

URZĄD KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

BA.WZP.26.35.2023.7

Warszawa, 05.12.2023 r.

Wykonawcy

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **Świadczenie usług wsparcia i modyfikacji Elektronicznego Obiegu Dokumentów – ESOD**. Sprawa nr BA.WZP.26.35.2023

Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w ramach projektu współfinansowanego przez Unię Europejską pn. **„Finansowanie zaplecza technicznego i szkoleniowego dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej w 2023 r.” nr POPC.04.01.01-00- 0073/22**

WYJAŚNIENIA NR 1 ORAZ ZMIANA NR 1 TREŚCI SWZ

Zamawiający, Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej, działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), poniżej udostępnia treść zapytań (bez ujawniania źródła zapytania) wraz z wyjaśnieniami treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej zwaną „SWZ”:

PYTANIA DOTYCZĄCE ZAŁĄCZNIKA NR 6 DO SWZ – PROJEKTU UMOWY

Pytanie 1:

Wykonawca zwraca się zapytaniem czy Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy (w komparycji umowy przy oznaczeniu Wykonawcy) miejsca na nr BDO Wykonawcy. Zgodnie z art. 63 Ustawy o odpadach „Podmiot, o którym mowa w art. 57 ust. 1, jest obowiązany umieszczać numer rejestrowy na dokumentach sporządzanych w związku z prowadzoną działalnością.”

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż dopuszcza możliwość wprowadzenia nr BDO na etapie przygotowywania umowy.

Pytanie 2:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie rozbieżności pojawiających się w treści Umowy w zakresie określenia przedmiotu Umowy.

Przedmiot umowy określony w Paragraf 2 ust. 2 obejmuje:

- „a) wykonanie usługi wsparcia i modyfikacji systemu ESOD;
- b) wykonanie usługi modyfikacji systemu ESOD”.

Zarówno w pkt. a i b mowa jest o modyfikacji systemu ESOD, czy Zamawiający rozdzielać w dwóch pkt. usługi modyfikacji miał na myśli innego rodzaju usługi?

Ponadto Zamawiający posługuje się w różnych częściach umowy pojęciem „aktualizacji” np. Paragraf 3 ust.1: „W ramach usługi wsparcia i aktualizacji, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do (...)”; paragraf 5 ust. 1 lit 1) „ 1) wykonania usługi wsparcia i aktualizacji systemu

ESOD oraz usługi modyfikacji systemu ESOD w okresie 36 miesięcy tj. od dnia do dnia

Przedmiot umowy w paragrafie 2 nie odnosi się do „aktualizacji systemu”. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o konsekwentne określenie przedmiotu Umowy w każdej części Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż dokonuje zmiany w treści SWZ.

Zamawiający poprawia numerację w umowie Paragraf 2 ust. 2:

„W ramach Przedmiotu Umowy Wykonawca zapewni na rzecz Zamawiającego:

- 1) wykonanie usługi wsparcia i modyfikacji systemu ESOD;
- 2) wykonanie usługi modyfikacji systemu ESOD.”

Pytanie 3:

Dotyczy postanowień Paragrafu 10 Umowy - Zapis paragrafu 10 ust. 7 jest niezgodny z ustawą o podatku od towarów i usług (upty).

Zgodnie z art. 19a ust. 3 upty, usługę, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego okresu, do którego odnoszą się te płatności lub rozliczenia, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi. Usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres dłuższy niż rok, dla której w związku z jej świadczeniem w danym roku nie upływają terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego roku podatkowego, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi.

Usługa wsparcia rozliczana jest w miesięcznych okresach rozliczeniowych, więc taki protokół nie może stanowić podstawy do wystawienia faktury. Usługę uznaje się za wykonaną z upływem ostatniego dnia okresu rozliczeniowego. W związku z powyższym nie można uzależniać wystawienia faktury od protokołu odbioru.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca zwraca się z wnioskiem o usunięcie postanowień Paragrafu 10 oraz zawarcie w nim ust. 1 o treści:

„Wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury za świadczone w danym Okresie Rozliczeniowym usługi wsparcia na koniec każdego Okresu Rozliczeniowego”.

oraz jednocześnie dokonanie odpowiedniej zmiany brzmienia Paragraf 12 ust.6 Umowy.

W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie w Paragrafie 10 ust. 8 o treści:

„Jeżeli bez uzasadnionej przyczyny, Zamawiający nie przystąpi do procedury odbioru lub bez uzasadnionej przyczyny, odmówi podpisania jakiegokolwiek protokołu w terminie wskazanym w ust.3 powyżej, Wykonawca ma prawo dokonania odbioru jednostronnego oraz jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu, który stanowić będzie podstawę płatności i stwierdzenia wykonania prac nim objętych”.

Wskazać należy, że niedopuszczalna jest sytuacja braku odbioru przedmiotu Umowy przez Zamawiającego w sytuacji realizacji wszystkich zobowiązań. Powyższe postanowienie ma na celu wyeliminowanie takich sytuacji.

Ponadto Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragrafu 7 ust. 6 w poniższy sposób:

„Zamawiający zaakceptuje poprawiony Protokół odbioru usługi wsparcia jeśli będzie on uwzględnił zgłoszone zastrzeżenia i uwagi albo szczegółowe uzasadnienie niemożności uwzględnienia zastrzeżeń i uwag zgłoszonych przez Zamawiającego. W przeciwnym przypadku Zamawiający uprawniony jest do ponownego wzywania Wykonawcy do uwzględnienia zastrzeżeń i uwag na zasadach określonych w ust. 3-5 albo rozwiązania niniejszej Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia i żądania kary umownej zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 9 Umowy”.

Projekt jest współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu Państwa w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020

Wskazane powyżej prawo Zamawiającego do rozwiązania Umowy po jednokrotnym wezwaniu do uwzględnienia uwag Zamawiającego stanowi zbyt daleko idące uprawnienie, co niewątpliwie znacząco zwiększa ryzyko Wykonawcy i jako takie zdecydowanie wpłynie na cenę usługi.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż dokonuje zmiany w treści SWZ.

Zamawiający dodaje w Paragrafie 10 ust. 8 następujący zapis:

„Jeżeli bez uzasadnionej przyczyny, Zamawiający nie przystąpi do procedury odbioru, Wykonawca ma prawo dokonania odbioru jednostronnego oraz jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu, który stanowić będzie podstawę płatności i stwierdzenia wykonania prac nim objętych.”

Pytanie 4:

Dotyczy Paragrafu 11.

Wykonawca zwraca uwagę, że organy podatkowe stają na stanowisku, że fakturowanie usług, które nie są rozliczane w okresach rozliczeniowych powinno następować po wykonaniu usługi rozumianym jako przekazanie do odbioru. Podpisanie protokołu nie powinno sztucznie odraczać rozpoznania obowiązków podatkowych i fakturowania.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragraf 11 ust. 8 w poniższy sposób:

„8. Zgłoszenie do odbioru usługi modyfikacji przez Wykonawcę stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT”.

oraz jednocześnie dokonanie odpowiedniej zmiany brzmienia Paragraf 12 ust.6 Umowy.

W razie nieuwzględnienia przez Zamawiającego powyższej modyfikacji wnioskujemy o wprowadzenie w Paragrafie 8 ust. 9 treści:

„ 9. Jeżeli bez uzasadnionej przyczyny, Zamawiający nie przystąpi do procedury odbioru lub bez uzasadnionej przyczyny, odmówi podpisania jakiegokolwiek protokołu w terminie wskazanym w ust.4 powyżej, Wykonawca ma prawo dokonania odbioru jednostronnego oraz jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu, który stanowi będzie podstawę płatności i stwierdzenia wykonania prac nim objętych”.

Wskazać należy, że niedopuszczalna jest sytuacja braku odbioru przedmiotu Umowy przez Zamawiającego w sytuacji realizacji wszystkich zobowiązań. Powyższe postanowienie ma na celu wyeliminowanie takich sytuacji.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 5:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragraf 11 ust. 7 w poniższy sposób:

„Zamawiający przyjmie poprawiony Przedmiot Umowy, jeżeli będzie on uwzględnił zgłoszone zastrzeżenia i uwagi albo szczegółowe uzasadnienie niemożności uwzględnienia zastrzeżeń i uwag zgłoszonych przez Zamawiającego. W przeciwnym przypadku Zamawiający uprawniony jest do ponownego wzywania Wykonawcy do uwzględnienia zastrzeżeń i uwag na zasadach określonych w ust. 4-6 albo rozwiązania Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia i ządania kary umownej zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 9 Umowy”.

Wskazane powyżej prawo Zamawiającego do rozwiązania Umowy po jednokrotnym wezwaniu do uwzględnienia uwag Zamawiającego stanowi zbyt daleko idące uprawnienie, co niewątpliwie znacząco zwiększa ryzyko Wykonawcy i jako takie zdecydowanie wpłynie na cenę usługi.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 6:

Z uwagi na wymogi wskazane w art. 4 i 5 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. dotyczące konieczności złożenia oświadczenia o statusie dużego przedsiębiorcy, Wykonawca wnosi o uzupełnienie § 12 Umowy o ustęp o następującej treści:

„Wykonawca oświadcza, iż posiada/nie posiada statusu dużego przedsiębiorcy [wybrać właściwe].”

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 7:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragrafu 13 ust. 1 – 6 Umowy na ust. 1 o poniższej treści:

„1. Wykonawcy przysługuje możliwość zmiany wynagrodzenia, w przypadku wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez GUS, na następujących zasadach:

a. zmiana wynagrodzenia nastąpi w oparciu o Miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego /źródło GUS www.stat.gov.pl/. Zmiana wynagrodzenia nastąpi w oparciu o wartość wzrostu tego wskaźnika w minionych miesiącach obowiązywania niniejszej Umowy począwszy od pierwszego miesiąca trwania umowy lub pierwszego miesiąca po ostatniej waloryzacji.

b. pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia niniejszej Umowy;

c. zmiana wynagrodzenia nie może następować częściej niż co 6 miesięcy;

d. w sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany wynagrodzenia, Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu do rozpatrzenia pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności dotyczących okresu, za który waloryzacja ma nastąpić:

i. wniosek powinien zawierać wskazanie odpowiedniego wskaźnika GUS, będącego podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła jego zmiana uzasadniająca żądanie, co stanowić będzie potwierdzenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia;

ii. ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie Umowy;

iii. wniosek powinien zostać rozpatrzony przez Zamawiającego w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania. Zamawiający uprawniony jest do zgłoszenia ewentualnych błędów rachunkowych we wniosku, które powinny być niezwłocznie usunięte przez Wykonawcę. W przypadku uzgodnienia nowej wysokości wynagrodzenia Strony zawrą stosowny pisemny aneks do Umowy, którego projekt stanowić będzie załącznik do wniosku.

iv. Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia w toku realizacji umowy nie może przekroczyć 40% maksymalnego wynagrodzenia netto Wykonawcy określonego w par. 7 Umowy”.

Zdaniem Wykonawcy obecne postanowienia Umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawnej określonej w art. 439 pzp. Istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Przy obecnym brzmieniu Umowy Wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty ryzyko związane ze wzrostem kosztów realizacji – co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. Pozorność obecnych postanowień o waloryzacji wynika z faktu, że Wykonawca w oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby

zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o modyfikację klauzuli waloryzacyjnej w zaproponowany sposób.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 8:

Czy, z uwagi na określenie poziomu kar w sposób powodujących znaczny wzrost ryzyka projektowego po stronie Wykonawcy, które to ryzyko będzie musiało być uwzględnione w cenie, Zamawiający wyraża zgodę na zmniejszenie kar umownych, o których mowa w Paragrafie 14 ust. 1 Umowy oraz ich modyfikację zgodnie z poniższą propozycją:

„Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu następujących kar umownych w poniższych przypadkach:

*1) niedotrzymania terminu przedstawienia pracochłonności, o których mowa w § 4 ust. 2 Umowy – kwotę w wysokości **0,025%** wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 pkt 2 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

*2) niedotrzymania terminu wykonania zlecenia, o którym mowa w § 4 ust. 4 Umowy – kwotę w wysokości **0,05%** wynagrodzenia **netto brutto** danego zlecenia – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

*3) niedotrzymania terminu poprawienia prac, o którym mowa w § 10 ust. 5 Umowy – kwotę w wysokości **0,05%** wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

*4) niedotrzymania terminu poprawienia prac, o którym mowa w § 11 ust. 6 Umowy – kwotę w wysokości **0,05%** wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 pkt 2 niniejszej Umowy – za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*

5) niedotrzymania któregokolwiek z terminów:

*a) usunięcia awarii/błędów poziomu 1/błędów poziomu 2, o których mowa w załączniku nr 2 do Umowy – kwotę w wysokości **0,025%** wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,*

*b) usunięcia błędów poziomu 3/błędów poziomu 4, o których mowa w załączniku nr 2 do Umowy – kwotę w wysokości **0,05%** wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*

*6) niewykonywania usługi wsparcia systemu ESOD zgodnie z zakresem określonym w § 3 Umowy – kwotę w wysokości **300,00** zł (słownie: trzysta złotych, 00/100) – za każde stwierdzone naruszenie;*

7) za każde kolejne wystąpienie w danym okresie rozliczeniowym:

*a) awarii, ponad liczbę określoną w ust. 3 pkt 1 załącznika nr 2 do Umowy – kwotę w wysokości **750,00** PLN (słownie: siedemset pięćdziesiąt złotych, 00/100);*

*b) błędu poziomu 1, ponad liczbę określoną w ust. 3 pkt 2 załącznika nr 2 do Umowy – kwotę w wysokości **750,00** PLN (słownie: siedemset pięćdziesiąt złotych, 00/100);*

*c) błędu poziomu 2, ponad liczbę określoną w ust. 3 pkt 3 załącznika nr 2 do Umowy – kwotę w wysokości **750,00** PLN (słownie: siedemset pięćdziesiąt złotych, 00/100);*

*8) odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – kwotę w wysokości **10%** rocznego wynagrodzenia **netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 niniejszej Umowy, pomniejszonego o kwotę wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia do dnia odstąpienia lub wypowiedzenia;*

Projekt jest współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu Państwa w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020

9) odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – kwotę w wysokości **10% rocznego wynagrodzenia netto brutto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 niniejszej Umowy, pomniejszonego o kwotę wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia do dnia odstąpienia”.

Jednocześnie prosimy o modyfikację tych postanowień w ten sposób, iż Zamawiający będzie naliczał kary umowne od „wartości wynagrodzenia netto”. Zważywszy, że odszkodowanie wypłaca się zawsze od kwoty netto (podatek VAT nie jest składnikiem wynagrodzenia wykonawcy) właściwą praktyką jest formułowanie zapisów dotyczących kar w oparciu o wynagrodzenie netto. Zamawiający planuje naliczać kary od wartości umowy brutto, czyli również od pobranego do przekazania Skarbowi Państwa podatku VAT. Tymczasem, jeśli kara ma być proporcjonalna do wynagrodzenia Wykonawcy to powinna się odnosić do wartości netto, ponieważ podatek VAT nie jest wynagrodzeniem Wykonawcy, tylko podatkiem pobranym do odprowadzenia do urzędu skarbowego. Wykonawca nie zarabia na VATcie. VAT nie należy do Wykonawcy tylko do budżetu państwa. Wynagrodzeniem Wykonawcy jest kwota netto.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 9:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragrafu 14 ust. 4 w poniższy sposób:

„Jeżeli kary umowne przewidziane w niniejszej Umowie nie pokryją szkody faktycznie poniesionej, Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, z zastrzeżeniem, że całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wynikająca z nienależytego wykonania przedmiotu Umowy ogranicza się do rzeczywistej straty Zamawiającego, bez utraconych korzyści, z jednoczesnym ograniczeniem do równowartości 100% wynagrodzenia netto, o którym mowa w Paragraf 12 ust. 1 Umowy”.

Wykonawca wskazuje, że przy uwzględnieniu warunków rynkowych, tak określony limit skutkuje możliwością skalkulowania oferty, korzystniejszej cenowo dla Zamawiającego. Zgodnie z zasadami funkcjonującymi u Wykonawcy, kwestie związane z nieograniczoną lub ograniczoną odpowiedzialnością, wpływają na ceny oferowanych usług. Jeżeli w umowie znajduje się ograniczenie do wysokości kontraktu, Wykonawca ma możliwość zaoferowania swoich produktów po niższej cenie. Dotychczasowe brzemienie uprzywilejowuje Zamawiającego w możliwości dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne, co nie w żaden sposób nie jest uzasadnione. Istotnym jest dodanie, że Urząd Zamówień Publicznych opublikował dokument pn. "Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 Osi POIG". Co ważne Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje wykorzystanie przekazanych dokumentów wszystkim Zamawiającym, niezależnie od pochodzenia źródła finansowania danego zamówienia publicznego, w tym – współfinansowania zamówienia ze środków europejskich. Jedną z istotniejszych rekomendacji, jest wprowadzanie zapisów, zgodnie z którymi:

- „Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo lub do wartości umowy”.
- „(...)standardowo w umowach IT, odpowiedzialność stron jest ograniczana do szkody rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony.”

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 10:

Dotyczy Paragrafu 14 ust. 3.

Działanie Zamawiającego oparte na prawie dowolnego potrącenia kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, doprowadzić może nie tylko do poważnych nieporozumień pomiędzy Stronami Umowy, a także może wyrzucić negatywny skutek na przebieg realizacji zamówienia. Niejednokrotnie bowiem zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia, skutkującego naliczeniem kar umownych, jak i ustalenie wysokości kary umownej, może być sporny. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Stronę Umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących powstaniem roszczenia, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym nieograniczone jednostronne prawo do naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego wynagrodzenia, godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy potrącone kary umowne zostały naliczone prawidłowo i w odpowiedniej wysokości.

Czy w związku z powyższymi wątpliwościami, Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści Paragraf 14 ust. 3 Umowy poprzez zastrzeżenie możliwości potrącenia kary umownej dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do kary umownej, która ma zostać potrącona?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 11:

Przyjęte przez Zamawiającego postanowienie w Paragraf 14 ust. 6 umowy trudno jest w ocenie Wykonawcy uznać za ustanowienie limitu kar umownych w rozumieniu art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym czy Zamawiający dokona zmiany w Paragraf 14 ust. 6 przyjmie możliwy do wyceny w ramach oferty, limit kar umownych na maksymalnym poziomie ok. 30 % wynagrodzenia netto? Przyjęty aktualnie przez Zamawiającego limit na poziomie 100% wynagrodzenia brutto jest limitem, który jest zupełnie iluzoryczny, gdyż w praktyce nie ma możliwości by tak wysokie kary zostały naliczone a jeśli nawet zostaną naliczone to co do zasady podlegałyby one sądowemu miarkowaniu. Można zatem w praktyce uznać, że limit ten nie istnieje. Jednocześnie powoduje to, że wykonawcy nie mają żadnej racjonalnej możliwości oceny ryzyka w zakresie kar umownych. Praktyki takie jak ta (wskazywania tak skrajnie wysokiego limitu) są kwestionowane zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych, jako skrajnie naruszające równowagę kontraktową stron.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację paragraf 14 ust. 6 Umowy w poniższy sposób:

„ 6. Sumaryczny limit kar umownych, które mogą zostać naliczone na podstawie Umowy nie przekroczy 30 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 12:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na modyfikację postanowień Paragrafu 15 ust.2 w poniższy sposób:

*„Jeżeli Wykonawca będzie realizował Umowę w sposób wadliwy albo sprzeczny z Umową, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zmiany sposobu jej wykonywania i wyznaczy mu w tym celu dodatkowy termin, nie krótszy niż 14 dni kalendarzowych, z zagrożeniem, że w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do **rozwiązania Umowy bez wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy i żądania kary umownej, o której mowa w § 14 ust. 1 pkt 9 Umowy**”.*

Obecne brzmienie Umowy przewiduje procedurę sanacyjną jedynie przed odstąpieniem od Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 13:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem aby prawo do odstąpienia mogło być wykonane najpóźniej w terminie 30 dni od daty wystąpienia przesłanki do odstąpienia.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 14:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację Paragraf 15 ust. 5 w poniższy sposób:

„W przypadku dokonania odstąpienia od Umowy lub jej rozwiązania z przyczyn, które dodatkowo stanowią podstawę do naliczenia kar umownych z innych tytułów, Zamawiający uprawniony jest do naliczenia wyłącznie kary z tytułu odstąpienia od Umowy”.

W orzecznictwie przyjmuję się, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłaty kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Strona odstępująca od umowy może żądać wyłącznie kary z tytułu dostąpienia, a kara umowna za odstąpienie „pochłania” kary za nienależyte wykonanie. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wprowadzenie powyższej modyfikacji.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

Pytanie 15:

Wykonawca wnosi o wprowadzenie w treści Umowy następujących postanowień:

„Strony oświadczają, że wszelka odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne na podstawie Kodeksu cywilnego, ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jak i na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego, ulega wyłączeniu”.

Podstawą wprowadzenia proponowanego postanowienia umownego jest okoliczność, iż powszechnie w doktrynie prawa cywilnego kwestionuje się możliwość stosowania rękojmi do udostępniania programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

- oprogramowanie nie jest rzeczą;
- art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi lex specialis w stosunku do przepisów do art. 561, 563, 564, 568, i 576 k.c.”

W przypadku uwzględnienia powyżej proponowanych zmian Wykonawca wnosi o wykreślenie z treści Umowy fragmentów postanowień dotyczących rękojmi w § 16 ust. 10:

„Jeżeli w ramach realizacji Umowy bądź w związku z nią (w szczególności w ramach realizacji uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady przedmiotu Umowy) dojdzie do modyfikacji (...).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany.

PYTANIA DOTYCZĄCE OPZ

Pytanie 1:

Treść Zapytania/SWZ nie zawiera wystarczających informacji pozwalających na wiarygodne oszacowanie kosztów usługi wsparcia i aktualizacji Systemu. Prosimy o udostępnienie statystyki zgłoszeń Awarii/Błędów oraz statystyki konsultacji za ostatni rok eksploatacji systemu.

Projekt jest współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu Państwa w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w ciągu roku nastąpiły 3 awarie systemu oraz zgłoszono 12 błędów. Przeprowadzono 121 konsultacji (wliczając w to konsultacje związane z rozwojem systemu).

Pytanie 2:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Windows Server 2012”. Czy Wykonawca w ramach bieżącej oferty ma dostarczyć licencję na w/w oprogramowanie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż dostarczenie licencji na oprogramowanie Windows Server 2012 leży po stronie Zamawiającego.

Pytanie 3:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Stimulsoft”. Firma Stimulsoft posiada wiele produktów raportowych. Prosimy o precyzyjne opisanie używanego oprogramowania (pełną nazwę, wersję, pakiet, pojemność licencji/iłość użytkowników/CPU).

Odpowiedź:

Poniżej zamawiający przekazuje szczegóły wymaganej licencji na oprogramowania Stimulsoft. Stimulsoft Reports.JS - Team License Version 2020.3.1 from 11 June 2020 Bez ograniczeń

Pytanie 4:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Stimulsoft”. Czy Wykonawca w ramach bieżącej oferty ma dostarczyć licencję na w/w oprogramowanie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca w ramach realizacji umowy powinien dostarczyć licencję na wyżej wymienione oprogramowanie.

Pytanie 5:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Komponent dostarczany przez KIR”. Prosimy o precyzyjne opisanie używanego oprogramowania (pełną nazwę, wersję, pakiet, pojemność licencji/iłość użytkowników/CPU).

Odpowiedź:

Poniżej zamawiający przekazuje szczegóły wymaganej licencji na oprogramowania KIR. Szafir SDK Aplet + biblioteka, Aplet: 0.0.14, Biblioteka: Szafir SDK v1.8.4.445, Bez ograniczeń.

Pytanie 6:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Komponent dostarczany przez KIR”. Czy Wykonawca w ramach bieżącej oferty ma dostarczyć licencję na w/w oprogramowanie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca w ramach realizacji umowy powinien dostarczyć licencję na wyżej wymienione oprogramowanie.

Pytanie 7:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Microsoft Office”. Prosimy o precyzyjne opisanie używanego oprogramowania (pełną nazwę, wersję, pakiet oraz wykorzystywane składowe pakietu, pojemność licencji/iłość użytkowników/CPU).

Odpowiedź:

Poniżej zamawiający przekazuje szczegóły wymaganej licencji na oprogramowania Microsoft Office.

Projekt jest współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu Państwa w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa 2014-2020

Microsoft Office Professional Plus w wersji 2021.

Pytanie 8:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Microsoft Office”. Czy Wykonawca w ramach bieżącej oferty ma dostarczyć licencję na w/w oprogramowanie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż dostarczenie licencji na oprogramowanie Microsoft Office leży po stronie Zamawiającego.

Pytanie 9:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Wgrywanie plików w tle – plupload”. Prosimy o precyzyjne opisanie używanego oprogramowania (pełną nazwę, wersję, pakiet, pojemność licencji/iłość użytkowników/CPU).

Odpowiedź:

Poniżej zamawiający przekazuje szczegóły wymaganej licencji na oprogramowania Microsoft Office. Plupload ,1.5.4, Single Website License

Pytanie 10:

Prosimy o wyjaśnienie w zakresie licencji komercyjnej „Wgrywanie plików w tle – plupload”. Czy Wykonawca w ramach bieżącej oferty ma dostarczyć licencję na w/w oprogramowanie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca w ramach realizacji umowy powinien dostarczyć licencję na wyżej wymienione oprogramowanie.

PYTANIA DOTYCZĄCE ZAŁĄCZNIKA NA 1 DO UMOWY – UMOWY POWIERZENIA PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

Pytanie 1:

Wykonawca wnosi o potwierdzenie przez Zamawiającego, że na gruncie Umowy PDO, Wykonawca, podobnie jak na gruncie Umowy, będzie definiowany jako: „Wykonawca” – komparycja Umowy PDO nie zawiera odrębnego oznaczenia Wykonawcy, zaś w treści Umowy PDO występują pojęcia „Zamawiający” i „Wykonawca”.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że na gruncie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych Wykonawca, podobnie jak na gruncie umowy na świadczenie usług wsparcia i modyfikacji Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów – ESOD, będzie definiowany jako „Wykonawca”.

Pytanie 2:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wydłużenie terminów wskazanych w § 2 ust. 5 Umowy PDO, przewidzianych na procedurę zniszczenia lub zwrotu dokumentów zawierających Informacje Poufne oraz na sporządzenie oświadczenia potwierdzającego wykonanie tych czynności, z 2 dni roboczych do 5 dni roboczych. Wykonawca wskazuje, że dochowanie tak krótkich terminów, może okazać się niemożliwe z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Wykonawcy. Jednocześnie Wykonawca wnosi o uzupełnienie § 2 ust. 5 umowy o zdanie:

„Wykonawca może zachować takie dokumenty i dane zawierające Informacje Poufne, które są niezbędne w celu ochrony jego praw i interesów związanych z realizacją umowy głównej, w szczególności do czasu przedawnienia roszczeń wynikających z umowy głównej.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wydłużenie terminów wskazanych w § 2 ust. 5 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, przewidzianych na procedurę zniszczenia lub zwrotu dokumentów zawierających Informacje Poufne oraz na sporządzenie oświadczenia potwierdzającego wykonanie tych czynności, z 2 dni roboczych do 5 dni roboczych. Zamawiający nie zgadza się również na uzupełnienie zapisów § 2 ust. 5 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Pytanie 3:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o uzupełnienie § 4 ust. 5 Umowy PDO o poniższe postanowienia: „Zamawiający wyraża zgodę na przetwarzanie danych osobowych przez Microsoft i przedstawicieli Microsoft w związku z realizacją Umowy Microsoft Products and Services Agreement jaką zawarł Wykonawca w ramach usług O365, z których na co dzień korzysta Wykonawca. Tym samym o ile dotyczy Zamawiający uzyska wszelkie wymagane zgody osób trzecich zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi prywatności i ochrony danych.

Dane osobowe będą przechowywane na serwerach zlokalizowanych w Unii Europejskiej i mogą być przekazane - na podstawie standardowych klauzul ochrony danych - do państwa trzeciego w związku z korzystaniem przez Wykonawcę z rozwiązań chmurowych dostarczanych przez firmę Microsoft. Stosowane przez Microsoft standardowe klauzule umowne zgodne z wzorcami zatwierdzonymi przez Komisję Europejską, dostępne są pod adresem: <https://www.microsoft.com/enus/licensing/product-licensing/products.aspx> w części Product Terms.”

Wniosek o wprowadzenie do wzoru umowy postanowień dotyczących zgody Zamawiającego na incydentalne przetwarzanie danych osobowych w związku z wykorzystaniem narzędzi Microsoft Office wynika z faktu, że w swojej codziennej działalności Wykonawca korzysta z m.in. poczty elektronicznej Outlook, a zatem wymiana jakiegokolwiek korespondencji mailowej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą będzie odbywała się z użyciem narzędzi Microsoft Office, co z kolei wymaga zgody Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na zaproponowane przez Wykonawcę uzupełnienie § 4 ust. 5 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Pytanie 4:

Wykonawca wnosi o modyfikację § 4 ust. 6 Umowy PDO poprzez dodanie kolejnego zdania o treści: „Strony zgodnie postanawiają, że osoby fizyczne współpracujące z Wykonawcą na podstawie umów cywilno-prawnych są traktowane jak personel Wykonawcy i nie stanowią Innych dalszych podmiotów przetwarzających w rozumieniu Umowy.”

Wykonawca wskazuje, że w obecnych realiach rynku IT, za standard uznać należy współpracę ze specjalistami z branży IT nawiązaną na podstawie umów cywilnoprawnych np. umowy o współpracę ze specjalistą prowadzącym własną działalność gospodarczą, w związku z czym de facto stanowią one personel tychże wykonawców. Wobec takiej charakterystyki rynku IT, zaproponowane przez Wykonawcę uzupełnienie treści § 4 ust. 6 uznać należy za uzasadnione.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści SWZ. Zamawiający zgadza się na modyfikację § 4 ust. 6 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych i dodanie kolejnego zdania o następującej treści: „Strony zgodnie postanawiają, że osoby fizyczne stale współpracujące z Wykonawcą na podstawie umów cywilno-prawnych są traktowane jak personel Wykonawcy i nie stanowią innych dalszych podmiotów przetwarzających w rozumieniu Umowy”.

Pytanie 5:

Wykonawca wnosi o usunięcie z § 4 ust. 11 pkt. 5 Umowy PDO fragmentu:

„oraz odebranie od tych osób oświadczeń o odbytym przez nie szkoleniu z zakresu ochrony danych osobowych wraz z zobowiązaniem do zachowania w tajemnicy tych danych”

Wykonawca wskazuje, że w ramach prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa wdrożył i stosuje własne polityki do tyczące ochrony danych osobowych (w całości zgodne z RODO) czy ochrony informacji poufnych, szkolenia pracowników z reguł dotyczących przetwarzania danych osobowych i ostępu informacji poufnych, a także własne zasady związane z ewidencjonowaniem i potwierdzaniem przez pracowników i współpracowników znajomości zasad, obowiązków i konsekwencji związanych z nieprzestrzeganiem przez pracowników tychże polityk. Wykonawca zobowiązując się do zapewnienia, aby osoby upoważnione do przetwarzania danych osobowych, zachowały te dane w tajemnicy, powinien dysponować swobodną w zakresie tego jakimi metodami wyegzekwuje od tychże osób realizację nałożonych na nich obowiązków.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na usunięcie z § 4 ust. 11 pkt 5 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych następującego fragmentu: *„oraz odebranie od tych osób oświadczeń o odbytym przez nie szkoleniu z zakresu ochrony danych osobowych wraz z zobowiązaniem do zachowania w tajemnicy tych danych”*.

Pytanie 6:

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający dopuszcza zmianę § 4 ust. 16 Umowy PDO poprzez wydłużenie wskazanego tam terminu na zawiadomienie Zamawiającego o każdym przypadku wystąpienia naruszenia ochrony Danych osobowych lub postanowień Umowy z 24 godzin do 48 godzin? W ocenie Wykonawcy 24-godzinny, maksymalny termin powiadomienia może okazać się niewystarczający do dokonania skutecznego zawiadomienia tj. powzięcia informacji o naruszeniu, ustaleniu jego przyczyn, okoliczności i skali.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na zmianę § 4 ust. 16 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych polegającą na wydłużeniu wskazanego tam terminu na zawiadomienie Zamawiającego o każdym przypadku wystąpienia naruszenia ochrony Danych osobowych lub postanowień Umowy z 24 godzin do 48 godzin.

Pytanie 7:

Wykonawca wnosi o zmianę § 4 ust. 23 poprzez dodanie kolejnego zdania:

„Ponadto audyt prowadzony będzie z poszanowaniem funkcjonujących u Wykonawcy zasad i polityk związanych z ochroną informacji poufnych oraz ochrony danych osobowych”

Intencją Wykonawcy jest wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym audyt nie będzie naruszał polityk bezpieczeństwa i dostępu do informacji poufnych wdrożonych u Wykonawcy, a mających na celu ochronę m.in. danych klientów i kontrahentów Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na zaproponowaną przez Wykonawcę zmianę § 4 ust. 23 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych polegającą na dodaniu zdania o treści: *„Ponadto audyt prowadzony będzie z poszanowaniem funkcjonujących u Wykonawcy zasad i polityk związanych z ochroną informacji poufnych oraz ochrony danych osobowych”*.

Pytanie 8:

Wykonawca wnosi o usunięcie § 5 Umowy PDO z uwagi na fakt, iż właściwe regulacje w tym zakresie, zabezpieczające interesy Zamawiającego, przewidziane zostały 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. Wykonawca wskazuje, że § 5 ust. 1 Umowy PDO w zakresie fragmentu:

„Wykonawca zobowiązuje się, iż ponosi odpowiedzialność również za osoby i podmioty, którym nie udostępnił Informacji Poufnych, a które weszły w posiadanie Informacji Poufnych na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności Wykonawcy” kreuje odpowiedzialność Wykonawcy znacznie szerszą niż wynika to z regulacji ustawowej art. 82 RODO, premiując tym samym w sposób bezpodstawny pozycję Zamawiającego. Odnosząc się do ustalonej w § 5 ust. 2 Umowy PDO wysokości kary umownej, Wykonawca postuluje obniżenie jej wysokości z 2 % na 0,1 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy głównej, wobec faktu, iż proponowana przez Zamawiającego kara umowna jest wygórowana i jako taka odbiega od standardów rynkowych. W zakresie § 5 ust. 4 Wykonawca wnosi o jego zmianę w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązuje się do przystąpienia na swój koszt do jakiegokolwiek postępowania sądowego lub pozasądowego toczącego się z udziałem Skarbu Państwa, a wynikłego z niedochowania postanowień określonych w niniejszej umowie, pod warunkiem, że Zamawiający niezwłocznie poinformuje Wykonawcę na piśmie o takim postępowaniu, umożliwiając mu aktywne uczestnictwo w postępowaniu.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na usunięcie § 5 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Z poważaniem