przeszkód dla dokonania odbioru.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że w terminie do 14 dni roboczych od dnia zgłoszenia poszczególnych zadań Etapu I do odbioru, dokona odbioru Etapu I i podpisze protokół odbioru tego Etapu lub zgłosi zastrzeżenia do odbioru Etapu I (§4 ust. 4 i ust. 5 *Projektowanych Postanowień Umowy*).

7. Wykonawca prosi o potwierdzenie, że odbiór uważa się za dokonany jeśli Zamawiający przystąpił do produkcyjnego wykorzystania systemu, albowiem jeśli Zamawiający korzysta z systemu w bieżącej pracy jednostki oznacza to, że brak jest wad uniemożliwiających jego wykorzystania.

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza stwierdzenia Wykonawcy. Zgodnie z §4 ust. 10 *Projektowanych postanowień umowy* Etap I uznaje się za wykonany w dacie podpisania przez Zamawiającego bez uwag protokołu odbioru. Zamawiający przystąpi do produkcyjnego wykorzystania oprogramowania użytkowego po podpisaniu protokołu odbioru bez uwag.

Pytanie 2.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §4 ust. 6 o treści:

Zamawiający zobowiązuje się dokonać odbioru Etapu 1 oraz każdej z usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 lit. c), w terminie do 14 dni roboczych od dnia przekazania przez Wykonawcę poszczególnych zadań z Etapu 1 lub usługi wchodzącej w zakres dedykowanej asysty technicznej. Odbiorów będą dokonywać upoważnieni pracownicy Zamawiającego i Wykonawcy.

Pytania:

1. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że brak zgłoszenia zastrzeżeń w terminie wskazanym w przepisie uważa się za odbiór dokonany bez zastrzeżeń.
2. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że czas odbioru nie zależnie od okresu jego trwania nie jest wliczany w poczet opóźnienia leżącego po stronie wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że brak zgłoszenia zastrzeżeń w terminie określonym w §4 ust. 4 Projektowanych postanowień umowy, będzie oznaczał dokonanie odbioru bez zastrzeżeń w terminie wskazanym w umowie.

Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią §4 ust. 9 *Projektowanych postanowień umowy*:

„W przypadku nie podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru ani nie zgłoszenia zastrzeżeń w terminie określonym w ust. 4, Zamawiający upoważnia Wykonawcę do jednostronnego podpisania protokołu odbioru, który otrzymuje moc protokołu odbioru podpisanego przez obydwie Strony”.

Zamawiający informuje, iż uregulowania dotyczące procedury odbioru (w tym terminy zgłaszania nieprawidłowości i ich usuwania) zostały określone w § 4 ust. 3-12 Załącznika nr 8 do Specyfikacji Warunków Zamówienia - *Projektowane postanowienia umowy*. Z treści uregulowań dotyczących procedury odbioru wynika, iż czas trwania odbioru nie będzie wliczany w poczet opóźnienia leżącego po stronie Wykonawcy, jeżeli terminy określone w umowie będą respektowane.

Pytanie 3.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §4 ust. 6 o treści:

W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń do wykonania Etapu 1 lub którejkolwiek z usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 lit. c), Wykonawca usunie zgłoszone przez Zamawiającego nieprawidłowości i przekaże Etap 1 lub usługę wchodzącą w zakres dedykowanej asysty technicznej do odbioru w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie dłuższym jednak niż 14 dni roboczych i nie krótszym niż 7 dni roboczych.

Pytania:

1. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że w przypadku usunięcia zgłoszonych przez Zamawiającego nieprawidłowości w wyznaczonym terminie prace będą uważane za wykonane w dacie pierwotnego zgłoszenia.
2. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że przez nieprawidłowości rozumie się wyłącznie niezgodność między wykonanymi pracami, a treścią postanowień umowy i wymaganiami zawartymi w umowie. Wykonawca wskazuje, że jakakolwiek odmienna interpretacja tego pojęcia na gruncie przepisu mogłaby prowadzić do rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy, w trybie nieprzewidzianym w ustawie.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w przypadku usunięcia nieprawidłowości zgłoszonych przez Zamawiającego w terminach określonych w umowie, prace będą uważane za wykonane zgodnie z umową.

Zamawiający potwierdza, że przez nieprawidłowości rozumie się niezgodność między wykonanymi pracami, a treścią postanowień umowy lub wymaganiami zawartymi w umowie.

3. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że po zgłoszeniu uwag przedmiotem dalszej weryfikacji w ramach odbioru jest ich usunięcie, natomiast po usunięciu nieprawidłowości, Zamawiający nie może zgłaszać uwag uprzednio nie zgłoszonych – przeciwne podejście do odbiorów

powoduje tzw. kaskadowe zgłaszanie uwag, co wydłuża procedurę odbioru z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza interpretacji Wykonawcy, z uwagi na to iż mogą wystąpić przypadki, w których usunięcie przez Wykonawcę zgłoszonych przez Zamawiającego nieprawidłowości może spowodować wystąpienie nieprawidłowości w innym obszarze działania oprogramowania użytkowego, w którym to obszarze oprogramowanie użytkowe działało pierwotnie bez zastrzeżeń.

Pytanie 4.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnośnie §4 ust. 10 o treści:

Etap 1 uznaje się za wykonany w dacie podpisania przez Zamawiającego bez uwag protokołu odbioru tego Etapu.

Pytanie:

Wykonawca wnosi o usunięcie przepisu. Przepis wprowadza regulacja nakazującą postrzegania stanu prawnego w sposób odmienny od stanu rzeczywistego – Wykonawca po zgłoszeniu prac do odbioru nie wykonuje prac i oczekuje na wynik weryfikacji po stronie Zamawiającego. Wykonawca nie ma wpływu na czas trwania tej weryfikacji, Okres weryfikacji nie jest czasem efektywnej pracy po stronie Wykonawcy – realizacji prac, w związku z tym nie powinien być wliczany w poczet ewentualnego opóźnienia, a za dzień wykonania prac powinien być uznany dzień zgłoszenia prac do odbioru, albowiem to w tej dacie faktycznie prace zostały wykonane i zakończone.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie usunie w/w zapisu w § 4 ust. 10 – załącznik nr 8 *Projektowane postanowienia umowy*. Zamawiający wskazuje, że w § 4 *Projektowanych postanowień umowy* zawiera opis i terminy całej procedury odbioru, w szczególności Etapu I. Zatem terminy tam przewidziane dotyczą zarówno Wykonawcy, jak i Zamawiającego i z tytułu zwłoki Zamawiającego w przewidzianych dla niego terminach, Wykonawca nie będzie ponosił ujemnych skutków. Ewentualne konsekwencje dla Wykonawcy mogą się pojawić dopiero po przekroczeniu maksymalnego terminu odbioru Etapu I, wskazanego w ust. 8 (50 dni kalendarzowych od daty pierwszego przekazania przez Wykonawcę Etapu I do odbioru). Dodatkowo, zgodnie z ust. 9 komentowanego postanowienia w przypadku nie podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru ani nie zgłoszenia zastrzeżeń w terminie określonym w ust. 4, Zamawiający upoważnia Wykonawcę do jednostronnego podpisania protokołu odbioru, który otrzymuje moc protokołu odbioru podpisanego przez obydwie Strony/

Pytanie 5.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnośnie §4 ust. 13 o treści:

Strony mogą w drodze pisemnego porozumienia dokonać zmiany uzgodnionego szczegółowego Harmonogramu realizacji Umowy w zakresie realizacji zadań w poszczególnych etapach umowy. Zmiana taka nie wymaga aneksu do Umowy.

Pytanie:

Wykonawca prosi o wyjaśnienie czy zmiany dokonane w tym terminie, mogą prowadzić do wydłużenia terminów realizacji Etapów (w szczególności Etapu I) określonego w §4 ust. 1 pkt 1).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zmiany w uzgodnionym, szczegółowym *Harmonogramie realizacji Umowy* nie mogą prowadzić do wydłużenia terminów realizacji Etapów (w szczególności Etapu I, określonego w § 4 ust. 1 pkt 1).

Pytanie 6.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnośnie §5 ust. 2 pkt 1 i) o treści:

jeżeli w trakcie realizacji działań serwisowych okaże się, że całkowite usunięcie błędu możliwe jest wyłącznie poprzez opracowanie poprawki do oprogramowania użytkowego, Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego o zgodę na przesunięcie terminu naprawy wprowadzając jednocześnie jej obejście,

Pytanie:

Wykonawca wnosi o odstąpienie od uzależnienia zastosowania obejścia od zgody Zamawiającego. Względnie Wykonawca wnosi o sprecyzowanie w jakich warunkach Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy zastosowania obejścia. Obejście zgodnie z §3 pkt 11) służy naprawie błędu, w związku z tym leży w interesie Zamawiającego, a odmowa zastosowania obejścia naraża Wykonawcy na konsekwencje braku naprawy błędu w terminie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie odstąpi od uzależnienia zastosowania obejścia od zgody Zamawiającego. Zastosowanie obejścia i naprawa musi się odbyć zgodnie z procedurą opisaną w Projektowanych postanowieniach Umowy - § 5 ust. 2 pkt. 1) litera i)-l). Ponadto Wykonawca ma możliwość zwrócenia się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu naprawy.

Pytanie 7.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie § 5 ust. 1 pkt 4 c) o treści: prowadzenie na bieżąco diagnostyki funkcjonowania oprogramowania użytkowego, celem identyfikacji przyczyn powstawania błędów oprogramowania użytkowego;

Pytanie:

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że jeśli wynik tejże diagnostyki będzie wykazywał powstanie błędu z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, to w takim wypadku przedmiotowe świadczenie będzie rozliczane w ramach limitu godzin przewidzianego dla asysty technicznej, albowiem tego rodzaju świadczenie nie powinno być elementem serwisu.

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza stwierdzenia Wykonawcy. Przedmiotowe świadczenia będą rozliczane w ramach wynagrodzenia miesięcznego ryczałtowego za świadczony serwis gwarancyjny i opiekę techniczną utrzymaniową.

Pytanie 8.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §5 ust. 2 pkt 1g) o treści: po przyjęciu zgłoszenia serwisowego Wykonawca przystępuje do zdiagnozowania i weryfikacji błędu. W przypadku niezgodnienia wspólnej kwalifikacji błędu, przyjmuje się kwalifikację błędu wskazaną przez Zamawiającego jako właściwą do podjęcia działań,

Pytanie:

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu. Wykonawca wskazuje, że na gruncie równowagi kontraktowej stron, żadnej ze stron nie może przysługiwać prawo do arbitralnego kształtowania treści stosunku prawnego, a do tego faktycznie prowadziłoby przyznanie Zamawiającemu uprawnienia, o którym mowa powyżej – czyli jednostronnego określenia kwalifikacji wady. Dysproporcja ta jest tym bardziej rażąca jeśli wziąć pod uwagę, że kwalifikacja wady wpływa na długość czasu reakcji, czasu naprawy i wysokość kary umownej. Wykonawca wskazuje, że przypadku gdy pomiędzy stronami istnieje rozbieżności co do kwalifikacji wady powinna ona być rozstrzygana przez sąd, a Zamawiający nie może być uprawniony do narzucenia tej kwalifikacji.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wykreślenie tego postanowienia spowoduje, że ew. kwalifikacja wady w razie sporu między stronami umowy będzie po stronie Wykonawcy i to Wykonawca będzie mógł „arbitralnie” decydować o kwalifikacji błędu. Obecnie, w przypadku zaistnienia błędu, Zamawiający zgłasza tenże błąd ze swoją kwalifikacją Wykonawcy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Wykonawca ocenił i odpowiednio uzasadnił, że kwalifikacja przyjęta przez Zamawiającego jest niewłaściwa i dany błąd zakwalifikował inaczej. Jednakże w sytuacji gdy błąd dotyczy modułów bardzo istotnych jak np. wypłaty wynagrodzeń, gdzie niezmiernie istotne jest dotrzymanie terminów wypłat przez Zamawiającego, w przypadku braku możliwości wykonywania prac na danym module, zasadnym wydaje się utrzymanie takiego postanowienia. W tym miejscu należy również zauważyć, że np. usunięcie błędu krytycznego (1 dzień roboczy) może polegać nie tylko na naprawie, ale również na zastosowaniu obejścia. Końcowo należy wskazać, że komentowane postanowienie nie zamyka Wykonawcy dochodzenia swoich racji na drodze sądowej.

Pytanie 9.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §5 ust. 2 pkt 7) o treści:

Termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek błędu objętego gwarancją Zamawiający nie mógł korzystać z oprogramowania użytkowego lub korzystanie z oprogramowania użytkowego było utrudnione wskutek wystąpienia błędu krytycznego lub istotnego;

Pytanie:

Wykonawca wnosi o usunięcie zapisu, pozostaje on sprzeczny z praktyką rynkową i prowadzi do komplikacji w zakresie rzeczywistego czasu opieki gwarancyjnej objętej umową. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający dysponuje odpowiednimi narzędziami dyscyplinującymi Wykonawcę do terminowej obsługi zgłoszeń, w związku z tym zaproponowane w przepisie rozwiązanie należy uznać za nadmiarowe.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisu. Wykonawca ma możliwość usunięcia awarii z użyciem obejścia, a jeśli to nie skutkuje, może zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu naprawy.

Pytanie 10.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §5 ust. 2 pkt 10) o treści:

Wykonawca musi zapewnić instalowanie (bądź przekazywanie do instalacji za zgodą Zamawiającego) poprawek producentów komponentów oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego wykorzystywanego w ramach eksploatacji oprogramowania użytkowego w całym okresie gwarancji.

Pytanie:

Czy Zamawiający uzna przedmiotowe świadczenia w razie udostępnienia Zamawiającemu aktualizacji za pośrednictwem łącz zdalnych?

Odpowiedź:

Zamawiający uzna przedmiotowe świadczenia za spełnione w razie udostępnienia aktualizacji za pośrednictwem łącz zdalnych.

Pytanie 11.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §6

Pytanie:

1. Wykonawca wskazuje, że wszystkie świadczenia opisane w §6 w ramach opieki technicznej powinny być ograniczone określonym w umowie limitem godzin na ich wykonanie. Względnie Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że wskazany w przepis limit dotyczy wszystkich usług w ramach opieki technicznej.

Odpowiedź:

Zamawiający nie ograniczy świadczeń opisanych w § 6 Projektowanych postanowień umowy limitem godzin na ich wykonanie. Obowiązkiem Wykonawcy jest oszacowanie pracochłonności dla wykonywanych świadczeń oraz dokonanie ich wyceny.

Zamawiający zwraca uwagę, że Wykonawca zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego sposobem rozliczenia będzie otrzymywał comiesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za świadczenie opieki technicznej utrzymaniowej, którego wysokość sam Wykonawca musi określić w Formularzu oferty.

2. Wykonawca wnosi o określenie wielkości pakietu opieki technicznej - określoną liczbą godzin. Wykonawca wskazuje, że konsultacje w ujęciu zawartym w przepisie nie są związane z naprawą i obsługą błędów. Wykonawca wskazuje na potrzebę sprecyzowania wymiaru czasowego świadczenia tej usługi w ramach umowy. W takim bowiem ujęciu, czasochłonności tej usługi podyktowana jest wyłącznie preferencjami użytkowników (nie zaś podatnością oprogramowania na błędy) i w związku z tym jest niemożliwa do oszacowania, a tym samym wyceny. Wykonawca wnosi zatem o wskazanie liczby godzin w jakich usługa opieki technicznej ma być świadczona w ramach wynagrodzenia objętego umową.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje iż w § 6 ust. 1, pkt 18) i pkt 19) *Projektowanych postanowień umowy* (nr sprawy: 239/2021/DBO) Zamawiający wskazał oczekiwaną liczbę godzin konsultacji telefonicznych w okresie jednego miesiąca.

Pytanie 12.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §12 ust. 1 – 4 o treści:

1. W przypadku zwłoki w przekazaniu przez Wykonawcę do odbioru Etapu 1 w terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy, Wykonawca zapłaci karę umowną za zwłokę:

1) nieprzekraczającą 14 dni kalendarzowych – w wysokości 0,05% kwoty brutto określonej w § 10 ust. 3 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki,

2) przekraczającą 14 dni kalendarzowych - w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za Etap 1, określonego w § 10 ust. 3 Umowy.

2. W przypadku nieodebrania bez zastrzeżeń Etapu 1, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w terminie 50 dni kalendarzowych od daty pierwszego przekazania przez Wykonawcę Etapu 1 do odbioru, Wykonawca zapłaci karę umowną za zwłokę:

1) nieprzekraczającą 14 dni kalendarzowych – w wysokości 0,05% kwoty brutto określonej w § 10 ust. 3 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki,

2) przekraczającą 14 dni kalendarzowych - w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto za Etap 1, określonego w § 10 ust. 3 Umowy.

3. W przypadku zwłoki w wykonaniu usługi, wchodzącej w zakres usługi dedykowanej asysty technicznej, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 lit. c), Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 2% wynagrodzenia brutto przyjętego dla danej usługi, określonego na podstawie § 10 ust. 5 i 6 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki w odniesieniu do terminu wykonania tej usługi, określonego zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 7 ust. 1 pkt 8 lub 9.

4. W przypadku zwłoki w usunięciu:

1) błędu krytycznego w działaniu oprogramowania użytkowego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 500,00 zł (pięćset złotych 00/100) brutto, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w odniesieniu do terminu określonego w § 5 ust. 2 pkt 2 lit. h) dla kategorii błędu krytycznego,

2) błędu istotnego lub zwykłego, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 250,00 zł (dwieście pięćdziesiąt złotych 00/100) brutto, za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki w odniesieniu do terminu określonego w § 5 ust. 2 pkt 2 lit. h) dla kategorii odpowiednio błędu istotnego lub zwykłego.

Pytania:

1. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że kara, o której mowa w ust 1 nie jest naliczana w każdym przypadku nie będzie naliczana po zgłoszeniu etapu do odbioru niezależnie od wyniku czynności odbiorczych

2. Odnosnie kary opisanej w ust. 2, Wykonawca wskazuje, że odbiór co do zasady jest czynnością leżącą po stronie Zamawiającego, w związku z tym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jakich przypadkach Zamawiający uzna, że brak odbioru leży po stronie Wykonawcy, w szczególności Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że przez taki przypadek rozumie, że niedostarczenie systemu lub dostarczenie systemu z wadami lub brakami uniemożliwiającymi produkcyjne wykorzystanie systemu, a tym samym jego odbiór.

3. Odnosnie kar opisanych ust. 4 Wykonawca prosi o potwierdzenie, że w poczet zwłoki nie jest wliczany czas oczekiwania na przekazanie przez Zamawiającego informacji lub wyjaśnień, celowych dla obsłużenia zgłoszenia. Wykonawca wskazuje przy tym, że nie może być obciążany skutkami opóźnień związanymi z okolicznościami, które nie leżą po stronie Wykonawcy, w szczególności związanymi z czasem dostarczenia przez Zamawiającego niezbędnych informacji na co Wykonawca nie ma wpływu. Wykonawca prosi o potwierdzenie, że Zamawiający nie będzie wliczał w poczet zwłoki czasu weryfikacji

dostarczonych przez Wykonawcę rozwiązań po stronie Zamawiającego. Termin usunięcia błędów jest ściśle uzależniony od współdziałania ze strony Zamawiającego.

4. Odnośnie kary za błąd krytyczny, Wykonawca wnosi o wymierzenie kary wyłącznie za godziny robocze opóźnienia, ponieważ błąd przypadający na czas w którym Zamawiający nie korzysta z systemu nie wiąże się z istotnym uszczerbkiem po stronie Zamawiającego, a ponadto Zamawiający.

Odpowiedź:

Zamawiający zwraca uwagę, iż kara określona w ust. 1 dotyczy zwłoki w przekazaniu przez Wykonawcę do odbioru Etapu I w terminie określonym w § 4 ust.1 pkt 1 *Projektowanych postanowień umowy*.

Zamawiający podkreśla iż procedura odbioru, w tym terminy zostały określone w § 4 ust. 3-12 Załącznika nr 8 do SWZ - *Projektowane postanowienia umowy*. Zamawiający informuje, iż co do zasady wykonanie świadczenia w terminie określonym w umowie, tj. dostarczenie oprogramowania użytkowego wolnego od wad i braków, jest obowiązkiem Wykonawcy. Zamawiający potwierdza, iż przez brak odbioru leżący po stronie Wykonawcy, należy uznać w szczególności dostarczenie oprogramowania użytkowego z wadami lub brakami, tj. niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w umowie i załącznikach lub oprogramowania użytkowego niekompletnego funkcjonalnie. Opóźnienie to każdy przypadek niewykonania zobowiązania w terminie, a zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia jako działania lub zaniechania zawinione. Opóźnienie oderwane jest od przyczyny, natomiast zwłoka to opóźnienie zawinione. Zwłoka w świetle art. 476 k.c. jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, wynikającym z okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Opóźnienie nie jest zwłoką tylko wówczas, gdy dłużnik udowodni, że nastąpiło ono z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi (tak w wyrokach Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 maja 2006 r., I ACa 1229/05; z dnia 22 czerwca 2006 r., I ACa 2321/05, z dnia 29 września 2010 r., V ACa 208/10 oraz wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., V CSK 427/10 oraz z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 161/10). Uwzględniając art. 476 zd. 2 k.c., dla zwłoki przesądzające znaczenie ma okoliczność, że jest to uchybienie terminowi świadczenia, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Odnosząc to stwierdzenie do art. 471 in fine k.c., nasuwa się wniosek, że zwłoka jest szczególnym przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania ,natomiast podstawową okolicznością obciążającą dłużnika jest także w tym wypadku jego wina nieumyślna w postaci niedbalstwa. Zgodnie bowiem z art. 472 k.c., jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Skoro nienależyte wykonanie umowy zostało spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wierzyciel (Zamawiający) to dłużnik (Wykonawca) nie może być zobowiązany do zapłaty kary umownej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia

27 września 2013 r., I CSK 748/12).

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu dotyczącą sposobu naliczania kar umownych w przypadku wystąpienia błędu krytycznego rozliczanego według roboczogodzin. Celem zamówienia jest wdrożenie i utrzymanie Systemu, który pracuje w sposób ciągły. W przypadku wystąpienia błędu krytycznego, Wykonawca ma możliwości zastosowania rozwiązań problemu wskazanych w § 5 ust.2, pkt.2, lit. i-j.

Pytanie 13.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnośnie ust. 10 o treści:

Wysokość kar umownych ograniczona jest do 40% wysokości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy.

Pytanie:

Wykonawca wnosi o obniżenie rogu odpowiedzialności do poziomu 20%.

Odpowiedź:

Z uwagi na fakt, iż zamówienie jest zamówieniem wielorodzajowym, którego przedmiotem głównym jest dostawa oprogramowania użytkowego wraz z licencją, obejmującym również świadczenie usług, takich jak opieka techniczna utrzymaniowa oraz dedykowana asysta techniczna w okresie gwarancji (min. 36 miesięcy, max. 48 miesięcy) oraz płatności za usługi rozłożone w wyżej wskazanym okresie, Zamawiający nie obniży progu odpowiedzialności do 20%.

Pytanie 14.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §14 ust.

2. W przypadku zwłoki:

1) w przekazaniu do odbioru Etapu 1 w terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy lub

2) w odbiorze Etapu 1 w odniesieniu do terminu wskazanego w § 4 ust. 8 Umowy,

- przekraczającej 21 dni kalendarzowych, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający może odstąpić od Umowy w trybie natychmiastowym. W takim przypadku Wykonawcy nie należy się jakiegokolwiek wynagrodzenie za ten Etap, a Zamawiający zwróci Wykonawcy lub usunie w sposób uniemożliwiający produkcyjne i testowe ich wykorzystanie, wszelkie przekazane przez Wykonawcę produkty będące rezultatem realizacji Umowy lub inne świadczenia.

3. Zamawiający może odstąpić od zawartej Umowy, jeżeli zajdzie istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, lub dalsze wykonywanie Umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie 30 dni kalendarzowych od powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o powyższych okolicznościach.

4. Zamawiający może odstąpić od niezrealizowanej części Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia powzięcia wiadomości o przyczynach uzasadniających odstąpienie, w szczególności gdy:

1. 1) Wykonawca powierza realizację Umowy osobom, które nie zostały wymienione w wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Umowy w załączniku nr 6 do Umowy lub w przypadku zmiany osób bez uprzedniej akceptacji Zamawiającego,

2. 2) Wykonawca powierza realizację Umowy lub jej części podwykonawcom, zatrudnia dodatkowych podwykonawców lub dokonuje zmiany zakresu prac powierzonych podwykonawcom bez zgody Zamawiającego, w przypadkach, o których mowa w § 17 Umowy.

Pytania:

1. Odnosnie ust. 3 i 4 Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż mając na względzie, że odstąpienie następuje z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub dotyczy niezrealizowanej części prac, Zamawiający zapłaci wynagrodzenie za prace wykonane do dnia odstąpienia od umowy.

2. Co do ust. 2, z uwagi na doniosłość skutków odstąpienia, Wykonawca wnosi o uwarunkowanie prawa odstąpienia od uprzedniego wyznaczenia dodatkowego terminu pod rygorem odstąpienia, co sprzyja trwałości umowy i osiągnięciu celów umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z §14 ust. 1 i ust. 3 Projektowanych postanowień umowy: „Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.”

W zakresie ust. 4 Zamawiający nie potwierdza zapisów z uwagi na to, iż odstąpienie następuje z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający zwraca uwagę, że wszelkie kwestie, nieuregulowane w postanowieniach Umowy, zgodnie z zapisem w § 20 pkt 4 Projektowanych postanowieniach umowy rozstrzygają inne przepisy, w szczególności Kodeksu Cywilnego. Komentowane postanowienie zawiera uprawnienie a nie obowiązek Zamawiającego. Zatem w przypadku zaistnienia przesłanek tam wskazanych, Zamawiający może (ale nie musi) odstąpić od umowy.

Pytanie 15.

Dotyczy: Projektowane postanowienia umowy - Odnosnie §3 pkt 18 o treści:

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, nieergonomiczność pracy oprogramowania użytkowego, 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,

Pytanie:

Wykonawca wskazuje, że kryteria wadliwości nie mogą być oparte na subiektywnych przesłankach, jeśli Zamawiający nie określił w danym obszarze wymagań, w szczególności Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu „nieergonomiczność pracy oprogramowania użytkowego, 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”. Wadą może być niezgodności przedmiotu umowy z wymaganiami w niej określonymi, w szczególności nie można uznać za wadę braku realizacji celu lub braku ergonomiczności, jeśli kryteria w tym zakresie nie zostały przez Zamawiającego jasno sprecyzowane.

Zamawiający zwraca uwagę, iż w §3 pkt 18) (numer sprawy: 239/2021/DBO) definicja wady fizycznej oprogramowania użytkowego nie obejmuje zapisu: „nieergonomiczność pracy oprogramowania użytkowego”.

ZATWIERDZAM:

Podpisano elektronicznie

**Dyrektor Generalny
Państwowej Agencji Atomistyki
Dyrektor Departamentu Prawnego
/-/ Piotr KORZECKI**