

Warszawa, dnia 28 LIS. 2023 r.

Nr sprawy: ZER-ZP-13/2023

Wykonawcy

W związku z zapytaniami zgłoszonymi w trybie art. 284 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w sprawie postępowania nr ZER-ZP-13/2023, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na: **Zakup licencji na korzystanie z systemu informacji prawnej on-line dla Zakładu Emerytalno-Rentowego MSWiA**, Zamawiający, na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, poniżej przedstawia ich treść wraz z wyjaśnieniami.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 286 ust. 1 i 7 ustawy Pzp dokonał zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, zgodnie z treścią niniejszego pisma.

I. Wyjaśnienia treści SWZ

Pytanie 1.

Czy w ramach wymagania: "Dostęp do strefy elektronicznych szkoleń z zakresu: prawa i postępowania cywilnego, administracyjnego, karnego, gospodarczego i handlowego; finansów; windykacji; zamówień publicznych; ochrony zdrowia." Zamawiający oczekuje możliwości odtworzenia nagrań ze szkoleń z w/w zakresów z poziomu systemu oraz oceny tych nagrań co do aktualności?

Odpowiedź na pytanie:

Zgodnie z zapisami w pkt 7 ppkt 13 Załącznika nr 1 do SWZ (OPZ) Zamawiający oczekuje możliwości odtworzenia nagrań ze szkoleń z zakresów określonych w tym podpunkcie.

Pytanie 2.

Z uwagi na fakt, że kary umowne przewidziane w projekcie umowy są stosunkowo wysokie porównując je do standardów rynkowych, Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą do Zamawiającego o ich zmniejszenie o 1/3.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający nie zgadza się na zmniejszenie wysokości kar umownych i nie dopuszcza zmiany postanowień § 9 Wzoru umowy. Należy mieć na uwadze, że wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej (...) zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: V ACa 267/10).

Pytanie 3.

Nadto z uwagi na argumentację opisaną w kolejnym pytaniu Wykonawca wnosi o zmniejszenie kary umownej przewidzianej w § 9 ust. 1 do poziomu 2%.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający nie zgadza się na zmniejszenie wysokości kar umownych i nie dopuszcza zmiany postanowień § 9 Wzoru umowy. Należy mieć na uwadze, że wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej (...) zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary

umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: V ACa 267/10).

Pytanie 4.

Zasada trwałości umów wymaga zdaniem Wykonawcy od stron umów dążenia, aby umowy te były wykonywane a ich rozwiązywanie (odstępowanie od nich) i naliczanie kar umownych było wyjątkiem stosowanym jedynie w szczególnych okolicznościach. Wykonawca wskazuje przy tym, że za niezwykle szeroką, a co za tym idzie nadmiernie restrykcyjną uznać należy przesłankę „nienależytego wykonania postanowień Umowy”, która zupełnie pomija rodzaj nienależytego wykonania, jego istotność dla Zamawiającego, zawinienie Wykonawcy itd. Tego typu sformułowanie daje Zamawiającemu uprawnienia sankcyjne przy każdym nawet najdrobniejszym, nieuciążliwym dla Zamawiającego, uchybieniu Wykonawcy w realizacji obowiązków umownych. Takie postanowienia są wręcz niespotykane restrykcyjne. Wykonawca postuluje zatem wprowadzenie reguły, w myśl której przed skorzystaniem z uprawnień przewidzianych w § 9 ust. 1 Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń i wyznaczenia mu w tym celu dodatkowego odpowiedniego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze.

Odpowiedź na pytanie:

W § 9 ust. 1 wzoru Umowy zostało napisane:

„1. Strony ustalają, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy, za każdy ujawniony przypadek naruszenia, **z zastrzeżeniem ust. 2-4.**”

Tak więc Zamawiający przewidział odstępstwa w zakresie zastosowania kary umownej w wysokości 5% wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto w odniesieniu do ust. 2-4

Zamawiający pozostawia zapisy w § 9 ust. 1 Wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 5.

W ślad za argumentacją zawartą w pytaniu poprzedzającym Wykonawca wnosi także o wprowadzenie analogicznej reguły dla uprawnień przewidzianych w § 9 ust. 2 i 4 oraz § 10 ust. 1 projektu umowy, tj. aby również w stosunku do tych przepisów Zamawiający zobowiązany był do wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń i wyznaczenia mu w tym celu dodatkowego odpowiedniego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający pozostawia zapisy w § 9 ust. 2 i 4 oraz § 10 ust. 1 Wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 6.

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie postanowienia ograniczającego odpowiedzialność Wykonawcy do wysokości wartości brutto Umowy. Wiedzą powszechną jest bowiem, że nie istnieje oprogramowanie, które funkcjonowałoby bezbłędnie, a zwłaszcza współdziałało poprawnie z każdym oprogramowaniem i sprzętem dostępnym w sprzedaży. Powyższe stwierdzenie znajduje uzasadnienie w stosowanych przez wielu uznanych producentów oprogramowania wyłączeniach odpowiedzialności. Producenci ci, nie mogąc przewidzieć jak zachowa się ich produkt w warunkach sprzętowych, jak i środowisku komputerowym oferowanych przez jego nabywców, z uwagi również na częste zmiany, którym warunki te ulegają, z reguły wyłączają w ogóle swoją odpowiedzialność, w tym w szczególności za szkody wynikłe z jego wad, z rzadka oferując odpowiedzialność ograniczoną do wartości umowy lub wręcz jej części. W celu realizacji ww. postulatu

Wykonawca proponuje dodanie do projektu umowy następującego postanowienia: „Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z wszelkich możliwych tytułów ograniczona jest do wysokości wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy”.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający ograniczył łączną wysokość kar umownych do wysokości 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 6 ust. 1 Wzoru umowy. Zamawiający pozostawia zapisy w § 9 ust. 6 Wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 7.

Wykonawca wnosi o wyłączenie stosowania szczegółowych, rozbudowanych wymogów dotyczących poufności opisanych w § 12 projektu umowy. Wykonawca zwraca uwagę, że przedmiot umowy będzie obejmował wystandaryzowane usługi świadczone przez Wykonawcę od lat na rzecz tysięcy klientów. Jednocześnie charakter i rodzaj świadczonych usług nie będzie w żadnym zakresie związany z przekazywaniem Wykonawcy przez Zamawiającego jakichkolwiek tajemnic. Zasady przewidziane przez Zamawiającego w § 12 jawią się zatem jako nadmiarowe. Wykonawca wnosi więc o nadanie § 12 następującego brzmienia: „Strony zobowiązują się do chronienia informacji pochodzących od drugiej Strony, tj. nie ujawnienia ich jakimkolwiek podmiotom trzecim, z wyjątkiem sytuacji, gdy takie ujawnienie jest bezpośrednio związane z realizacją Umowy i do tej realizacji potrzebne.”

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający w § 12 Wzoru umowy wprowadził zapisy związane z poufnością, które precyzyjnie określają obowiązki Stron.

Zamawiający pozostawia zapisy w § 12 Wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 8.

Wykonawca wnosi o zmianę treści zdania drugiego w § 6 ust. 8 projektu umowy, tak aby informowanie Wykonawcy o zamiarze naliczenia kary umownej miało charakter obligatoryjny a nie fakultatywny, zależny od woli Zamawiającego. Taka zmiana odpowiada standardom rynkowym. „Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia”.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe oraz modyfikuje treść § 6 ust. 8 Wzoru umowy, Załącznika nr 3 do SWZ na:

Obecny zapis § 6 ust. 8 Wzoru umowy:

„8. Zamawiający ma prawo do pomniejszenia wartości wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Umowy o wartość kar, naliczonych na zasadach określonych w § 9 ust. 10 Umowy, na co Wykonawca wyraża zgodę. Zamawiający może poinformować Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia.”

Zostaje zmieniony na:

„8. Zamawiający ma prawo do pomniejszenia wartości wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Umowy o wartość kar, naliczonych na zasadach określonych w § 9 ust. 10 Umowy, na co Wykonawca wyraża zgodę. Zamawiający poinformuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia.”

Pytanie 9.

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy ze względu na fakt, że do programów stanowiących przedmiot umowy Wykonawca stosuje standardowe powszechnie (dla wszystkich jego klientów niebędących konsumentami) OWU, Zamawiający zgodziłby się na dostarczenie mu i dołączenie takiego dokumentu do umowy jako załącznika do niej, z zastrzeżeniem, iż w razie sprzeczności ww. dokumentu z treścią umowy pierwszeństwo miałaby umowa? W razie potrzeby Wykonawca jest gotowy dostarczyć taki dokument na ręce Zamawiającego do akceptacji jeszcze przed podpisaniem umowy. Wykonawca podkreśla, że dołączenie OWU leży również w interesie samego Zamawiającego, nie tylko z uwagi na określenie minimalnego zakresu uprawnień względem korzystania z systemu i ochrony przed ew. roszczeniami, zwłaszcza podmiotów trzecich, ale również pod kątem należytej ochrony danych osobowych (OWU zawierają już odpowiednio zabezpieczające strony postanowienia dot. powierzenia przetwarzania danych osobowych, a danymi tymi są np. adresy e-mail użytkowników końcowych pełniące funkcje loginów). Jest to bardzo kwestia z perspektywy RODO. Gdyby Zamawiający pozytywnie odniósł się do powyższego pytania, Wykonawca zwraca się z propozycją wprowadzenia do zawieranej przez strony umowy następującego postanowienia: „W sprawach nieuregulowanych umową stosuje się postanowienia Ogólnych Warunków Umowy stanowiących załącznik nr ... do umowy. Zastrzega się jednocześnie, że w razie sprzeczności pomiędzy postanowieniami ww. Ogólnych Warunków Umowy a postanowieniami umowy stosuje się postanowienia umowy.”

Pytanie 10.

W przypadku braku zgody na załączenie do umowy OWU Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych wg sprawdzonego wzorca, który stosuje powszechnie z licencjobiorcami oprogramowania LEX. Wykonawca udostępni ww. wzorec w terminie określonym przez Zamawiającego i kieruje pytanie czy Zamawiający godzi się takie rozwiązanie?

Odpowiedź na pytanie 9 i 10:

Zamawiający wyraża zgodę na dołączenie do Umowy w formie załącznika - Ogólnych Warunków Umowy (OWU), sporządzonych przez Wykonawcę pod warunkiem, że Wykonawca wprowadzi do OWU zapis o treści: “w razie sprzeczności pomiędzy postanowieniami OWU a postanowieniami Umowy nr .../2023 z dnia 2023 r. stosuje się postanowienia Umowy nr2023 z dnia 2023 r.” Zamawiający wymaga dostarczenia OWU Wykonawcy do akceptacji przez Zamawiającego przed podpisaniem Umowy.

Pytanie 11.

Jeśli zaś Zamawiający nie wyrazi zgody na zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych na wzorcu stosowanym przez Wykonawcę, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że treść umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zostanie przez Zamawiającego oraz zwycięskiego oferenta ustalona w drodze negocjacji.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający w § 12 Wzoru umowy wprowadził zapisy związane z poufnością, które precyzyjnie określają obowiązki Stron. Zamawiający nie zamierza powierzać przetwarzania danych osobowych Wykonawcy.

Pytanie 12.

Wykonawca wnosi o uzupełnienie § 1 projektu umowy o nowododany ust. 19 w poniższym brzmieniu, które pozwoli właściwie scharakteryzować przedmiot świadczenia objętego umową, co leży w interesie tak Wykonawcy jak i Zamawiającego: „W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawcy udziela Zamawiającemu licencji na System, w ramach której Zamawiający upoważniony jest do korzystania z dostarczonego na mocy Umowy Systemu na jego własne potrzeby, w ramach niewyłącznych i niezbywalnych uprawnień licencyjnych udzielonych przez Wykonawcę, zgodnie z umową, przeznaczeniem Systemu i jego dokumentacją. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania czynności tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w oprogramowaniu systemu, w tym usuwania jego ew. błędów, ani dokonywania zmian w bazie danych lub bazach danych stanowiącej lub stanowiących część składową systemu, a także nie jest uprawniony do udostępniania Systemu lub jego części jakimkolwiek osobom trzecim.”

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający wprowadził warunki licencjonowania Systemu w § 7 projektu umowy. Zamawiający potwierdza, że wszystkie przewidziane w § 7 ust. 5 pkt 3 Wzoru umowy uprawnienia, tj. zarówno przystosowanie, zmiana układu a także jakiegokolwiek inne zmiany, dopuszczalne są wyłącznie w zakresie, w jakim umożliwia to funkcjonalność Systemu.

Zmodyfikowana treść Załącznika nr 3 do SWZ, stanowi Załącznik do niniejszego pisma.

Proszę o uwzględnienie powyższego przy sporządzaniu oferty.

ZASTĘPCA DYREKTORA
Zakładu Emerytalno-Rentowego
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji

Jarosław SOCHA

(data i podpis Kierownika Zamawiającego
lub osoby przez niego upoważnionej)