

Sejny, dnia 13 maja 2022 r.

RPG.271.5.2022

## ZESTAW PYTAŃ NR 1

### DO PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO

#### **ZADANIE: Dostawa oprogramowania eUsług oraz sprzętu wraz z usługą wdrożenia dla Miasta Sejny**

Pytanie 1:

PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE:

Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych parametrów, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Zamawiający wymaga przedłożenia Specyfikacji technicznych w języku polskim, lub innym języku z tłumaczeniem na język polski, poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, umożliwiające ich weryfikację. Wykonawca w dostarczonych dokumentach wskaże, której pozycji lub elementu dotyczy. W przypadku braku któregoś z parametrów w firmowych materiałach informacyjnych, Wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia tych danych stosownym oświadczeniem, podpisanym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy (co do zasady, oświadczenie nie dotyczy parametrów kluczowych, które np. potwierdzają główną funkcjonalność sprzętu).

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę powyższego na wymaganie dot. żądania próbki dostarczanego Oprogramowania, np. na wymaganie o nast. treści: W celu potwierdzenia zgodności oferowanych parametrów, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Zamawiający wymaga przedłożenia Próbkę dostarczanego Oprogramowania. Wykonawca zwraca się również z wnioskiem o wprowadzenie do SWZ dokumentu w postaci Procedury badania próbki.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Wykonawca wskazuje, że postawiony przez Zamawiającego wymóg nie odpowiada specyfice przedmiotu zamówienia i w żaden sposób nie potwierdza zgodności oferowanego oprogramowania z SWZ. Wymaganie specyfikacji technicznych jest właściwe dla sprawdzenia parametrów istniejącego sprzętu – „hardware`u”, który ma określone przez producenta właściwości, które nie są modyfikowane dla potrzeb danego postępowania. W niniejszym postępowaniu zaś przedmiotem zamówienia nie jest dostawa sprzętu, a dostawa i wdrożenie oprogramowania pod konkretne potrzeby Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 106 ust.1 PZP Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Wymaganie specyfikacji technicznych właściwych dla gotowego sprzętu, który nie jest przedmiotem niniejszego postępowania jest niezgodne z art. 106 ust.1 PZP. Wymaganie takich przedmiotowych środków dowodowych stoi również w sprzeczności z art. 106 ust.2 PZP, gdyż nie są to przedmiotowe środki dowodowe proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia. Jedyne żądanie próbki oprogramowania pozwala Zamawiającemu na sprawdzenie, czy dostarczane oprogramowanie, a ściślej mówiąc Zintegrowany System Dziedziny posiada wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności, a oprogramowanie w jego skład wchodzące jest w pełni zintegrowane.

Nadto, Wykonawca wskazuje, że takie ukształtowanie pkt. IV, ust.1 SWZ prowadzi wprost do ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Istnieją na rynku wykonawcy, którzy nie posiadają doświadczenia we wdrażaniu systemów będących przedmiotem niniejszego zamówienia, a składając ofertę opierają się niemalże w całości na podwykonawstwie innych podmiotów. Na etapie wykonania zamówienia okazuje się jednak, że tacy wykonawcy nie potrafią wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SWZ/OPZ, a zamawiający bądź to odstępują od umowy, bądź nie korzystają z niedziałającego lub niedziałającego poprawnie systemu. Nadto Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający nie wskazał, jakie parametry uznaje za kluczowe, potwierdzające główne funkcjonalności. Z uwagi na to istnieje ryzyko masowego potwierdzenia parametrów oświadczeniem własnym wykonawców, a nie producenta oprogramowania, co powoduje weryfikację zgodności z SWZ oferowanego oprogramowania iluzoryczną.

Reasumując, biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostarczenie ZSD jedynie badanie próbki oprogramowania pozwala Zamawiającemu stwierdzić, czy zaoferowane oprogramowanie posiada wymagane funkcjonalności, a poszczególne moduły ze sobą współpracują, przetwarzają dane.

**Odpowiedź: Zamawiający wymaga dostarczenia próbki dostarczanego Oprogramowania.**

Pytanie 2:

Dotyczy: załącznika nr 11 do SWZ, Wzór Umowy. W § 1 zawarto zapisy dot. zgłoszeń, w tym definicję czasu reakcji, czyli czasu, w którym zgłoszenie ma być zarejestrowane oraz czasu naprawy. Jednak w definicji czasu naprawy napisano, że czas naprawy liczony jest od momentu zgłoszenia, co kłóci się z definicją czasu reakcji. Skoro od momentu zgłoszenia do momentu rejestracji dysfunkcji jest liczony tzw. czas reakcji, to czas naprawy nie może być liczony od momentu zgłoszenia, lecz od momentu rejestracji. Prosimy o zmianę definicji czasu naprawy na „Czas Naprawy - okres od rejestracji Dysfunkcji do przywrócenia Systemu do stanu sprzed jej zgłoszenia szczegółowo opisany w Załączniku nr 3 do umowy.”.

**Odpowiedź: Definicje określają działania wzajemnie uzupełniające się, a nie wykluczające. Zapisy pozostają bez zmian.**

Pytanie 3:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia. W rozdziale Gwarancja – minimalne wymagania zawarto czasy realizacji zgłoszeń, które różnią się od zdefiniowanych w Załączniku nr 3 do umowy. Prosimy o potwierdzenie, że obowiązujące zapisy to te z Załącznika nr do umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający usuwa zapisy dot. czasów realizacji z OPZ. Obowiązujące pozostają zapisy z załącznika nr 3 do umowy.**

Pytanie 4:

Dotyczy: załącznika nr 11 do SWZ, Wzór Umowy oraz Załącznika nr 3 do umowy. Zawarto tam zapis „Zamawiający zostanie poinformowany pisemnie przez Wykonawcę o ustalonych przyczynach wystąpienia Dysfunkcji celem uniknięcia w przyszłości podobnych zdarzeń.”. Prosimy o potwierdzenie, że formą pisemną jest też mail oraz informacja na portalu do obsługi zgłoszeń.

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza jako formę pisemną wiadomość e-mail. Informacja na portalu obsługi zgłoszeń bez poinformowaniu osoby zgłaszającej (choćby mailem) o fakcie zamieszczenia takiej informacji jest niewystarczająca.**

Pytanie 5:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Migracja danych do zintegrowanego systemu dziedzinowego. Zamawiający zawarł tam zapisy:

- 1) Migracji danych podlegają również dane historyczne, tj. dane, które nie są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania Systemu w aktualnym okresie rozliczeniowym (roku) oraz w aktualnie obowiązującym otoczeniu prawnym.
- 2) Migracja danych w zakresie systemów podatkowych powinna dodatkowo objąć także okres 5 lat wstecz wraz z danymi dotyczącymi naliczonych podatków oraz wystawionych decyzji podatkowych, tak aby umożliwić wystawianie decyzji zmieniających za lata ubiegłe oraz prawidłowe ich ujęcie w sprawozdaniu dotyczącym skutków obniżenia stawek podatków.

Zwracamy uwagę, że standardowo dane historyczne nie podlegają migracji ze względu na fakt ich dostępności w poprzednich systemach. Dodatkowo należy wspomnieć, że lata księgowe w części podatkowej i finansowej są zamykane właśnie po to, aby ingerencja w te dane nie była możliwa. W takim wypadku prosimy o informację, czy Zamawiający potwierdzi spełnienie tego wymagania, jeżeli Wykonawca nie zmigruje danych historycznych, ale umożliwi wystawienie decyzji za lata ubiegłe w taki sposób, że możliwe będzie wprowadzenie decyzji za lata ubiegłe z dowolną, wyliczoną przez operatora kwotą wymiaru?

**Odpowiedź: Zamawiający oczekuje po wdrożeniu Systemu usprawnienia funkcjonowania urzędu i zautomatyzowania niektórych czynności a nie wprowadzania kolejnych czynności w postaci „wyliczania przez operatora kwot wymiaru”. Zamawiający zaakceptuje takie rozwiązanie jedynie w sytuacji, kiedy wyliczenie nie będzie uciążliwe dla operatora i realnie będzie sporadyczne a nie czynnością rutynową.**

**Zamawiający nie zaakceptuje takiego rozwiązania w przypadku danych kadrowo-płacowych.**

Pytanie 6:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Przygotowanie i dostarczenie dokumentacji projektowej oraz powykonawczej. Zamawiający zawarł tam zapis, wg którego dokumentacja administratora powinna zawierać "niezbędne loginy, hasła, kody dostępu, itp.". Przechowywanie loginów i haseł w jakiegokolwiek dokumentacji użytkowej odbiega od standardów bezpieczeństwa informacji. Tego typu dane nie powinny być zawarte w dokumentacji, lecz w oddzielnym zasobie (np. złożone w jednym, wyznaczonym przez Administratora Danych miejscu), do którego dostęp (szyfrowany) ma administrator systemu i Administrator Danych. Prosimy i usunięcie tego zapisu. Wszelkie hasła na etapie wdrożenia mogą być przekazane Zamawiającemu, jednak powinny być od razu zmienione przez Zamawiającego i złożone do przechowania w bezpiecznym miejscu.

**Odpowiedź: Zamawiający oczekuje dostarczenia w/w danych, a nie umieszczania ich w instrukcjach obsługi. Wszystkie dane wrażliwe (w tym dane osobowe czy loginy i hasła administratora) należy dostarczać w bezpiecznej formie (np. zaklejonej kopercie, czy dostarczone w zaszyfrowanym pliku).**

Pytanie 7:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział „Wymagania funkcjonalne – obszar kontrahenci, interesanci, mieszkańcy”. Zamawiający zawarł tam wymaganie „Moduł musi umożliwić prowadzenie pełnego rejestru kontrahenta w zakresie danych zgodnie z rejestrami: KRS i CEIDG”. Prosimy o sprecyzowanie, co kryje się pod pojęciem pełnego rejestru kontrahenta zgodnego z KRS i CEIDG? Z naszego doświadczenia wynika, że po to istnieją wspomniane rejestry, aby z nich korzystać w przeznaczony sposób, a rejestr kontrahentów w systemach dziedzinowych ma przede wszystkim spełniać wymagania użytkowników systemu i jego przeznaczenia. I tak np. rejestr kontrahentów w systemie finansowo-podatkowym ma zapewnić taki zakres danych, aby umożliwić wymiar podatki i jego windykację. Prosimy o wykreślenie tego zapisu, gdyż jest zbyt ogólny, ew. prosimy o dokładne określenie zakresu wymaganych pól.

**Odpowiedź: Zamawiający oczekuje, że system dziedzinowy będzie przechowywał wszystkie dane niezbędne do pełnej obsługi firm oraz osób prowadzących działalność gospodarczą na terenie gminy w zakresie obowiązków Gminy.**

Pytanie 8:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Wymagania funkcjonalne - obszar finanse i księgowość, księgowanie zobowiązań. Zamawiający zawarł tam zapis „Możliwość automatycznego przeksięgowania obrotów pomiędzy kontami księgowymi”. Prosimy o informację, czy przeksięgowania obrotów, wskazane przez Zamawiającego, dotyczą przeksięgowania, które wykonuje się na koniec roku księgowego (przykładowo konta zespołu 4 na konto 860)?

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza powyższe.**

Pytanie 9:

Dotyczy załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział dot. migracji. Zamawiający nie wspomniał, jakiego systemu dziedzinowego używa obecnie. A jest to niezbędne do oszacowania realizacji przedmiotu zamówienia. Prosimy o odpowiednią informację wraz z opisem, jakie opłaty są prowadzone w tym systemie. Jest to o tyle istotne, że w systemach tej klasy można dodawać dowolne opłaty, zdefiniowane ad hoc przez użytkownika systemu, więc taka informacja jest kluczowa pod kątem wykonania migracji.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający obecnie używa następujących systemów dziedzinowych:**

**1. INFO-SYSTEM moduły w zakresie:**

**a/ podatków od osób fizycznych (wymiar i księgowość):**

- od nieruchomości,
- rolnego,
- leśnego,
- od środków transportowych,
- łącznego zobowiązania pieniężnego.

**b/ od osób prawnych (wymiar i księgowość)**

- od nieruchomości,
- od środków transportowych.

**c/ opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi (wymiar i księgowość).**

**2. PERSEUS F.K. (księgowość budżetowa Urzędu Miasta Sejny, Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Sejnach i Żłobka Miejskiego w Sejnach, w tym opłaty za wieczyste użytkowanie, przekształcenie użytkowania wieczystego, dzierżawy, najmy, opłaty za zajęcie**

**pasa drogowego, zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych, opłaty stałej i za wyżywienie w żłobku).**

- 3. Xpertis (kadry i płace pracowników i zleceniobiorców Urzędu Miasta Sejny).**
- 4. Kadry i Płace Vulcan (kadry i płace nauczycieli oraz administracji i obsługi Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Sejnach).**
- 5. Mieszkańcy TenSoft Sp. z o.o. (ewidencja ludności, wybory, wojsko).**

Pytanie 10:

Dotyczy załącznika nr 8 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział dot. migracji. Prosimy o informację, czy obecny system dziedziny Zamawiającego rozбивa wpłaty na Łączne Zobowiązania Pieniężne na poszczególne rodzaje podatków? Jest to bardzo ważna część ewentualnej migracji i jest niezbędna do jej wyceny.

**Odpowiedź:**

**Tak, obecny system dziedziny rozбивa wpłaty na łączne zobowiązanie pieniężne na poszczególne rodzaje podatków.**

Pytanie 11:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, rozdział Opracowanie i uruchomienie e-usług na platformie ePUAP oraz na portalu Cyfrowego Urzędu. Zamawiający zawarł tam zapis „Zamawiający nie dopuszcza podlinkowania e-Uслуг z ePUAP, jednocześnie Zamawiający wymaga aby e-Uслуги uruchamiane na portalu posiadały mechanizmy automatycznej replikacji na platformę ePUAP”. Prosimy o wyjaśnienie, jak taka replikacja miałaby wyglądać w praktyce?

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje OPZ wykreślając zapis o replikacji.**

Pytanie 12:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, rozdział Wymagania funkcjonalne w obszarze kontrahenci, interesanci, mieszkańcy. Jedno z wymagań narzuca obowiązek posiadania zestawienia „struktura wieku wg grupowania ekonomicznego”. Prosimy o potwierdzenie, że chodzi o zestawienie struktury wiekowej mieszkańców z podziałem na wiek przedproduktywny, produktywny i poproduktywny.

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że chodzi o podział struktury wiekowej mieszkańców.**

Pytanie 13:

Dotyczy: załącznika nr 8 do SWZ, rozdział Wymagania funkcjonalne w obszarze kontrahenci, interesanci, mieszkańcy. Jedno z wymagań brzmi: „Moduł powinien wspierać głosowania korespondencyjne, w tym tworzenie wykazu pakietów”. Niestety nie wiadomo, o jakie pakiety chodzi? Prosimy o sprecyzowanie lub usunięcie wymagania, gdyż wybory korespondencyjne nie zostały usankcjonowane prawnie i organizacyjnie.

**Odpowiedź: Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 czerwca 2020 r. w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym**

Pytania do Wzoru umowy:

Pytanie nr 1

§1 ust. 7 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Załącznik nr 3 do Umowy – szczegółowy opis warunków gwarancji na usługę wdrożenia, Słownik pkt 4

Zgodnie z §1 ust. 7 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Dysfunkcja – zbiorcze określenie dla nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją lub też uciążliwość w pracy z Systemem”.

W imię zasady przejrzystości oraz wobec konieczności doprecyzowania definicji, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualnego brzmienia §1 ust. 7 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy oraz pkt 4 Załącznika nr 3 do Umowy – Szczegółowy opis warunków gwarancji na usługę wdrożenia na następujące brzmienie: „Dysfunkcja – nieprawidłowe działanie Oprogramowania. W szczególności Dysfunkcją jest działanie Oprogramowania niezgodnie z Dokumentacją”.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Pytanie nr 2

§1 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §1 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Oprogramowanie Wspomagające – wszelkie programy komputerowe w postaci kodu wynikowego, do których autorskie prawa majątkowe przysługują osobom trzecim, a na które Wykonawca udziela lub przekazuje Zamawiającemu licencje lub sublicencje na podstawie Umowy oraz nośniki, dokumentacje i aktualizacje takich programów komputerowych, niezbędne do działania Systemu, w tym systemy operacyjne i oprogramowanie bazodanowe oraz sterowniki”.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, jaka jest różnica pomiędzy Oprogramowaniem Wspomagającym a Oprogramowaniem Systemowym (np. oprogramowanie bazodanowe jest wymienione w obu rodzajach Oprogramowania).

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje w/w definicje:**

***Oprogramowanie Wspomagające – wszelkie programy komputerowe w postaci kodu wynikowego, do których autorskie prawa majątkowe przysługują osobom trzecim, a na które Wykonawca udziela lub przekazuje Zamawiającemu licencje lub sublicencje na podstawie Umowy oraz nośniki, dokumentacje i aktualizacje takich programów komputerowych, niezbędne do działania Systemu, np.: sterowniki, oprogramowanie biurowe, przeglądarki, itp.***

***Oprogramowanie Systemowe – oprogramowanie tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie, w tym systemy operacyjne, hyperwizory lub oprogramowanie bazodanowe.***

Pytanie nr 3

§ 2 ust. 2 pkt 5 Załącznik nr 11 do SWZ – Wzór umowy

W § 2 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy wskazano cytując: „przeprowadzenie instruktaży i szkoleń z wdrażanego sprzętu i oprogramowania”. Ile instruktaży i szkoleń i dla jakiej liczby personelu Zamawiającego zobowiązany jest przeprowadzić Wykonawca? W ocenie Wykonawcy nałożony na Wykonawcę obowiązek dotyczący szkoleń winien być jednoznacznie sprecyzowany, zatem Wykonawca wnosi o dokładne doprecyzowanie zakresu szkoleń, które mają być przeprowadzone przez Wykonawcę.

**Odpowiedź: Opis wymogów dot. szkoleń został zawarty w SWZ, w rozdziale: „Szkolenia z dostarczonej infrastruktury”. Zamawiający nie określa ilości szkoleń a jedynie cel ich przeprowadzenia i oczekiwane rezultaty. Z uwagi na mnogość systemów na rynku Zamawiający nie jest w stanie określić ile godzin będzie wymagało przeszkolenie pracowników z dostarczanego oprogramowania.**

Pytanie nr 4

§3 ust. 1 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

W jakiej formie Zamawiający przewiduje realizowanie obowiązku wzajemnego powiadamiania, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy?

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza jedynie formę pisemną.**

Pytanie nr 5

§3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji należytego Wykonania Umowy z wykorzystaniem opinii zewnętrznego podmiotu nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące: „Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jednak nie będących podmiotami wykonującymi działalność konkurencyjną wobec działalności Wykonawcy, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

**Odpowiedź: Zamawiający zgodnie z prawem zapewni poufność tajemnicy konkurencji.**

Pytanie nr 6

§5 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §5 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „W przypadku naliczenia przez Zamawiającego kar, o których mowa w § 18, Zamawiający dokona potrącenia należnej kwoty z faktury wystawionej przez Wykonawcę, a Wykonawca wyraża na to zgodę.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę, że wprowadzenie przedmiotowego postanowienia jest sprzeczne z zasadą ekwiwalentności, równości i zasadą przejrzystości, stojących u podstaw postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadza niedopuszczalne zachwianie uprawnień stron w zakresie wynikającym z możliwości narzucenia przez Zamawiającego odgórnie kary umownej, nawet przy braku ziszczenia się podstawowego warunku jakim jest wina Wykonawcy. Wykonawca pozbawiony zostaje tym samym możliwości wykazania przed Zamawiającym, że konkretne okoliczności zaistniały z przyczyn przez niego niezawinionych, a co za tym idzie brak jest postaw do naliczenia kary.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w tym zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. I CSK 748/12, nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Tym samym wobec nadmiernej arbitralności, jaką omawiane postanowienie wprowadza po stronie Zamawiającego oraz wobec jego niezgodności z prawem, Wykonawca wnioskuje o usunięcie § 5 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający przed nałożeniem kary, niezależnie od tego, w jaki sposób Wykonawca będzie miał karę zapłacić, musi udowodnić winę. Zapisy pozostają bez zmian.**

Pytanie nr 7

§7 ust. 6 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §7 ust. 6 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy „Wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie uwagi i zalecenia Zamawiającego. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że uwagi i zalecenia Zamawiającego stoją w sprzeczności z zasadami wiedzy technicznej, Wnioskiem o dofinansowanie Projektu, Studium wykonalności dla Projektu, bądź w istotny sposób wpływają na zwiększenie planowanych kosztów prac, bądź zostały przedstawione Wykonawcy w terminie uniemożliwiającym ich uwzględnienie z powodu zagrożenia wykonania przedmiotu Umowy, Wykonawca ma obowiązek powiadomić o tym Zamawiającego w formie pisemnej w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego uwag i zaleceń (...).”

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, kiedy Zamawiający udostępni Wykonawcy wymienione w umowie dokumenty, tj. Wniosek o dofinansowanie Projektu i Studium dla wykonalności Projektu – aby móc powiadomić Zamawiającego o ewent. niezgodności jego uwag i zaleceń z tymi dokumentami. Wykonawca musi mieć możliwość zapoznania się z wymienionymi w umowie dokumentami.

**Odpowiedź: Zamawiający udostępni dokumenty Wykonawcy wybranemu do realizacji przedmiotu postępowania po podpisaniu umowy. Obecne zapisy SWZ i OPZ są zgodne z Studium Wykonalności i Wnioskiem, zapis umowy dot. sytuacji przyszłej, która może zaistnieć w trakcie realizacji.**

Pytanie nr 8



#### §11 ust. 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §11 ust. 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 563 k.c., który ma odpowiednie zastosowanie do zawieranej pomiędzy Stronami Umowy. Na podstawie wskazanego przepisu, przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu.

Mając na uwadze regulację kodeksu cywilnego oraz ogólnych reguł obowiązujących przy umowach zawieranych pomiędzy podmiotami profesjonalnymi, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o zmodyfikowanie aktualnego brzmienia § 11 ust. 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące tak by pozostawało w zgodzie z zacytowaną wyżej regulacją Kodeksu cywilnego:

„Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy. Zamawiający zbada przedmiot Umowy i poinformuje Wykonawcę o wykrytej wadzie przedmiotu Umowy niezwłocznie po jej stwierdzeniu w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności czynności. Brak dochowania wymogu niezwłoczności zgłoszenia wady przedmiotu Umowy skutkuje utratą uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi.”

#### **Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

#### Pytanie nr 9

##### § 12 ust. 6 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację § 12 ust. 6 umowy przez usunięcie „(...) lecz jest zobowiązany wskazać przyczynę nieprawidłowego działania Systemu poprzez wskazanie elementu, który ją powoduje, a jeżeli to możliwe także podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie takiej nieprawidłowości działania Systemu”. Obowiązek wskazania przyczyny, która powoduje Dysfunkcję może wiązać się z koniecznością poświęcenia przez Wykonawcę znacznej ilości czasu celem dokładnego sprecyzowania, co powoduje Dysfunkcję, Wykonawca nie powinien być zobowiązany do wykonania prac, które wykraczają poza zakres udzielonej gwarancji.

**Odpowiedź: Zamawiający oczekuje, że jeśli w ocenie Wykonawcy, przyczyna Dysfunkcji leży poza jego Systemem, to wskaże co jego zdaniem jest przyczyną powstawania Dysfunkcji. Powyższe ma za zadanie zminimalizować ryzyko udzielania przez serwis Wykonawcy nieuzasadnionych i nieopartych na rzeczywistej analizie odpowiedzi wymijających i przerzucających odpowiedzialność na inne podmioty lub elementy infrastruktury Zamawiającego.**

#### Pytanie nr 10

§ 12 ust. 8 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy oraz

Załącznik nr 3 do Umowy – Szczegółowy opis warunków gwarancji na usługę wdrożenia, Procedura podejmowania Prac Serwisowych pkt 6

W paragrafie 12, Gwarancja, ust. 8 Zamawiający zawarł następujące postanowienie „Terminy wskazane w Załączniku nr 3 do Umowy liczone są od chwili dokonania zgłoszenia”. Wnosimy o:

zmianę tego postanowienia na następujące: „Terminy wskazane w Załączniku nr 3 do umowy liczone są od chwili przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę”

oraz odpowiednio o zmianę zapisu o treści „od momentu dokonania Zgłoszenia Serwisowego” zawartego w Załączniku nr 3 do Umowy pkt 6 Procedura podejmowania Prac Serwisowych na następujący: „od momentu przyjęcia Zgłoszenia Serwisowego”.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ. Wykonawca może celowo opóźnić przyjęcie zgłoszenia.**

Pytanie nr 11

§ 12 ust. 16 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z § 12 ust. 16 Załącznika nr 11 do SWZ „W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wywołującym skutek wyłącznie w stosunku do jej części, gwarancja w zakresie części przedmiotu Umowy nieobjętej skutkiem odstąpienia rozpoczyna bieg od momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu i trwa przez okres wymagany w Umowie”.

Wykonawca wnosi o zmianę aktualnego brzmienia §12 ust. 16 Załącznika nr 11 do SWZ – Umowa na następujące brzmienie:

„W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wywołującym skutek wyłącznie w stosunku do jej części , gwarancja w zakresie części przedmiotu Umowy nieobjętej skutkiem odstąpienia biegnie dalej i trwa przez okres wymagany w Umowie”.

**Odpowiedź: Zamawiający akceptuje zmianę i wprowadza ją do wzoru umowy.**

Pytanie nr 12

§ 14 ust. 1 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Czy do Wykonawcy należy wybór czy przekazać majątkowe prawa autorskie czy udzieli licencji do korzystania ze wszystkich dóbr własności intelektualnej wykonanych lub dostarczonych w ramach Umowy? Ewentualnie Wykonawca wnosi o doprecyzowanie § 14 ust. 1 wzoru umowy poprzez dodanie na końcu analizowanego postanowienia, że: do Wykonawcy należy wybór formy przekazania praw własności intelektualnej do Przedmiotu Umowy.

**Odpowiedź: Zgodnie z wzorem umowy to Wykonawca decyduje na jaką część przedmiotu udziela licencji a jakie prawa przenosi – poza wyjątkami określonymi w Umowie.**

Pytanie nr 13

§14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji zgodności z wymogami określonymi przez producenta Oprogramowania nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania, jednak Zamawiający nie będzie zwracać się w tym celu do podmiotów świadczących działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy.”

**Odpowiedź: Zamawiający zgodnie z prawem zapewni poufność tajemnicy konkurencji.**

Pytanie nr 14

§17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Niezależnie od postanowień poprzednich punktów, Wykonawca zezwala Zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych utworach. Wiedza ta może być wykorzystana w dowolny sposób przez Zamawiającego teraz i w przyszłości, w tym m.in. przekazana przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym.”

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.), czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 u.z.n.k.).

Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.).

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o wykreślenie §17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy jako niezgodnego z przepisami prawa powszechnie obowiązującego – wykorzystanie przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy do której należy m.in. wiedza techniczna i organizacyjna Wykonawcy, a w szczególności przekazanie jej przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który podlega sankcjom z art. 18 u.z.n.k.

**Odpowiedź: Zamawiający, zgodnie z prawem, zapewni poufność tajemnicy konkurencji.**

Pytanie nr 15

§17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z brzmieniem §17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe i niewypowiadalne prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.

13. W przypadku gdyby postanowienie o nie wypowiedzalności licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne przewidziane w poprzednim ustępie okazało się nieskuteczne lub nieważne, a Wykonawca byłby uprawniony do wypowiedzenia licencji, Strony uzgadniają dla Wykonawcy 10-letni (słownie: dziesięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.

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

15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.

16. Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że podmiot trzeci nie wypowie udzielonych licencji. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.

17. W przypadku gdy Wykonawca lub podmiot trzeci, mimo zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, wypowie licencję, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego, na jego żądanie, kwoty odpowiadającej sumie opłaty licencyjnej za Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne określonej w Umowie oraz rzeczywiście poniesionych przez Zamawiającego kosztów zapewnienia (w tym uzyskania licencji i wdrożenia) rozwiązania zastępczego, umożliwiającego dalszą eksploatację Systemu.

18. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Oprogramowania Dedykowanego, Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.”

W tym miejscu wskazuję, iż przeważający w doktrynie pogląd o braku możliwości wyłączenia „wypowiadalności” licencji udzielonej na czas nieoznaczony wynika z wykładni przepisu art. 68 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w powiązaniu z normą art. 365<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 kodeks cywilny (dalej: k.c.) Pierwszy z przepisów stanowi, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Niemniej jednak norma art. 365<sup>1</sup> k.c. – mająca zastosowanie do wszelkich zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym – skutkuje uznaniem, że postanowienie licencji zawartej na czas nieoznaczony, wyłączające lub ograniczające uprawnienie do jej wypowiedzenia, byłoby postanowieniem nieważnym. W konsekwencji umowa licencyjna nie pozwala na zagwarantowanie obowiązku stron utrzymywania licencji w sposób trwały, nieograniczony w czasie.

W doktrynie ponadto podkreśla się, że wieloletnie terminy wypowiedzenia zmierzają wprost do obejścia prawa, a sądy powszechnie orzekające na temat takich stanów faktycznych uznają wieloletnie terminy wypowiedzenia za nieważne, skutkiem czego zastosowanie mają wówczas przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych – zatem zgodnie z art. 68 ust. 1 powołanej ustawy, gdy licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca (Wykonawca) może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące brzmienie:

#### „WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie z Standardowego Oprogramowanie Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.
13. Strony uzgadniają dla Wykonawcy 5-letni (słownie: pięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.
14. Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w szczególności gdy Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie zostanie wystosowane w formie pisemnej i zawierać będzie zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wskazanych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.
15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.
16. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.

17. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Oprogramowania Dedykowanego, Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.”

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na skrócenie okresu do 7 lat**

Pytanie nr 16

§ 17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z § 17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy „, Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne) oraz przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, w których Zamawiający posiada akcje lub udziały).

Przy tak sformułowanym postanowieniu Wykonawca nie jest w stanie oszacować ilości potrzebnych licencji dla nieokreślonego kręgu podmiotów oraz liczby użytkowników.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące brzmienie:

„, Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne).

**Odpowiedź: Powyższy zapis ma za zadanie zabezpieczyć interes Zamawiającego w przypadku gdyby zdecydował się np. oddelegować część swoich zadań jednostce podległej, którą by utworzył w tym celu. Zamawiający nie zamierza dowolnie rozszerzać ilości licencji.**

Pytanie nr 17

§ 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się o potwierdzenie, czy w zakresie wszelkich kar umownych określonych w tym paragrafie, w przypadku wymienionej wysokości wynagrodzenia, chodzi o wynagrodzenie brutto.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, Wykonawca wnosi o zmianę polegającą na tym, że wszelkie kary umowne określone w Umowie, w tym w szczególności w tym paragrafie będą obliczane od wartości netto wynagrodzenia. Należy wskazać, że sama kara umowna nie podlega opodatkowaniu podatkiem VAT, ponieważ nie stanowi ona ani dostawy towaru ani wykonania usługi. Ponadto na karę umowną nie wystawia się faktury, lecz notę księgową, tak więc nieuzasadnione jest odwoływanie się do kwoty brutto wynagrodzenia. Postanowienia wprowadzające kary umowne w odniesieniu do wynagrodzenia brutto należy uznać za rażąco nieproporcjonalne, bowiem Wykonawca powinien być karany od wartości świadczenia, a nie od podatku jaki ma obowiązek uiścić. Kara powinna się zatem odnosić do faktycznego hipotetycznego dochodu wykonawcy.

**Odpowiedź: Wszystkie kary odnoszą się do kwot brutto.**

Pytanie nr 18

§18 ust. 1 pkt 1) lit. a i b Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wysokości kar umownych określonych we wzorze umowy. Zdaniem Wykonawcy kara umowna określona w §18 ust. 1 pkt 1 lit. a i b jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z §18 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy, „Strony zgodnie oświadczają, że stosowanie kar umownych przyjmują w oparciu o Kodeks cywilny w taki sposób, że:

1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- a) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,
- b) jeżeli czynności zastrzeżone dla osób wymienionych w § 9 ust. 3 pkt 2) - 6) będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 5 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdą niezaakceptowaną przez Zamawiającego osobę,

Ze względu na nieuzasadnioną wysokość kar umownych i w związku z okolicznością, iż istnieje ryzyko, że kwota zaproponowanej przez Zamawiającego kary umownej uznana zostanie za rażąco wygórowaną, Wykonawca w celu usunięcia powstałych wątpliwości zwraca się z prośbą o zmianę dotychczasowego brzmienia §18 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- a) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień roboczy zwłoki,
- b) jeżeli czynności zastrzeżone dla osób wymienionych w § 9 ust. 3 pkt 2) – 6) będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdą niezaakceptowaną przez Zamawiającego osobę,

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Pytanie nr 19

§18 ust. 1 pkt 1) lit. c Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Jakie kary ( i grzywny) wskazane w postanowieniu zawartym w § 18 ust. 1 pkt 1) lit. c Załącznika nr 11 do SWZ Zamawiający ma na myśli: czy te wynikające z ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych? Jeżeli odpowiedź na przedmiotowe pytanie będzie twierdząca Wykonawca wnosi, aby Zamawiający do analizowanego postanowienia § 18 ust. 1 pkt 1) lit. c dodał zdanie o następującej treści:” Zapłata kary (lub grzywny) nastąpi w terminie 14 dni od wysłania wezwania do zapłaty do Wykonawcy zawierającego kopię decyzji administracyjnej, z której wynika odpowiedzialność Wykonawcy”.

**Odpowiedź: Zamawiający przychyła się do propozycji Wykonawcy i dodaje proponowane zdanie do treści umowy.**

Pytanie nr 20

§18 ust. 1 pkt 1) lit. d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §18 ust. 1 pkt 1) lit. d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne „za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust.1”.

Taki sposób określenia zasad odpowiedzialności narusza równowagę kontraktową stron w nadmiernym stopniu. Na podstawie tak sformułowanej klauzuli Wykonawca przejmuje na siebie w zasadzie wszystkie ryzyka, jakie mogą wystąpić w procesie realizacji Umowy i uniemożliwić jej terminową realizację. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności i negatywnych następstw zdarzeń, które nie są zależne od jego woli, a mieścić się będą według stanowiska Zamawiającego w nieostrym pojęciu „okoliczności leżących po stronie Wykonawcy”.

W orzecznictwie KIO skutecznie kwestionowana jest treść SWZ w zakresie w jakim przewiduje ona zamieszczenie we wzorze umowy klauzuli wiążącej kary umowne z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada, uznając to za przejaw naruszenia przepisów KC (art. 353<sup>1</sup> – zasada swobody umów, art. 5 –nadużycie prawa podmiotowego) oraz PZP (art. 7 i 29 – zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców) – tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 maja 2014 r., sygn. KIO 923/14.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Zgodnie z wnioskami Raportu Urzędu Zamówień Publicznych z marca 2018 r., dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Od stron umowy o zamówienie publiczne wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości.

Wobec niejednoznacznego rozumienia zacytowanego postanowienia („przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” która to przesłanka obejmuje również stany faktyczne niezawinione przez Wykonawcę) oraz wobec zastrzeżenia zbyt wysokiej kary umownej (zastrzeżenie kary umownej w nadmiernej wysokości zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego), Wykonawca proponuje zmianę dotychczasowego brzmienia §18 ust. 1 pkt 1 lit. d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne „d) za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust.1 Umowy. W przypadku odstąpienia od części Umowy kara umowna będzie zmniejszona proporcjonalnie do zakresu Umowy zrealizowanego przez Wykonawcę – 10% wynagrodzenia brutto proporcjonalnie do zakresu Umowy, od którego Zamawiający odstąpił z winy Wykonawcy”.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Pytanie nr 21



§ 18 ust. 2 - Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 18 ust. 2:

„Jeżeli kara umowna nie pokrywa szkody, Zamawiający ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym do wysokości poniesionej szkody”.

Wykonawca proponuje następującą treść § 18 ust. 2

„Jeżeli kara umowna nie pokrywa szkody, Zamawiający ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”.

Celem takiego doprecyzowania jest wyłączenie z interpretacji sytuacji dochodzenia odszkodowania za utracone korzyści zamawiającego.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Pytanie nr 22

§ 18 - Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

We wzorze umowy brak jest postanowień określających górny limit możliwych do naliczenia kar umownych w stosunku do wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Z uwagi na powyższe Wykonawca wnosi o dodanie do § 18 Załącznika nr 11 do SWZ postanowienia przewidującego maksymalną wysokość kar umownych jakie Zamawiający może naliczyć.

Proponowane brzmienie postanowienia:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego nie może przekroczyć 30 % kwoty wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy”.

Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 30% kwoty wartości umowy netto, Wykonawca zwraca się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcy na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie.

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje wzór umowy wprowadzając maksymalną kwotę kar umownych do wartości umowy.**

Pytanie nr 23

§ 18 Załącznika nr 11 do SWZ - Wzór umowy

We wzorze umowy nie została wprowadzona ogólna limitacja odpowiedzialności kontraktowej stron, co uniemożliwia Wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk wynikających z umowy a w konsekwencji poprawną wycenę oferty.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dodanie do §18 wzoru umowy Załącznika nr 11 do SWZ postanowienia w następującym brzmieniu:

„Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest do wysokości 100% wynagrodzenia umownego netto Wykonawcy z tytułu realizacji umowy, o którym mowa w §5 ust. 1 umowy”.

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje wzór umowy wprowadzając maksymalną kwotę kar umownych do wartości umowy.**

Pytanie nr 24

§ 18 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Czy zgodnie z § 18 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy Zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy przewiduje oprócz naliczenia kary umownej za odstąpienie od umowy naliczenie dodatkowo kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy? Z utrwalonej linii orzeczniczej wynika, że po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy.

Wobec powyższego, Wykonawca wnosi o dodanie do § 18 ust. 3 umowy następującego zdania: „(...) W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego nie jest on uprawniony do kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy”.

**Odpowiedź: Zgodnie z SWZ.**

Pytanie nr 25

§ 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, że w zakresie wszelkich wymienionych kar umownych chodzi o dni robocze.

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że w zakresie wszelkich wymienionych kar umownych chodzi o dni robocze.**

Pytanie nr 26

§19 ust. 1 pkt 5) Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca wnioskuję o zmianę § 19 ust. 1 pkt 5) Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące: Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy jeżeli „zawiniona zwłoka Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 wyniesie co najmniej 10 dni”.

**Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje zapisy wzoru umowy, zmieniając „opóźnienie” na „zwłokę”.**

Pytanie nr 27

§14 ust. 4 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §14 ust. 4 Załącznika nr 11 do SWZ – „W zakresie, w jakim z brzmienia Umowy lub właściwości Oprogramowania wynika, że Oprogramowanie lub jego komponenty (np. aplikacja

użytkownika końcowego, skrypty, applety, inne elementy stron internetowych lub ekrany interfejsu użytkownika) przeznaczone są do udostępnienia osobom trzecim, udzielone lub zapewniane przez Wykonawcę upoważnienie (licencja) na korzystanie z Oprogramowania obejmuje również obrót takim Oprogramowaniem lub jego komponentami, w tym ich wprowadzenie do obrotu, użyczenie lub najem, a także inne rozpowszechnienie, w tym publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. W zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapewnienia zgodnego z prawem korzystania z komponentów Oprogramowania przez osoby trzecie, Zamawiający jest uprawniony do udzielania takim osobom sublicencji.”.

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że celem wprowadzenia tego zobowiązania jest uzyskanie przez Zamawiającego gwarancji, że oprogramowanie będzie wykorzystane zgodnie z jego przeznaczeniem – celem Zamawiającego nie jest zaś przejęcie od Wykonawcy uprawnień do komercyjnego obrotu Oprogramowaniem lub jego komponentami.

**Odpowiedź: Zamawiający nie ma zamiaru prowadzić obrotu komercyjnego w/w oprogramowania.**

Pytanie nr 28

§ Przetwarzanie danych osobowych

Czy Zamawiający w ramach realizacji umowy planuje powierzać Wykonawcy do przetwarzania dane osobowe. Jeżeli Zamawiający przewiduje powierzenie Wykonawcy przetwarzanie danych osobowych, w umowie powinny znaleźć się odpowiednie postanowienia dotyczące m.in. celu, zakresu i sposobu przetwarzania powierzonych danych (obecnie brak takich postanowień w umowie), ewentualnie powinien być udostępniony odrębny wzór umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Wykonawca wnosi o udostępnienie wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

**Odpowiedź: Zamawiający załącza wzór umowy do dokumentacji przetargowej.**