

Warszawa, dniu, 08.10.2021 r.

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

Nr sprawy: 154/2021/DBO

WYJAŚNIENIE nr 2 I ZMIANA treści SWZ

W związku z pytaniami 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 punktu 2) Rozdziału II SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN WYKONANIA

W przywołanej regulacji SWZ postanawia się, że:

Zadania określone w Rozdziale II SWZ pkt.2 ppkt. 1) lit. a) i b) w terminiedni , termin będzie liczony od dnia podpisania umowy przez ostatnią ze Stron (termin zostanie wskazany przez Wykonawcę w Formularzu oferty; minimalny termin 80 dni, maksymalny termin 100 dni); [...].

Jednocześnie jednak zastrzega się, że:

W Projektowanych postanowieniach umowy przewiduje się, że procedura odbioru Etapu I zakończy się terminie maksymalnie 50 dni od dnia potwierdzenia przeprowadzenia instruktażu użytkowników i administratorów oprogramowania użytkowego.

Natomiast w § 4 ust. 8 Projektowanych postanowień umowy stwierdza się jedynie, że:

*W przypadku zgłaszania przez Zamawiającego kolejnych zastrzeżeń do Etapu 1 lub którejkolwiek z usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 lit. c), postanowienia ust. 6 i 7 stosuje się odpowiednio, z zastrzeżeniem, że procedura odbioru Etapu 1 **nie może być dłuższa niż 50 dni kalendarzowych od daty pierwszego przekazania przez Wykonawcę Etapu 1 do odbioru.***

Podsumowując, projektowane postanowienia umowy nie zawierają w swej treści zastrzeżenia zawartego w SWZ, jednocześnie obecny termin wykonania Etapu I jest znacznie dłuższy, aniżeli ten przewidziany w poprzednim przeprowadzonym postępowaniu.

Powstaje zarazem pytanie, czy powyższe zastrzeżenie ma być uwzględnione w harmonogramie, o którym mowa w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, skoro w nadmienionej kwestii stosowne regulacje zawiera wyłącznie SWZ i regulacje te nie są spójne z projektowanymi postanowieniami umowy.

Dodatkowo powstaje pytanie o cel ustalenia terminu na 50 dni liczonych od dnia przeprowadzenia instruktażu, w szczególności jeśli instruktaż został również przewidziany w ramach prawa opcji (więc instruktaż może, ale nie musi być tutaj zlecony), dodatkowo i tak strony przewidują wprowadzenie harmonogramu realizacji umowy, wreszcie sam termin przeprowadzenia instruktażu nie stanowi kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, pozostaje więc bez wpływu na ocenę składanych ofert.

Wnosimy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz – o ile to uzasadnione – o wprowadzenie stosownych zmian w SWZ, najlepiej poprzez usunięcie tej budzącej wątpliwości regulacji z treści SWZ.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dokonuje zmiany w Specyfikacji Warunków Zamówienia w niżej wskazanym brzmieniu:

Rozdział II pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pt. Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania, otrzymuje brzmienie:

„2. Termin wykonania zamówienia: 2055 dni

Zamówienie będzie realizowane etapami:

1) Etap 1:

- a) analiza przedwdrożeniowa,
- b) dostawa oprogramowania użytkowego, dostosowanie i wdrożenie oprogramowania użytkowego w środowisku informatycznym Zamawiającego,
- c) instruktaż użytkowników i administratorów oprogramowania użytkowego

2) Etap 2:

- a) świadczenie serwisu gwarancyjnego w okresie gwarancji,
- b) świadczenie opieki technicznej utrzymaniowej w okresie gwarancji,
- c) świadczenie dedykowanej asysty technicznej w okresie gwarancji.

Zadania określone w Rozdziale II SWZ pkt.2 ppkt. 1) lit. a) i b) w terminiedni , termin będzie liczony od dnia podpisania umowy przez ostatnią ze Stron (*termin zostanie wskazany przez Wykonawcę w Formularzu oferty; minimalny termin 150 dni, maksymalny termin 180 dni*);

Zadania określone w Rozdziale II SWZ pkt. 2 ppkt. 2 (Etap 2) w terminie 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 miesiące, maksymalny okres gwarancji 60 miesięcy*).

W Projektowanych postanowieniach umowy przewiduje się, że procedura odbioru Etapu I nie może być dłuższa niż 50 dni kalendarzowych od daty pierwszego przekazania przez Wykonawcę Etapu I do odbioru.

Dla potrzeb niniejszego postępowania przyjmuje się, iż rok ma 365 dni.”

Rozdział XI pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pt. Tryb, kryteria i zasady oceny ofert – opis kryterium III, otrzymuje brzmienie:

„Kryterium III– Termin realizacji dostawy oprogramowania użytkowego, dostosowania i wdrożenia Systemu w środowisku Zamawiającego oraz przeprowadzenia instruktażu użytkowników– (T) – znaczenie - 10% - według poniższego opisu:

Lp.	Termin realizacji dostawy oprogramowania użytkowego, dostosowania i wdrożenia Systemu w środowisku Zamawiającego oraz przeprowadzenia instruktażu użytkowników	Ilość punktów
1.	180 dni	10 pkt
2.	150 dni	0 pkt

Uwaga!

Zamawiający nie dopuszcza zaferowania innego terminu realizacji niż jeden z terminów wskazanych powyżej.”

Zamawiający zwraca uwagę, iż opisana w *Projektowanych postanowieniach umowy* procedura odbioru wydłuża w pewnym sensie termin realizacji zamówienia na korzyść Wykonawcy, z uwagi na to, iż po terminie przekazania oprogramowania użytkowego do odbioru, będzie mógł dokonać stosownych poprawek bez naliczania kar za zwłokę w wykonaniu świadczenia.

W Harmonogramie realizacji nie powinna być uwzględniana procedura odbioru. Zamawiający podkreśla, iż co do zasady wykonanie świadczenia w terminie określonym w umowie, tj. dostarczenie oprogramowania użytkowego wolnego od wad i braków, jest obowiązkiem Wykonawcy. W sytuacji, gdy Wykonawca przedstawi do odbioru w pierwszym terminie oprogramowanie wolne od wad i braków, Zamawiający dokona odbioru oprogramowania użytkowego w terminie 14 dni roboczych. Dalsze uregulowania procedury odbioru nie będą miały zastosowania.

W art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych, ustawodawca wskazuje, iż przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji. Jeżeli Zamawiający uwzględnia w wartości zamówienia prawo opcji, to również uwzględnia prawo opcji w opisie przedmiotu zamówienia oraz w Formularzu oferty celem późniejszego rozliczenia się za wykonaną usługę.

Reasumując, w przedmiotowym zamówieniu mamy dwa zakresy zamówienia – podstawowy i tutaj mamy przeprowadzenie instruktażu w ramach realizacji Etapu I oraz zakres warunków, czyli prawo opcji, w ramach którego mają zostać przeprowadzone instruktaże dla osób nowo przyjętych lub osób przyuczanych do prac między innymi z oprogramowaniem użytkowym.

Zamawiający podkreśla, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 154/2021/DBO, jednocześnie przypomina, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nr 109/2021/DBO zostało unieważnione. Wykonawca nie posiada żadnych podstaw prawnych i faktycznych, aby powoływać się w korespondencji z Zamawiających na postępowanie nr 109/2021/DBO.

2. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 3 pkt 6) w zw. z § 5 ust. 2 pkt d) i h) oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 18) i 19) załącznika nr 8 do SWZ – projektowane postanowienia umowy

W § 3 pkt 6 projektowanych postanowień umowy zastrzeżono:

[...] **dni robocze** - dni od poniedziałku do piątku oraz soboty pracujące dla Zamawiającego, z wyjątkiem dni będących dniami ustawowo wolnymi od pracy oraz dni ustalonych jako wolne od pracy w drodze zarządzenia Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, wydawanego na podstawie § 2a ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie czasu pracy pracowników urzędów administracji rządowej (Dz.U. z 2007 r., poz. 505 z późn. zm.), w godzinach pracy 8⁰⁰-16⁰⁰, z zastrzeżeniem, że w okresach sprawozdawczych w części dotyczącej świadczenia serwisu gwarancyjnego i opieki technicznej utrzymaniowej, w zakresie modułu Finansowo-Księgowego to godziny:

7. od 8.00 do 22.00 w okresie 2 dni roboczych poprzedzających termin przekazania sprawozdań/informacji z wykonania budżetu;
8. od 8.00 do 22.00 w okresie 3 dni roboczych poprzedzających zakończenie roku budżetowego;
9. od 8.00 do 22.00 w okresie 5 dni roboczych poprzedzających termin przekazania rocznych sprawozdań finansowych, [...].

Zgodnie z cytowanym ww. regulacji przepisem § 2a ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie czasu pracy pracowników urzędów administracji rządowej (Dz.U. z 2007 r., poz. 505 z późn. zm.) Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów może ustalić, w drodze zarządzenia, dniem wolnym od pracy dla pracowników dzień pracy przypadający między dniami wolnymi od pracy, pod warunkiem wyznaczenia soboty dniem pracy.

Zwracamy się o wyjaśnienie czy zwrot „soboty pracujące dla Zamawiającego” dotyczy wyłącznie sobót wyznaczonych jako dzień pracy w powyższym trybie, czy też oznacza każdą sobotę wedle autonomicznej decyzji Zamawiającego.

Ponadto w § 5 ust. 2 pkt d) i h) stwierdza się, że:

1. Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oprogramowania użytkowego:

- 1) procedura zgłaszania i usuwania błędów oprogramowania użytkowego:
 - d) zgłoszenia serwisowe wysłane do Wykonawcy w dni robocze po godz. 16:00, po godz. 22.00 w przypadkach określonych w § 3 pkt 6 lit a-c lub w dni ustawowo wolne od pracy traktowane będą jako zgłoszenia wysłane przez Zamawiającego o godz. 8:00 następnego dnia roboczego,

[...]

- h) *usunięcie błędu jest realizowane zgodnie z następującymi terminami:*
- *błąd krytyczny, czas usunięcia błędu – 1 dzień roboczy od momentu zgłoszenia; liczony od godziny zgłoszenia do tej samej godziny w następnym dniu roboczym, z zastrzeżeniem lit. d,*
 - *błąd istotny, czas usunięcia błędu – 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia,*
 - *błąd zwykły, czas usunięcia błędu – 14 dni roboczych od dnia zgłoszenia,*

Wnosimy o:

- wyrażenie zgody na wyłączenie z definicji dni roboczych sobót pracujących dla Zamawiającego, lub
- uwzględnienie następujących zmian w 5 ust. 2 pkt d) :

d) zgłoszenia serwisowe wysłane do Wykonawcy w dni robocze po godz. 16:00, w sobotę lub w dni ustawowo wolne od pracy traktowane będą jako zgłoszenia wysłane przez Zamawiającego o godz. 8:00 następnego dnia roboczego,[...].

Ponadto zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 18) i 19):

Warunki świadczenia opieki technicznej utrzymaniowej:

- 1) *udzielanie użytkownikom oprogramowania użytkowego konsultacji telefonicznych w dni robocze, związanych z funkcjonowaniem, obsługą i eksploatacją oprogramowania użytkowego, Zamawiający ustala limit godzin w ramach konsultacji telefonicznych na 5 godzin w miesiącu (1 godzina = 60 minut). Niewykorzystane godziny przechodzą na następne miesiące. Wykonawca zobowiązany jest do 5-go dnia każdego miesiąca, przysyłać informację emailom do Zamawiającego o liczbie godzin konsultacji telefonicznych wykorzystanych w miesiącu poprzednim;*
- 2) *udzielanie administratorom oprogramowania użytkowego konsultacji telefonicznych w dni robocze, związanych z administrowaniem oprogramowaniem użytkowym, w szczególności polegających na:*
 - a) *pomocy w pracach operatorskich związanych z bieżącą eksploatacją oprogramowania użytkowego oraz w diagnozowaniu problemów związanych z działaniem oprogramowania użytkowego;*
 - b) *wyjaśnianiu problemów, dotyczących wykorzystywania oprogramowania użytkowego w codziennej pracy.*
 - c) *pomocy w definiowaniu ról, grup użytkowników oraz uprawnień,*

Wnosimy o:

- wyrażenie zgody na wyłączenie z definicji dni roboczych sobót pracujących dla Zamawiającego, lub
- uwzględnienie następujących zmian w § 6 ust. 1 pkt 18) i 19):

Warunki świadczenia opieki technicznej utrzymaniowej:

18) udzielanie użytkownikom oprogramowania użytkowego konsultacji telefonicznych w dni robocze, z wyłączeniem sobót, związanych z funkcjonowaniem, obsługą i eksploatacją oprogramowania użytkowego, Zamawiający ustala limit godzin w ramach konsultacji telefonicznych na 5 godzin w miesiącu (1 godzina = 60 minut). Niewykorzystane godziny przechodzą na następne miesiące. Wykonawca zobowiązany jest do 5-go dnia każdego miesiąca, przysyłać informację emailom do Zamawiającego o liczbie godzin konsultacji telefonicznych wykorzystanych w miesiącu poprzednim;

19) *udzielanie administratorom oprogramowania użytkowego konsultacji telefonicznych w dni robocze, z wyłączeniem sobót, związanych z administrowaniem oprogramowaniem użytkowym, w szczególności polegających na:*

d) *pomocy w pracach operatorskich związanych z bieżącą eksploatacją oprogramowania użytkowego oraz w diagnozowaniu problemów związanych z działaniem oprogramowania użytkowego;*

e) *wyjaśnianiu problemów, dotyczących wykorzystywania oprogramowania użytkowego w codziennej pracy.*

f) *pomocy w definiowaniu ról, grup użytkowników oraz uprawnień,[...].*

Wnosimy także o:

- wprowadzenie jednolitego okna czasowego świadczenia usług w godzinach pracy 8⁰⁰-16⁰⁰ w dni robocze.

Realizowanie usług w dni robocze, w godzinach od 16.00 do 22.00 oraz w sobotę, która co do zasady nie jest dniem roboczym w zakładzie pracy Wykonawcy, jest problematyczne ze względu na organizację pracy Wykonawcy. Usunięcie błędu krytycznego w terminie 1 dnia roboczego, zgłoszonego do godziny 16.00 w piątek lub w sobotę pracującą u Zamawiającego może okazać się niewykonalne. To samo tyczy się wykonywania usługi konsultacji telefonicznych w tym czasie.

Ponadto w ocenie Wykonawcy zadania sprawozdawcze przewidziane do wykonania przez Zamawiającego w "dniach roboczych" – według definicji określonej przez Zamawiającego – w godzinach od 16.00 do 22.00 mogą być realizowane z powodzeniem w standardowych godzinach roboczych – od 8.00 do 16.00.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dokonuje zmiany w *Projektowanych postanowieniach umowy*, w niżej wskazanym brzmieniu:

§ 3 pkt 6 projektowanych postanowień umowy otrzymuje następujące brzmienie:

dni robocze - dni od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy

§ 5 ust. 2 pkt 1 lit d) projektowanych postanowień umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„zgłoszenia serwisowe wysyłane do Wykonawcy w dni robocze po godz. 16:00 traktowane będą jako zgłoszenia wysyłane przez Zamawiającego o godz. 8:00 następnego dnia roboczego”

3. 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:

1) *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,*

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 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 przed upływem terminu gwarancji”.
- usunięcie § 6 ust.1 pkt. 13 i implementacja teŝe treści w ramach § 5 ust. 1 pkt 4, jak wyŝej.

Odnosnie definicji „wada fizyczna oprogramowania użytkowego„, na wstępie zauwaŝyć naleŝy, ŝe 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.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 i 2 teŝe ustawy „Przedmiotem prawa autorskiego jest kaŝdy 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)”.

W opisanym stanie rzeczy o wadzie fizycznej można mówić wyłącznie w odniesieniu do nośnika, na którym oprogramowanie zostało utrwalone i jest przechowywane.

Z powyŝszych względoŝ w ww. ustawie odrębnie uregulowano problematykę usuwania usterek oprogramowania w stosunku do ogólnych regulacji Kodeksu Cywilnego, dotyczących rękojmi i gwarancji za wady fizyczne i prawne rzeczy.

Zgodnie z art. 55 [Usterki i wady]

1. Jeżeli zamówiony utwór ma usterki, zamawiający może wyznaczyć twórcy odpowiedni termin do ich usunięcia, a po jego bezskutecznym upływie może od umowy odstąpić lub ŝądać odpowiedniego obniŝenia umówionego wynagrodzenia, chyba ŝe usterki są wynikiem okoliczności, za które twórca nie ponosi odpowiedzialności. Twórca zachowuje w kaŝdym razie prawo do otrzymanej części wynagrodzenia, nie wyŝszej niŝ 25% wynagrodzenia umownego.

2. Jeżeli utwór ma wady prawne, zamawiający może od umowy odstąpić i ŝądać naprawienia poniesionej szkody.

3. Roszczenia, o których mowa w ust. 1, wygasają z chwilą przyjęcia utworu.

4. Jeżeli zamawiający nie zawiadomi twórcy w terminie sześciu miesięcy od dostarczenia utworu o jego przyjęciu, nieprzyjęciu lub uzależnieniu przyjęcia od dokonania określonych zmian w wyznaczonym w tym celu odpowiednim terminie, uważa się, ŝe utwór został przyjęty bez zastrzeŝeń. Strony mogą określić inny termin.

Zwraca się wreszcie uwagę na przepis art. 353¹ Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Wykonawcy taka sytuacja ma miejsce w ramach niniejszego postępowania, skoro program komputerowy traktowany jest jako rzecz w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego.

Równocześnie zauważyć należy, że projektowana umowa już teraz należy zabezpiecza interesy Zamawiającego, należy jedynie uporządkować pewne kwestie zgodnie z proponowanymi wyżej zmianami.

„Opieka techniczna utrzymaniowa”, choć wprost niewymieniona jako element „serwisu gwarancyjnego” oraz uregulowana w odrębnym § 7 projektowanych postanowień umowy, w rzeczywistości stanowi element 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.

W ocenie Wykonawcy punktem wyjścia dla określenia świadczenia zasad serwisu gwarancyjnego i opieki utrzymaniowej winna być definicja „awarii”, a nie niezdefiniowane pojęcie „nieprawidłowości” czy też nieprawidłowo zdefiniowane pojęcie „wady fizycznej oprogramowania użytkowego”.

Tymczasem na potrzeby serwisu gwarancyjnego nie korzysta się z pojęcia „awarii”, z którym powiązane jest usuwanie zdefiniowanych kategorii „błędów” oprogramowania użytkowego.

Natomiast, jak wynika z pojęcia „awarii”:

awaria – nieprawidłowe działanie oprogramowania użytkowego występujące niezależnie od przyczyny nieprawidłowości, spowodowane w szczególności występowaniem błędów, wad lub wszelkich innych nieprawidłowości w działaniu (w tym brakiem kompatybilności działania oprogramowania użytkowego z platformą sprzętowo-programową lub sprzętem komputerowym Zamawiającego),

Zatem pojęcie „nieprawidłowości”, o którym obecnie mowa w § 5 ust. 1 pkt 4 a)-d) oraz § 5 ust. 3 umowy, z powodzeniem może być i powinno zdaniem Wykonawcy zostać zastąpione pojęciem awarii, skoro awaria jest pojęciem szerszym i tak zdefiniowanym w umowie.

Ponadto skoro opieka techniczna utrzymaniowa jest w zasadzie tym samym świadczeniem w ramach oferty co „serwis gwarancyjny”, udzielanym na ten sam okres, a zarazem § 6 nie określa warunków usuwania awarii (skategoryzowanych błędów), to usuwanie awarii nie powinno wchodzić w ramach § 6 ust. 1 pkt 13). W § 6 nie określono bowiem w ogóle odrębnych zasad usuwania awarii, są one określone w § 5 ust. 2 w ramach poszczególnych zgłaszanych błędów. Umowa nie zawiera nawet definicji „opieki technicznej utrzymaniowej”, a więc należy przyjąć, że są to „działania” w ramach serwisu gwarancyjnego.

Usuwanie awarii nie powinno być w ogóle domeną opieki technicznej utrzymaniowej i dlatego z założenia nie zawiera własnych szczegółowych regulacji co do zasad usuwania awarii. Należałoby odróżnić tutaj usługi utrzymaniowe od usług serwisowych. Utrzymanie ma na celu zapewnienie zgodności oprogramowania z przepisami prawa oraz środowiskiem, w jakim działa oprogramowanie użytkowe, natomiast serwis winien polegać na usuwaniu błędów w działaniu oprogramowania użytkowego.

Zestawiając definicje „awarii” oraz pojęcie „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”:

- *nieergonomiczność pracy oprogramowania użytkowego,*
- *niespełnianie przez oprogramowanie użytkowe określonego celu, jaki ma spełniać u Zamawiającego(...)*

Powyższe okoliczności powinny stanowić podstawę zastrzeżeń na etapie odbioru przedmiotu umowy, bowiem „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. Dodać należy, że umowa w ogóle nie definiuje, co należy rozumieć przez „nieergonomiczność” oprogramowania użytkowego.

Niezależnie od wniosku o usunięcie definicji „wady fizycznej oprogramowania użytkowego” wnosimy o jednoczesne wyrażenie zgody na zmianę mającą na celu dostosowanie definicji „awarii” zawartej w § 3 pkt 1 projektowanych postanowień umowy, w ten sposób aby definicja nawiązywała do pozostałych pojęć (błędu), zawartych w projektowanych postanowieniach umowy w następujący sposób:

awaria – działanie oprogramowania użytkowego niezgodne z dostarczoną dokumentacją stanowiące błąd krytyczny, błąd istotny lub błąd zwykły w działaniu oprogramowania użytkowego.

W nawiązaniu bowiem do dotychczasowej definicji

awaria – nieprawidłowe działanie oprogramowania użytkowego występujące niezależnie od przyczyny nieprawidłowości, spowodowane w szczególności występowaniem błędów, wad lub wszelkich innych nieprawidłowości w działaniu (w tym brakiem kompatybilności działania oprogramowania użytkowego z platformą sprzętowo-programową lub sprzętem komputerowym Zamawiającego),

trudno w logiczny sposób uzasadnić, że może wystąpić w oprogramowaniu „inna nieprawidłowość”, aniżeli zdefiniowana już w kategorii błędu krytycznego, istotnego lub zwykłego, niebędąca zarazem błędem lub wadą. W szczególności taką okolicznością nie jest opisany brak kompatybilności działania oprogramowania użytkowego z platformą sprzętowo-programową lub sprzętem komputerowym Zamawiającego. Okoliczność taka jest przedmiotem odrębnej usługi świadczonej w ramach opieki technicznej utrzymaniowej, na podstawie § 6 ust. 1 pkt 6 umowy. W razie jej wpływu na działanie oprogramowania użytkowego Zamawiający ma natomiast możliwość zgłoszenia awarii (błędu) w danej kategorii, odpowiedniej do wpływu tej okoliczności na działanie programu komputerowego.

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.*

Wprowadzona a zbędna definicja „wady fizycznej oprogramowania użytkowego” i obecnie brzmienie definicji „awaria oraz użycie niezdefiniowanego pojęcia „nieprawidłowości” w ramach serwisu gwarancyjnego powodują, że ww. wymaganie nie zostało spełnione. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien zawierać regulacji budzących wątpliwości co do spójności wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia publicznego.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. W dokumentacji zamówienia Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia oraz warunki i wymagania dotyczące jego realizacji.

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 wad i 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.

4. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 5 ust. 2 pkt 3) oraz § 7 ust. 1 pkt 6) załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Regulacja zawarta w § 5 ust. 2 pkt 3) stanowi, że:

2. Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oprogramowania użytkowego: [...] 3) Działania Wykonawcy związane z diagnostyką i naprawą błędu oprogramowania użytkowego będą świadczone w siedzibie Zamawiającego, w innym miejscu wskazanym przez Zamawiającego lub w sposób zdalny w porozumieniu z Zamawiającym i za jego zgodą; [...]

Wnosimy o następującą zmianę:

2. Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego dla oprogramowania użytkowego: [...] 3) Działania Wykonawcy związane z diagnostyką i naprawą błędu oprogramowania użytkowego będą świadczone zdalnie lub w siedzibie Wykonawcy, a gdy okaże się to niezbędne ze względu na charakter usługi, stacjonarnie w siedzibie Zamawiającego lub w miejscu wskazanym przez Zamawiającego;

Kolejna regulacja § 7 ust. 1 pkt 6) stanowi, że:

1. W ramach realizacji Umowy Wykonawca będzie świadczył na rzecz Zamawiającego dedykowaną asystę techniczną, zgodnie z poniższymi warunkami: [...] 6) dedykowana asysta techniczna będzie świadczona w siedzibie Zamawiającego, w innym miejscu wskazanym przez Zamawiającego lub w sposób zdalny w porozumieniu z Zamawiającym i za jego zgodą.

Wnosimy o następującą zmianę:

1. W ramach realizacji Umowy Wykonawca będzie świadczył na rzecz Zamawiającego dedykowaną asystę techniczną, zgodnie z poniższymi warunkami: [...] 6) dedykowana asysta techniczna będzie świadczona zdalnie lub w siedzibie Wykonawcy, a gdy okaże się to niezbędne ze względu na charakter usługi, stacjonarnie w siedzibie Zamawiającego lub w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

Zdecydowana większość usług w ramach serwisu gwarancyjnego oraz dedykowanej asysty technicznej, a w szczególności prace programistyczne z założenia mogą być świadczone w ramach usługi zdalnej lub w siedzibie Wykonawcy i w praktyce usługi te świadczone są w ten właśnie sposób w branży informatycznej. Ten rodzaj świadczenia usługi winien stanowić zatem zasadę.

Proponujemy zatem ograniczyć świadczenie ww. usług w sposób stacjonarny w siedzibie Zamawiającego do wypadków, gdy okaże się to niezbędne. Taka formuła współpracy wpisuje się tak że w aktualną sytuację epidemii COVID-19 panującej w kraju.

ODPOWIEDŹ:

§ 5 ust. 2 pkt 3 Projektowanych postanowień umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„działania Wykonawcy związane z diagnostyką i naprawą błędu oprogramowania użytkowego będą świadczone zdalnie lub w siedzibie Wykonawcy, a gdy okaże się to niezbędne ze względu na charakter usługi, stacjonarnie w siedzibie Zamawiającego lub w miejscu wskazanym przez Zamawiającego”

§ 7 ust. 1 pkt 6 Projektowanych postanowień umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„dedykowana asysta techniczna będzie świadczona zdalnie lub w siedzibie Wykonawcy, a gdy okaże się to niezbędne ze względu na charakter usługi, stacjonarnie w siedzibie Zamawiającego lub w miejscu wskazanym przez Zamawiającego”.

5. 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 w terminie 5 dni roboczych będzie traktowane jako zgoda Zamawiającego na warunki zawarte w propozycji realizacji usług wchodzących w zakres dedykowanej asysty technicznej.

Wykonawca zakłada, że przedmiotowa regulacja ma na celu przyspieszenie procesu udzielenia zlecenia usługi asysty technicznej. Proszę zwrócić uwagę, że przedmiotowa regulacja zakłada, że , aby zrealizować usługę konieczna jest akceptacja Zamawiającego. Wprowadza się zarazem domniemanie, że Zamawiający akceptuje własne warunki wykonania zlecenia w razie braku propozycji ze strony Wykonawcy. Prosimy o zwrócenie uwagi, że treść propozycji realizacji usług w § 7 ust. 1 pkt 8 nie jest tożsama z minimalnym zakresem danych, jaki należy podać w zleceniu (wniosku) złożonym przez Zamawiającego. Wniosek zawiera jedynie szacunkową wycenę pracochłonności. W takim wypadku może dojść do sytuacji, że Zamawiający zaakceptuje własne warunki wykonania zlecenia, kiedy następnie może okazać się, że wykonanie zlecenia nie jest możliwe z przyczyn obiektywnych, o ile Zamawiający w danym wypadku w ogóle będzie w stanie samodzielnie oszacować usługi z uwzględnieniem przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jeśli wreszcie chodzi o Wykonawcę, w wielu sytuacjach termin 5 dni roboczych na przygotowanie propozycji realizacji usług jest zbyt krótki, w szczególności gdy usługa ma złożony charakter i wymaga przeprowadzenia uzgodnień lub konsultacji z osobami trzecimi, będącymi producentami oprogramowania wspomagającego działanie oprogramowania użytkowego. Domniemanie akceptacji zlecenia w takim wypadku nic nie wniesie, a jedynie utrudni dalszą współpracę stron z uwagi na mało elastyczne w tym względzie regulacje projektowanej umowy.

Proponujemy zatem przyjąć, że rozstrzygające znaczenie powinna mieć wyraźna lub milcząca akceptacja oferty przez Zamawiającego, kiedy w oparciu o złożoną propozycję, znane są Zamawiającemu konkretne i realne warunki świadczenia wnioskowanych usług.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia i jej załączników.

Zamawiający podkreśla, iż asysta techniczna nie jest usługą świadczoną w sposób ciągły.

W przypadku braku porozumienia Stron, usługi asysty technicznej nie będą realizowane.

6. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 10 ust. 2, 7 i 8 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Zwracamy się o wyjaśnienie, czy regulacja § 10 ust. 7 w brzmieniu:

Wartość wynagrodzenia za realizację zakresu warunkowego zamówienia polegającego na przeprowadzeniu instruktażu dla pracowników i administratorów Systemu, o którym mowa w załączniku nr 1 do Umowy, będącym jednocześnie załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia „Instruktaż użytkowników ZSI”, będzie stanowił iloczyn potwierdzonej przez

Zamawiającego liczby roboczogodzin poświęconych na przeprowadzenie instruktażu dla jednej osoby oraz sumę ilości osób dla których został przeprowadzony instruktaż.

a także regulacja § 10 ust. 8 w brzmieniu:

Koszt jednej roboczogodziny za przeprowadzenie instruktażu pracowników i administratorów oprogramowania użytkowego wynosi zł (słownie:), w tym podatek od towarów i usług (VAT).

odnoszą się do kosztu wynagrodzenia za wykonanie zakresu warunkowego (prawo opcji), o którym mowa w § 10 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, a który zgodnie z formularzem oferty ma być realizowany w okresie gwarancji, czy też dotyczą również instruktażu użytkowników i administratorów realizowanego w ramach Etapu 1 przedmiotu umowy (§ 2 ust. 3 projektowanych postanowień umowy).

Wnosimy o ewentualne doprecyzowanie projektowanych postanowień umowy w tym względzie.

ODPOWIEDŹ:

Rozliczanie za instruktaże pracowników i administratorów oprogramowania użytkowego po koszcie jednej roboczogodziny i liczbie roboczogodzin, dotyczy tylko i wyłącznie instruktaży przeprowadzanych w ramach prawa opcji, czyli zakresu warunkowego zamówienia, zgodnie z treścią § 10 ust. 7 Projektowanych postanowień umowy.

Koszty instruktaży zrealizowanych w ramach realizacji Etapu I umowy należy wliczyć w cenę Etapu I, zgodnie z treścią § 10 ust. 11 Projektowanych postanowień umowy.

7. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 10 ust. 11 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

Wynagrodzenie za realizację zadań Etapu 1 umowy, obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją Umowy, w tym koszty robocizny, koszty dostawy oprogramowania użytkowego, jego dokumentacji, dostosowania i wdrożenia oprogramowania użytkowego w środowisku informatycznym Zamawiającego, koszty zakupu i dostawy oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego niezbędnego do należytego wykonania przedmiotu umowy wraz z jego dokumentacją, koszty jego instalacji i konfiguracji w środowisku informatycznym Zamawiającego oraz koszty technicznej opieki maintenance dla dostarczonego, zainstalowanego i skonfigurowanego oprogramowania bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego w środowisku informatycznym Zamawiającego w okresie gwarancji udzielonej na oprogramowanie użytkowe, koszty dostawy i odpowiednio udzielenia lub przekazania licencji na oprogramowanie użytkowe oraz oprogramowanie bazodanowe, aplikacyjne i narzędziowe, licencji na dokumentację oprogramowania użytkowego, bazodanowego, aplikacyjnego i narzędziowego, koszty gwarancji, koszty przeprowadzenia instruktaży dla użytkowników i administratorów oprogramowania użytkowego, koszty rękopisów, koszty ubezpieczenia oraz wszelkie należne cła i podatki.

Zwracamy się o wyjaśnienia:

- jakie „koszty gwarancji” uwzględnione zostały w wynagrodzeniu za realizację zadań Etapu 1, przez które Wykonawca rozumie wynagrodzenie, o którym mowa w § 10 ust. 3, w sytuacji gdy wynagrodzenie za świadczenie serwisu gwarancyjnego przewidziano w § 10 ust. 4;
- czy przez koszty przeprowadzenia instruktaży dla użytkowników i administratorów oprogramowania użytkowego, uwzględnione w wynagrodzeniu za realizację zadań Etapu 1, przez które Wykonawca rozumie wynagrodzenie, o którym mowa w § 10 ust. 3, należy przyjąć wyłącznie koszt usługi, o której mowa w § 2 ust. 3 pkt 1) umowy, czy również koszt wynagrodzenia za wykonanie zakresu warunkowego (prawo opcji), o którym mowa w załączniku nr 1 do Umowy, o którym mowa w § 10 ust. 2 i 7 projektowanych postanowień umowy.

Wnosimy zarazem o doprecyzowanie § 10 ust. 11 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że usunięta zostanie wzmianka o „kosztach gwarancji” oraz sprecyzowanie zostanie w § 10 ust. 11, iż

chodzi o wynagrodzenie za „instruktaż dla użytkowników i administratorów oprogramowania użytkowego, o którym mowa w § 2 ust. 3 pkt 1 umowy”.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. Zamawiający informuje, iż warunki świadczenia gwarancji dla oprogramowania użytkowego zostały określone w § 5 ust. 1 *Projektowanych postanowień umowy*, natomiast warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego zostały określone w § 5 ust. 2 *Projektowanych postanowień umowy*. Analizując powyższe, należy wyliczyć koszty gwarancji oraz koszty serwisu gwarancyjnego.

8. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 12 ust. 8 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania, któregokolwiek 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.

Wnosi się o doprecyzowanie podstaw naliczenia wskazanej wyżej kary umownej. Szereg „zadań” – jak się tutaj prawdopodobnie określa (pojęcia tego nie zdefiniowano) poszczególne zobowiązania – nie prowadzi do wytworzenia rezultatów w określonym terminie. W opisanym stanie rzeczy podstawy naliczenia kary umownej zostały określone obecnie w sposób zbyt ogólny.

W tym wypadku chodzi o takie zadania, jak:

- 5) *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*
- 6) *udzielanie pomocy i wskazówek w zakresie optymalnego wykorzystania oprogramowania użytkowego, a także diagnozowania nieprawidłowości w działaniu oprogramowania użytkowego;*
- 7) *przewodzenie 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;*
- 8) *informowanie Zamawiającego w formie pisemnej o propozycjach mających na celu zwiększenie niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa oprogramowania użytkowego;*
- 9) *wspomaganie Zamawiającego w działaniach mających na celu zwiększenie niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa oprogramowania użytkowego;*
- 10) *okresowe testowanie zasobów danych oprogramowania użytkowego oraz analizowanie i usuwanie przyczyn ewentualnych niezgodności, nie rzadziej niż raz w miesiącu;*
- 11) *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;*
- 15) *wyjaśnianie dostrzeżonych i zasygnalizowanych nieprawidłowości w pracy i obsłudze oprogramowania użytkowego; (...).*

W opisanym stanie rzeczy wnosi się o sformułowanie regulacji stanowiącej przedmiot zapytania w następujący sposób:

W przypadku zwłoki Wykonawcy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu któregoś z zadań określonego w § 6 ust. 1 Umowy w terminie uzgodnionym przez Strony, a w braku potrzeby takiego uzgodnienia 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.

Pozwoli to ustalić, czy w określonym przypadku Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązania w zakresie uprzednio uzgodnionym przez strony, a nie wedle swobodnego uznania Zamawiającego. W wielu wypadkach bowiem, wobec braku szczegółowych regulacji umowy, uzgodnienia stron w przedmiocie wykonania konkretnych „zadań”, o których mowa powyżej, uznać należy za niezbędny warunek pociągnięcia Wykonawcy do odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Jak wynika z art. 433 uPZP: *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

- 1) *odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;*
- 2) *naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem [...]*

W ocenie Wykonawcy obecne brzmienie regulacji stwarza możliwość naliczenia kar w opisanych wyżej okolicznościach, co stwarza zagrożenie uznania przedmiotowej regulacji za klauzulę abuzywną.

Ponadto w danych okolicznościach kara umowna w wysokości 3 000,00 złotych może stanowić karę rażąco wygórowaną (art. 484 § 2 KC).

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie przewiduje kar za opóźnienie lecz za zwłokę. Opóźnienie to każdy przypadek niewykonania zobowiązania w terminie, a zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia jako działania lub zaniechania zawinionego. Opóźnienie oderwane jest od przyczyny, natomiast zwłoka to opóźnienie zawinione.

Zwłoka w świetle art. 476 KC jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, wynikającym z okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Uwzględniając art. 476 zd. 2 KC, dla zwłoki przesądzające znaczenie ma okoliczność, że jest to uchybienie terminowi świadczenia, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność

Dostarczone i wdrożone u Zamawiającego oprogramowanie użytkowe nie jest oprogramowaniem, które działa w oderwaniu od infrastruktury informatycznej, dlatego też dostarczający je Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługi kompleksowo, co oznacza że usługi te są objęte przedmiotem zamówienia.

Zamówienie, którego zamierza udzielić Zamawiający jest zamówieniem wielorodzajowym. Opieka techniczna utrzymaniowa jest jednym ze świadczeń objętych przedmiotem zamówienia i zgodnie z określonymi warunkami jej świadczenia, ma być świadczona w sposób ciągły. Zamawiający zwraca uwagę, iż Wykonawca za świadczoną opieką techniczną będzie otrzymywał comiesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, którego wartość sam Wykonawca musi określić w Formularzu oferty.

9. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 14 ust. 3 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Regulacja stanowi, że:

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.

Regulacja § 14 ust. 3 umowy stanowi odpowiednik art. 456 ust. 3 ustawy PZP, wobec czego zauważa się, że umowa wbrew ustawie nie przewiduje obowiązku zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy za wykonany przedmiot umowy w rozważanych wypadkach odstąpienia od umowy, choć są to okoliczności, na które Wykonawca nie posiada żadnego wpływu.

Wnosi się zatem o zmianę zapisu § 14 ust. 3 umowy w taki sposób, aby był on zgodny z brzmieniem art. 456 ust. 3 uPZP:

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. W takim wypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Przepis art. 456 uPZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem nie jest możliwa modyfikacja tej regulacji w umowie także w zakresie uprawnienia Wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia, zgodnie z ust. 3 te samej regulacji.

Ustawodawca, kierując się względami społecznymi, uznał za uzasadnione żądanie Wykonawcy wynagrodzenia odpowiadającego wartości zamówienia w części wykonanej do chwili odstąpienia od umowy (por. wyr. Izby Cywilnej SN z 6.6.2012 r., III CSK 304/11, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 7.7.2011 r., I ACa 13/11, Legalis oraz wyr. KIO z 26.7.2013 r.: KIO 1702/13, Legalis; KIO 1708/13, Legalis).

Zdaniem Wykonawcy odmowa uwzględnienia proponowanych wyżej zmian w projekcie umowy stanowić będzie zarazem naruszenie 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 wykonania udzielonego zamówienia, wprowadzając do umowy warunki, w wyniku których Wykonawca zostanie pozbawiony wynagrodzenia nawet za całe należycie wykonane zamówienie publiczne.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dokonuje zmiany treści § 14 ust. 3 Projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:

„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. W takim wypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.”

10. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 14 ust. 4 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia umowy

Przedmiotowa regulacja stanowi, że:

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) *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) 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.

Wnosimy o zmianę tejże regulacji – poprzez zastąpienie zwrotu: „w szczególności”:

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, takich jak:

- 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) *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.*

Zwrócono uwagę, że regulacje uprawniające do odstąpienia od umowy mają z założenia charakter wyjątkowy i nie powinny być konstruowane w sposób umożliwiający dokonywanie niedopuszczalnej w takim wypadku wykładni rozszerzającej.

Odnosząc się do ewentualnej argumentacji, że postanowienie wskazuje dwie szczególne okoliczności uprawniające Wykonawcę do odstąpienia od umowy, obok przesłanek ogólnych, wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, chcemy zauważyć, że aby zastosować podstawy odstąpienia wynikające z ustawy, nie jest w tym celu konieczne zastrzeżenie w tym względzie takiego uprawnienia w umowie. W tym wypadku mamy do czynienia z zastrzeżeniem umownego prawa do odstąpienia w rozumieniu art. 395 KC. Podstawy uprawniające do odstąpienia od umowy w określonym terminie powinny wynikać z umowy, czego sformułowanie „w szczególności” nie zapewnia.

Jak można wywieść z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 11 lipca 2013 r. sygn. akt V ACa 235/13 (Legalis) *brak jest podstaw do stosowania przepisu o ustawowym prawie odstąpienia od prawa umownego, zważywszy na odmienną funkcję obu rodzajów tego prawa.*

Dodatkowo zwraca się uwagę, że użycie w tym wypadku zwrotu: „w szczególności” powoduje zarazem nieuprawniony zbieg podstaw uprawniających do odstąpienia od umowy z wypadkami przewidzianymi np. w § 14 ust. 2 projektu umowy.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający dokonuje zmiany treści § 14 ust. 4 Projektowanych postanowień umowy, który otrzymuje brzmienie:

„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, takich jak:

- 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) ***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.”***

11. 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 i 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 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 kalendarzowych.

W podanych okolicznościach zastrzeżenie, że w takim przypadku czas wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 2 lata, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, nie znajduje uzasadnienia, w szczególności jeśli Zamawiający nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni kalendarzowych.

Trudno w takim wypadku „wymuszać” na Wykonawcy wyrażenie zgody na niezgodne z prawem korzystanie z prawa autorskiego z naruszeniem ustawy o **prawie autorskim i prawach pokrewnych** z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz.U. Nr 24, poz. 83), przez pozostały i długi okres wypowiedzenia.

Podkreślić należy, że mamy tutaj do czynienia z bezprawnym działaniem Zamawiającego, a nie z autonomiczną decyzją Wykonawcy do wypowiedzenia umowy w trybie art. 68 ww. ustawy.

Regulacja taka, pomijając wszak bezwzględny charakter uprawnień, czy roszczeń uprawnionego, określonych w art. 79 ww. ustawy w wypadku naruszenia autorskich praw majątkowych, będzie pozostawać w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i może być uznana za obejście ww. ustawy, co może skutkować stwierdzeniem nieważności ww. postanowienia na podstawie art. 58 ust. 1 i 2 Kodeksu Cywilnego.

Wnosimy zatem o dostosowanie projektowanego postanowienia do wymagań wynikających z obowiązujących przepisów prawa jeszcze przez zawarciem umowy.

ODPOWIEDŹ:

Zmawiający nie dokona zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz jej załączników. Zamawiający publiczny zobowiązany jest dbać o interes publiczny oraz wydatkować środki w sposób racjonalny i oszczędny. Dopuszczenie przez Zamawiającego propozycji zapisów Wykonawcy „wymusiłoby” na Zamawiającym nieracjonalność działania. Zamawiający podkreśla, iż w terminie 30 dni nie jest w stanie wdrożyć rozwiązania alternatywnego, zapewniającego ciągłość realizacji zadań urzędu.

12. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 16 załącznika nr 8 do SWZ - projektowane postanowienia 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 już 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 wreszcie 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.

Zwraca się uwagę, że w pytaniu 13 przedstawiono propozycje w zakresie ustalenia zasad zmiany umowy zawartej w ramach zamówień publicznych, która pozwoli Stronom osiągnąć pożądany efekt, jeżeli taka potrzeba wyniknie z działań osób trzecich.

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:

Zamawiając 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.

13. 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. 454 i nast. uPZP. Sytuacja taka może mieć istotny wpływ na możliwość wykonania umowy po jej zawarciu w opisanych niżej wypadkach:

- 1) w przypadku wprowadzenia przez producenta nowej wersji oprogramowania lub zakończenia wytwarzania oprogramowania, wycofania go z produkcji lub z obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ujawnienia się powszechnie występujących wad oferowanego oprogramowania;
- 2) w przypadku zmiany przepisów prawa, opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Dzienniku Ustaw, Monitorze Polskim lub Dzienniku Urzędowym odpowiedniego ministra;
- 3) w przypadku uzasadnionej przyczynami technicznymi, w szczególności ujawnionymi na etapie prac analitycznych i projektowych, konieczności zmiany:
 - a) sposobu wykonania umowy w obszarach, m.in.: organizacyjnym, wykorzystywanych narzędzi, przyjętych metod i kanałów komunikacji;
 - b) zakresu przedmiotu umowy w obszarze wymagań funkcjonalnych lub niefunkcjonalnych, jeżeli rezygnacja z danego wymagania lub zastąpienie go innym, spowoduje zoptymalizowane dopasowanie przedmiotu umowy do potrzeb Zamawiającego;
 - c) konfiguracji Infrastruktury teleinformatycznej – z uwagi na konieczność dostosowania jej parametrów do uwarunkowań stwierdzonych w toku prac analitycznych;
- 4) w przypadku powstałej po zawarciu umowy sytuacji braku środków Zamawiającego

- na sfinansowanie wykonania umowy zgodnie z pierwotnie określonymi warunkami;
- 5) w zakresie dopuszczalnej zmiany liczby licencji uprawniających do korzystania z oprogramowania, w sytuacji gdy w trakcie realizacji umowy zmianie ulegnie liczba użytkowników oprogramowania;
 - 6) w zakresie funkcjonalności oferowanego oprogramowania w stosunku do wymagań Zamawiającego wynikających z SWZ lub z Oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy w toku realizacji umowy wdrożenie tych funkcjonalności okaże się zbędne dla Zamawiającego albo uzyskanie możliwości objętych daną funkcjonalnością będzie możliwe przy zastosowaniu innych rozwiązań;
 - 7) w zakresie zmiany terminu wykonania lub terminów pośrednich wskazanych w umowie:
 - a) z powodu przestoju i opóźnień zawinionych przez Zamawiającego, mających bezpośredni wpływ na terminowość wykonania przedmiotu umowy;
 - b) z powodu przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego oraz Wykonawcy, skutkujących niemożliwością realizacji przedmiotu umowy;
 - c) na skutek uzgodnień pomiędzy Stronami dotyczących skrócenia terminu realizacji zamówienia lub jego wydłużenia – o uzgodniony okres.

Zarazem projektowane postanowienia umowy nie przewidują obecnie zakresu zmian i warunków wprowadzenia zmian, zgodnie z art. 455 uPZP.

Wnosi się o rozważenie wprowadzenia stosownych regulacji do projektu umowy, co w ocenie Wykonawcy może leżeć w interesie Zamawiającego, na przykład gdy z powodu braku środków finansowych zastąpi lub uprzedzi uprawnienie do odstąpienia od umowy z takich przyczyn poprzez zapewnienie sobie możliwości zmiany umowy w celu zmniejszenia umówionego wynagrodzenia.

Warto podkreślić, że w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia uwzględniono taki sam wniosek Wykonawcy, wprowadzając stosowne projektowane postanowienia umowy (zob. wyjaśnienia do treści SWZ w odpowiedzi na pytanie nr 35 z dnia 12.08.2021 roku – nr sprawy: 109/2021/DBO).

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*.

Zamawiający podkreśla, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 154/2021/DBO, jednocześnie przypomina, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nr 109/2021/DBO zostało unieważnione. Wykonawca nie posiada żadnych podstaw prawnych i faktycznych, aby powoływać się w korespondencji z Zamawiającymi na postępowanie nr 109/2021/DBO.

14. 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 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 powierzane 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.

15. Pytanie dotyczące treści postanowienia § 6 ust. 3 załącznika nr 5 do załącznika nr 8 do SWZ

Przedmiotowa regulacja stanowi:

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 danych kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy głównej, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy głównej na poczet roszczeń osób trzecich, kar oraz równowartości kosztów postępowania sądowego, które będą wynikiem stwierdzonego naruszenia z winy Podmiotu przetwarzającego. 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. UE.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.

Zwraca się uwagę, że zgodnie z art. 433 PZP: *projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: [...] 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.*

Z powyższych przyczyn kwestionowany przepis stanowi w ocenie Wykonawcy klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 PZP, którą należy usunąć z projektu umowy lub zmienić w proponowany sposób, aby spełniania ona opisane wyżej wymagania, wynikające z obowiązujących przepisów prawa.

ODPOWIEDŹ:

§ 6 ust. 3 Wzoru umowy Powierzenia Przetwarzania Danych Osobowych, stanowiącego załącznika nr 8 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, otrzymuje następujące brzmienie:

„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.”

ZATWIERDZAM:

Podpisano elektronicznie

**Dyrektor Generalny
Państwowej Agencji Atomistyki
/-/ Beata NOWOSIELSKA**