



Powiat Sokółski
reprezentowany przez Zarząd Powiatu

16 – 100 Sokółka, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 8
tel. 085 711 08 76, 085 711 08 11 fax. 085 711 20 08
www.sokolka-powiat.pl
e-mail: starostwo@sokolka-powiat.pl

Sokółka, dnia 18 sierpnia 2020r.

OR-IV.272.12.2020.

Identyfikator postępowania: ed9b0d96-2e6f-4c64-9d02-f103f38bd731

Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie, budowę i wdrożenie „Platformy e-Usług” z dostawą sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach realizacji projektu „Rozwój usług świadczonych drogą elektroniczną w administracji Powiatu Sokółskiego”

Zarząd Powiatu Sokółskiego, jako Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych informuje o złożonych przez uczestników postępowania wnioskach o wyjaśnienie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Poniżej treść pytań i odpowiedzi Zamawiającego:

Pytanie 1 Dotyczy: wzoru umowy na Część I

W związku z wejściem w życie art. 4c ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych i związanym z tym obowiązkiem złożenia przez dłużnika będącego dużym przedsiębiorcą drugiej stronie transakcji handlowej oświadczenia o posiadaniu statusu dużego przedsiębiorcy, czy Zamawiający wprowadzi odpowiednie postanowienia do wzoru umowy? Ewentualnie - w jaki sposób Zamawiający przewiduje złożenie takiego oświadczenia przez wykonawcę, który jest dużym przedsiębiorcą mając na względzie, że oświadczenie to składa się w formie, w jakiej jest zawierana transakcja handlowa, najpóźniej w momencie jej zawarcia?

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje wprowadzania do projektu umowy zapisu dotyczącego oświadczenia o posiadaniu statusu dużego przedsiębiorcy. W przypadku, gdy umowa zawierana będzie z Wykonawcą posiadającym status dużego przedsiębiorcy, to ten Wykonawcałoży stosowne oświadczenie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia, w formie pisemnej, bo w takiej formie, zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma być zawarta umowa.

Pytanie 2 Dotyczy: § 1 pkt 3 wzoru umowy na Część I

Zgodnie z ww. postanowieniem: „przedmiotem umowy jest udzielenie Zamawiającemu niewyłącznej, rozciągającej się na całe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przechodzącej na własność Zamawiającego i nieograniczonej czasowo licencji na korzystanie z oprogramowania”.

Należy wskazać że ww. postanowienie jest wewnętrznie sprzeczne. Nie istnieje coś takiego jak licencja przechodząca na własność.



Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, „Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione.” Tylko umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe może przekazać zamawiającemu utwór „na własność”. Umowa licencyjna ma natomiast charakter upoważniająco-zobowiązujący do korzystania z utworu. Nie można takiego upoważnienia (licencji) „przenieść na własność”. Licencja nie jest rzeczą, którą może przejść na własność Zamawiającego.

Wobec powyższego, wnosimy o usunięcie sformułowania „przechodzącej na własność Zamawiającego”.

Odpowiedź: § 1 pkt 3 wzoru umowy na Część I zamówienia otrzymuje brzmienie:

„3) zakup niewyłącznej, rozciągającej się na całe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nieograniczonej czasowo licencji na korzystanie i modyfikację oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę i z Oprogramowania Standardowego, oraz jego modyfikacji, zmian i aktualizacji w tym w ramach gwarancji i Serwisu gwarancyjnego, oraz przekazanie Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentów licencyjnych.”

Pytanie 3 Dotyczy: § 1 ust. 4 wzoru umowy na Część I
Na czym ma polegać asysta powdrożeniowa?

Odpowiedź: Asysta powdrożeniowa będzie polegać w szczególności na wsparciu Zamawiającego w następującym zakresie:

- świadczenie pomocy technicznej typu „HELP DESK”,
- świadczenie telefoniczne usług doradztwa i opieki w zakresie eksploatacji systemu lub na miejscu, jeżeli wymagają tego kwestie techniczne lub organizacyjne, a nie jest to spowodowane brakiem wiedzy lub przeszkolenia pracowników, a brak podjęcia takiego działania przez Wykonawcę może spowodować nieprawidłową eksploatację systemu lub czasowe jej wstrzymanie,
- podejmowanie czynności związanych z diagnozowaniem problemów oraz usuwaniem przyczyn nieprawidłowego funkcjonowania dostarczonego systemu.

Pytanie 4 Dotyczy: § 3 ust. 5 wzoru umowy na Część I
Czy w związku z panującą epidemią koronawirusa SARS-CoV-2, Zamawiający przewiduje realizację spotkań za pomocą środków komunikacji na odległość?

Odpowiedź: Zamawiający w toku realizacji zamówienia będzie stosował powszechnie obowiązujące przepisy prawa odnoszące się do zachowania reżimu sanitarnego. Zasadniczą formą kontaktu pozostaje kontakt bezpośredni, Zamawiający dopuści formę komunikacji na odległość, w przypadku, gdy sytuacja epidemiologiczna wykluczy możliwość bezpośredniego kontaktu.

Pytanie 5 Dotyczy: § 3 ust. 8 wzoru umowy na Część I
Prosimy o informację, w jakim terminie od dnia przekazania przez Wykonawcę informacji o osiągnięciu gotowości do odbioru nastąpi termin odbioru? Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku gdy Wykonawca odda prawidłowy przedmiot umowy w terminie wynikającym z harmonogramu, Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu opóźnienia w sytuacji, gdy Zamawiający wyznaczy daleki termin odbioru.

Odpowiedź: Odbiór przedmiotu umowy nastąpi w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego powiadomienia od Wykonawcy o osiągnięciu gotowości do odbioru.

Zamawiający potwierdza, że w przypadku, gdy Wykonawca odda przedmiot umowy bez uwag lub zastrzeżeń w terminie wynikającym z harmonogramu, Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu opóźnienia. Stosowne zapisy wprowadzone zostaną do projektu umowy.

Pytanie 6 Dotyczy: § 3 ust. 9 wzoru umowy na Część I
Czy Zamawiający dopuści odbiór warunkowy – odbiór pod warunkiem usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych wad w taki sposób, że w przypadku pozytywnego usunięcia wad, odbiór uznawany będzie za dokonany w dniu podpisania protokołu odbioru?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza odbiór warunkowy, pod warunkiem usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych, przy końcowym odbiorze, wad, w terminie nie dłuższym, niż 14 dni od dnia odbioru końcowego. W przypadku pozytywnego usunięcia wad, odbiór uznawany będzie za dokonany w dniu podpisania protokołu odbioru. W przypadku nieusunięcia wad w terminie 14 dni, za datę odbioru uznany będzie dzień podpisania protokołu odbioru poprawionego.
Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 7 Dotyczy: § 6 ust. 2 wzoru umowy na Część I

Wnosimy o usunięcie tego postanowienia. Istotą gwarancji na system komputerowy jest udzielenie jej na określony czas, w ramach którego wykonawca świadczy usługi gwarancyjne. Postanowienie warunkujące odnawialność gwarancji na kolejne okresy ponad termin wskazany w umowie jest sprzeczne z zasadami pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zawarcie określonej umowy. Odnowienie wielomiesięcznej gwarancji stanowi obejście art. 142 pzp, i prowadzi do zaciągnięcia zobowiązań o charakterze wieloletnim.

Odpowiedź: Zamawiający określając kwestionowany zapis projektu umowy kierował się treścią art. 581 kodeksu cywilnego, który stanowi, że:

„Art. 581. § 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

§ 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.”
Zamawiający odmawia usunięcia tego postanowienia.

Pytanie 8 Dotyczy: § 6 ust. 4 pkt 1) i 6) wzoru umowy na Część I

Obowiązek dostosowania oprogramowania do obowiązujących przepisów prawa, w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia zmian lub zgłoszenia wniosku przez Zamawiającego należy uznać nie tylko za niemożliwy do wykonania w niektórych przypadkach w związku z dużą ilością prac programistycznych w krótkim terminie, jak również nieracjonalny. Tak sformułowane postanowienie, nakazujące zmianę oprogramowania w terminie liczonym od dnia ogłoszenia zmian lub złożenia wniosku Zamawiającego może bowiem implikować konieczność dostarczenia zmodyfikowanego oprogramowania przed dniem wejścia w życie przepisów nakazujących dokonanie takiej zmiany. Postanowienie w tej formie należy uznać za sprzeczne z art. 14 ust. 1 pzp w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego. Nie ma żadnego uzasadnienia dla konieczności dostosowania oprogramowania do zmienionych przepisów prawnych przed

dniem wejścia w życie przepisów zmieniających. System powinien co do zasady zostać dostosowany i uruchomiony z dniem wejścia w życie tych przepisów. Do tego momentu obowiązuje bowiem poprzedni porządek prawny, który Zamawiający jest zobligowany stosować. Ponadto tak sformułowane postanowienie może prowadzić do niemożliwości świadczenia. Zważywszy na proces legislacyjny, jak również fakt, że ustawy mogą być procedowane niezwykle szybko, a *vacatio legis* wynosi co do zasady 14 dni, niemożliwym jest spełnienie zobowiązania tego obowiązku w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego. W związku z powyższym, prosimy o zmianę tego postanowienia i doprecyzowanie, że zmiana oprogramowania powinna być dokonana w taki sposób, by dostosowanie zostało zrealizowane najpóźniej w dnia wejścia w życie zmienionych przepisów prawa, a w przypadku, gdy pomiędzy dniem opublikowania zmienionych przepisów, a dniem ich wejścia w życie okres *vacatio legis* jest krótszy niż 14 dni, zmiany zostaną wykonane w okresie do 14 dni od dnia wejścia w życie nowych przepisów.

Odpowiedź: Zmiana oprogramowania powinna być dokonana w taki sposób, by dostosowanie zostało zrealizowane najpóźniej w dniu wejścia w życie zmienionych przepisów prawa, a w przypadku, gdy pomiędzy dniem opublikowania zmienionych przepisów, a dniem ich wejścia w życie okres *vacatio legis* jest krótszy niż 14 dni, zmiany zostaną wykonane w okresie do 14 dni od dnia wejścia w życie nowych przepisów. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 9 Dotyczy: § 6 ust. 4 pkt 2 i 5 wzoru umowy na Część I

Zamawiający przewidział, że Serwis gwarancyjny będzie polegał na modyfikacji oprogramowania polegającej na uwzględnieniu zaleceń Zamawiającego/modyfikacji formularzy elektronicznych e-PUAP zgodnie z wytycznymi Zamawiającego w terminie 30 dni od dnia przekazania wytycznych Wykonawcy.

Takie postanowienie rażąco wykracza poza istotę gwarancji. Istotą gwarancji jest utrzymanie poprawnego działania oprogramowania oraz usuwanie jego wad. W gwarancji Zamawiający obejmuje żądanie swobodnej modyfikacji oprogramowania, żądanie rozwoju, które nie wynika z przepisów prawa. Takie modyfikacje powinny być dodatkowo płatne, jako niewchodzące w zakres gwarancji. Ewentualnie, Zamawiający powinien wskazać, ile roboczogodzin przewiduje na wykonanie takich modyfikacji. W przeciwnym wypadku, wykonawca nie jest w stanie oszacować ile prac programistycznych będzie musiał poświęcić na wykonanie modyfikacji systemu i nie będzie mógł wycenić oferty. Przypominamy, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 29 pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca w celu prawidłowego obliczenia i jej wyceny musi mieć dostęp do wszelkich informacji, umożliwiających mu dokonanie takiej wyceny, co obecnie jest niemożliwe. Wnosimy o usunięcie postanowienia. Ewentualnie – o wskazanie liczny roboczodni, które Zamawiający może zlecić na dokonanie modyfikacji i brak sztywnego określenia terminu wykonania takiej modyfikacji.

Odpowiedź: Zamawiający skreśla w § 6 ust. 4 pkt 2 i 5 wzoru umowy na Część I. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 10 Dotyczy: § 6 ust. 6 wzoru umowy na Część I

SLA w odniesieniu do terminów naprawy błędów przewiduje bardzo rygorystyczne wymogi. Terminy naprawy zostały ustanowione w bardzo rygorystycznym wymiarze czasu, w szczególności 16 godzin dla błędu poważnego od momentu zgłoszenia czy też 48 godzin dla błędu pozostałego od momentu zgłoszenia. Ze strony Wykonawcy, naprawa błędów polega na zdiagnozowaniu błędów i znalezieniu ich przyczyny, co może być czasochłonne i wymaga ścisłej współpracy z Zamawiającym, a następnie na wykonaniu prac programistycznych. Powyższe może być niemożliwe w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach. Zamawiający, jako silniejsza strona adhezyjnego stosunku prawnego, jakim jest umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie może narzucać wykonawcy nierealnych terminów naprawy błędów. Wskazujemy, że Błąd poważny nie uniemożliwia korzystania z systemu, ale jedynie pewne ograniczenia. Błędy pozostałe zaś to błędy błahe, nie mają wpływu na dostępność Platformy i wynik prac. Nawet przy powstaniu tego rodzaju błędów Zamawiający może korzystać z oprogramowania. Z kolei tak rygorystyczne SLA ustanowione w stosunku do Błędów poważnych i Błędów pozostałych jest nierynkowe, i sprzeczne ze zwyczajem. Wobec powyższego wnosimy, aby naprawa Błędu poważny nastąpiła w terminie 48 godzin od zgłoszenia, a Błędu pozostałego – w terminie 7 dni od zgłoszenia.

Odpowiedź: Zamawiający wydłuża czas usunięcia błędu poważnego do 48 godzin od zgłoszenia, zgodnie z sugestią Wykonawcy, uznając argumentację o konieczności zdiagnozowania błędów, znalezienia przyczyny i wykonania prac programistycznych. Zamawiający wydłuża czas usunięcia błędu pozostałego do 72 godzin od zgłoszenia błędu, uważając, że termin 7-dniowy jest zbyt długi, a błąd pomimo, że drobny może być uciążliwy. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 11 Dotyczy: § 6 ust. 12 wzoru umowy na Część I

Co do zasady, wykonanie zastępcze zobowiązania wymaga wyrażenia zgody przez sąd. Samo nieusunięcie nieprawidłowości w terminie może mieć różną przyczynę, rangę, charakter i skutki. Powierzenie wykonania tych obowiązków innemu podmiotowi na koszty i ryzyko Wykonawcy bez uprzedniego wezwania do wykonania obowiązków gwarancyjnych jest zbyt daleko idącym skutkiem, zwłaszcza mając na względzie utratę uprawnień gwarancyjnych do tej części naprawionego oprogramowania. Poza tym, zgodnie z podstawowymi zasadami Kodeksu Cywilnego, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za nie swoje działania – np. działania związane z samodzielnym wykonaniem obowiązków gwarancyjnych przez Zamawiającego lub podmiot trzeci (to Zamawiający/podmiot trzeci ponoszą za nie odpowiedzialność, zgodnie z art. 471 Kodeksu Cywilnego), naprawa taka nie może zatem odbyć się na jego „ryzyko”. Prosimy zatem o wykreślenia słowa „ryzyko” w § 6 ust. 12 wzoru umowy. Z uwagi na powyższe wnosimy także, aby zlecenie naprawy podmiotowi trzeciemu odbyło się po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do realizacji zobowiązań wraz z wyznaczeniem odpowiedniego terminu.

Odpowiedź: Art. 480 § 3 Kodeksu cywilnego pozwala Zamawiającemu, w przypadkach nagłych, a w przedmiotowym postępowaniu dotyczy to co najmniej przypadku błędów krytycznych i poważnych, wykonać bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika, a art. 473 § 1 kodeksu cywilnego umożliwi Wykonawcy przyjęcie w drodze umowy odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę błędu w terminie określonym w § 6 ust. 6 projektu umowy, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy termin na usunięcie błędu:

- 1) krytycznego - 8 godzin od wezwania,
- 2) poważnego – 48 godzin od wezwania,

3) pozostałego – 72 godziny od wezwania.

Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 12 Dotyczy: § 6 ust. 18 wzoru umowy na Część I

Obowiązki gwarancyjne zostały określone bardzo szeroko. W związku z udzieloną gwarancją, nieproporcjonalne jest przysługiwanie Zamawiającemu równolegle uprawnień z tytułu rękojmi. Tego rodzaju wyłączenie stosowane jest przez niemal wszystkich dostawców i producentów w odniesieniu do oprogramowania komputerowego. Jednocześnie podkreślić należy, że powszechnie w doktrynie prawa cywilnego kwestionuje się możliwość stosowania rękojmi do udostępniania programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

- w przypadku udzielenia licencji na program komputerowy nie mamy do czynienia z umową sprzedaży;
- 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, 570-572 i 576 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.

Wykonawca wnosi o wyłączenie uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie – o doprecyzowanie, że uprawnienia z rękojmi ograniczają się do uprawnień gwarancyjnych. Dodatkowo wnosimy, aby ewentualna rękojmia obowiązywała 2 lata, zgodnie z zasadami Kodeksu Cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający uchyla w § 6 projektu umowy ust. 18. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 13 Dotyczy: § 7 wzoru umowy na Część I

Obowiązek zachowania informacji w poufności został określony w sposób jednostronny, co należy uznać za rażące naruszenie równowagi kontraktowej Stron. Należy wskazać, że choć zgodnie z art. 139 ust. 3 pzp umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne, wszelkie okoliczności dotyczące szczegółów realizacji umowy, informacje lub dane w formie ustnej, pisemnej, elektronicznej lub utrwalone w inny sposób uzyskane w związku z realizacją Umowy, stanowiska i twierdzeń Stron wypracowane w toku realizacji umowy nie korzystają z ustawowej zasady jawności, o której mowa w art. 139 ust. 3 pzp, a po spełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie informacje stanowią nie tylko tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, ale także Wykonawcy. Zamawiający także powinien być zobowiązany do zachowania w poufności wszelkich informacji uzyskanych w związku z realizacją Umowy (oczywiście z wyłączeniem informacji powszechnie znanych lub objętych przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej lub innymi przepisami prawa ustanawiającymi obowiązek ujawnienia informacji). W związku z powyższym, wnosimy o odpowiednie dostosowanie postanowień i wprowadzenie postanowień warunkujących obustronne zachowanie w tajemnicy informacji drugiej strony.

Odpowiedź: W § 7 projektu umowy Zamawiający określił jednostronnie zasady zachowania poufności z uwagi na to, że co do zasady nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem jako jednostka samorządowa nie prowadzi działalności zarobkowej i nie może tak, jak Wykonawca będący przedsiębiorcą powołać się na art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Wykonawca, bez względu na zapisy umowy, może na każdym etapie realizacji umowy zastrzec, w oparciu o przytoczone przepisy, tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi naruszenie zasady

równości stron w obszarze zachowania poufności danych i informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy.

Pytanie 14 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część I

Ww. paragraf wzoru umowy przewiduje kary umowne za opóźnienie. Za rażąco naruszające zasadę równowagi kontraktowej należy uznać ukształtowanie kar umownych niezależnie od winy wykonawców, gdyż wzór umowy przewiduje kary umowne za opóźnienie, a nie za zwłokę wykonawcy, przy czym opóźnienie po stronie wykonawcy może powstać także przy wyłącznej winie Zamawiającego. Kara umowna jest, zgodnie z ugruntowanym w literaturze i orzecznictwie stanowiskiem, surogatem odszkodowania. Odpowiedzialności odszkodowawczej podmiot może zaś podlegać jedynie, jeśli działania, które spowodowały powstanie szkody, były przez ten podmiot zawinione. Jak podkreślił T. Wiśniewski: „Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, LEX nr 6299).” (T. Wiśniewski Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, Gudowski Jacek (red.), komentarz do art. 483, teza 5, wydawnictwo LEX). Ustanowienie kar umownych za opóźnienie stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w postępowaniu.

Dlatego też prosimy o zmianę treści wzoru umowy i wprowadzenie kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie kar za opóźnienie, takie rozwiązanie przewiduje art. 483 § 1 kodeksu cywilnego. Art. 483 § 2 kodeksu cywilnego stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zamawiający w projekcie umowy zawarł zapisy umożliwiające Wykonawcy zmniejszenie ryzyka zaistnienia sytuacji powodujących naliczenie kar umownych np. poprzez zastosowanie zapisów o możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia.

Pytanie 15 Dotyczy: § 8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy na Część I

Ww. postanowienia warunkują kary umowne za każdą godzinę opóźnienia. Kara za opóźnienie w takiej wysokości musi zostać uznana za rażąco wygórowaną. Wskutek ustanowienia kary umownej na tak wysokim pułapie, zachwiana zostaje relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. W takiej sytuacji wątpliwy zostaje także stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez Zamawiającego (brak szkody jest bowiem jedną z przesłanek miarkowania zastrzeżonych kar umownych). Wskazujemy, że zwyczajowo w kontraktach handlowych, w tym przede wszystkim kontraktach publicznych z zakresu branży IT, kary umowne za zwłokę w odniesieniu do terminów realizacji umowy są ustanawiane w stosunku do setnych części wynagrodzenia za dzień zwłoki. Z pewnością zaś takie kary umowne ani nie służą zmotywowaniu wykonawcy, ani – tym bardziej – naprawieniu szkód, jakich doznać mógł Zamawiający. Nadto wykonawcy muszą

odpowiednio rozważyć ryzyka związane z umową, zaś wysokie kary umowne powodują, że ich oferty będą odpowiednio droższe.

W związku z powyższym, prosimy o zmianę wysokości ww. kar umownych i wprowadzeniu kar w odniesieniu do dni zwłoki, w szczególności jeżeli chodzi o błędy poważne i pozostałe, alternatywnie – o zmniejszenie kar, w tym również kary o której mowa w pkt 3.

Odpowiedź Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w kwestii wysokości kar umownych za usunięcie błędów i za odstąpienie od umowy. Zamawiający zgodnie z sugestią Wykonawcy wydłużył czas reakcji na usunięcie błędów poważnych i pozostałych, czym zmniejszył ryzyko powstania przesłanek naliczania kar umownych. Wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy nie jest wygórowana w stosunku do praktyki rynkowej.

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Pytanie 16 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część I

Wnosimy o wprowadzenie regulacji przy karach umownych wskazywanych jako procent wynagrodzenia, że odnoszą się do wynagrodzenia netto, a nie brutto. Postanowienia wprowadzające kary umowne w odniesieniu do wynagrodzenia brutto należy uznać za rażąco nieproporcjonalne, bowiem Wykonawca powinien być karany od wartości świadczenia, a nie podatku jaki ma obowiązek uiszczyć. Kara powinna się zatem odnosić do faktycznego hipotetycznego dochodu wykonawcy. Tak sformułowane kary umowne prowadzą też do potencjalnej nierówności pomiędzy wykonawcami, np. w przypadku zagranicznego oferenta, którego cena brutto nie obejmuje podatku VAT, z uwagi na brak obowiązku uiszczenia podatku VAT w Polsce czy też w przypadku wykonawcy zwolnionego z obowiązku uiszczenia podatku VAT.

Odpowiedź: Zamawiający nie przychylił się do stanowiska Wykonawcy, nie dokonano zmian w zapisach umowy zgodnie ze zgłoszonym żądaniem. Kary umowne nalicza się zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym, a Wykonawcą. Powyższą kwestię Zamawiający może uregulować w sposób całkowicie dowolny, tj. naliczać kary umowne od wartości wynagrodzenia brutto, lub netto. Wskazać jednak należy i jest to stanowisko przyjęte przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania, iż kary umowne są naliczane od wartości wynagrodzenia umownego tj. kary powinny być naliczane od wartości brutto rozumianej jako cena oferty. Za powyższym przemawia przede wszystkim zawarta w art. 2 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych definicja ceny. Odwołuje się ona do definicji zawartej w ustawie z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług. Definicja zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1) przedmiotowej ustawy definiuje cenę jako: „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy, za towar,

lub usługę”. Tym samym jest to wartość, która będzie uwzględniała podatek od towarów i usług.

Pytanie 17 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część I

We wzorze umowy brak jest postanowień określających górny limit możliwych do naliczenia kar umownych w stosunku do wynagrodzenia należnego wykonawcy. W orzecznictwie KIO coraz częściej wskazuje się na konieczność wskazania limitu naliczania kar umownych, w tym w szczególności w celu prawidłowej oceny ryzyk i wyceny oferty. KIO w wyroku z dnia 4 września 2018 r., sygn. KIO 1601/18 stwierdziła, że: „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyty wycenę oferty.” Wskazujemy na brak proporcjonalności zapisów umownych – w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia całkowitego brutto, w przypadku zaś np. opóźnień odpowiedzialność z tytułu kar umownych jest Nielimitowana. Co za tym idzie, Wykonawca który w ogóle nie przystąpi do realizacji umowy lub który zaprzestał prac będzie lepiej traktowany niż wykonawca który cały przedmiot umowy wykonał, tyle że po terminie. Ustawodawca dostrzegł ten problem i w projektowanej zmianie ustawy Pzp. (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24) wprowadził limitację kar umownych w przepisie art. 463 pkt 3) Pzp („Umowa zawiera (...) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”). We wzorze umowy nie została wprowadzona również ogólna limitacja odpowiedzialności kontraktowej stron. Powyższe uniemożliwia wykonawcom ocenę ryzyk wynikających z umowy a w konsekwencji niemożliwość poprawnej wyceny oferty. W związku z powyższym, prosimy o wprowadzenie limitacji ogólnej odpowiedzialności stron do pewnego pułapu, np. do wysokości 100% wynagrodzenia wykonawcy i limitacji kar umownych, np. do wysokości 50% wynagrodzenia.

Odpowiedź: Zamawiający wprowadzi do projektu umowy zmiany w zakresie kar umownych tj. określi ogólny limit kar umownych w wysokości 100 % wynagrodzenia brutto i limit kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, przy czym dodano zapis o karach umownych z tytułu wypowiedzenia umowy licencyjnej w wysokości 150 % wynagrodzenia brutto.

Pytanie 18 Dotyczy: § 11 wzoru umowy na Część I

Wskutek tak sformułowanych postanowień Wykonawca nie wie, do jakich elementów na przenieść prawa autorskie majątkowe a do jakich udzielić licencji.

Zgodnie z § 1 wzoru pkt 2) i 3), Przedmiotem Umowy jest:

2) udzielenie licencji do systemu informatycznego „Platforma E-usług” oraz dokumentacji powstałej w wyniku realizacji zamówienia,

3) udzielenie Zamawiającemu niewyłącznej, rozciągającej się na całe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przechodzącej na własność Zamawiającego i nieograniczonej czasowo licencji na korzystanie z oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę i z

Oprogramowania Standardowego, oraz jego modyfikacji, zmian i aktualizacji w tym w ramach gwarancji i Serwisu gwarancyjnego, oraz przekazanie Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentów licencyjnych.

Ww. postanowienia wprost wskazują, że w odniesieniu do Platformy E-usług, dokumentacji, wytworzonego oprogramowania przez Wykonawcę, Oprogramowania Standardowego oraz jego modyfikacji, zmian i aktualizacji Wykonawca jest zobowiązany udzielić Zamawiającemu licencji.

W OPZ również jest mowa o licencji.

Z kolei, zgodnie z § 11 ust. 1 wzoru umowy, „W przypadku, gdy realizacja Umowy obejmuje prace lub usługi mające charakter utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. w zakresie dokumentacji technicznej lub powykonawczej, Wykonawca przenosi na Zamawiającego – bez dodatkowego wynagrodzenia, poza określonym w § 5 ust. 1 Umowy z dniem podpisania przez Strony końcowego protokołu odbioru prac, o którym mowa w § 5 ust. 3 Umowy, całość majątkowych praw autorskich do powstałych rezultatów oraz zależnych praw majątkowych autorskich – tak do całości, jak i części utworu, oraz w ramach gwarancji i Serwisu gwarancyjnego”. Zgodnie z § 11 ust. 2 wzoru umowy, „W przypadku, gdy realizacja Umowy obejmuje prace lub usługi mające charakter utworów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych Wykonawca zobowiązany jest w umowach z podwykonawcami zapewnić przejście na Zamawiającego całości majątkowych praw autorskich w zakresie określonym powyżej do rezultatów, w tym ich elementów składowych – prac wykonawców przy pomocy których Wykonawca realizuje Przedmiot Umowy, na wszelkich polach eksploatacyjnych potrzebnych Zamawiającemu do korzystania z rezultatów tych prac. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić, że przenoszone majątkowe prawa autorskie nie będą w chwili ich przejścia obciążone prawami na rzecz osób trzecich, a także, że osoby uprawnione z tytułu osobistych praw autorskich nie będą wykonywać takich praw w stosunku do Zamawiającego.”

W § 6 ust. 2 wzoru umowy mowa jest o przeniesieniu autorskich praw majątkowych do oprogramowania.

Ww. postanowienia wskazują na konieczność przeniesienia praw autorskich do utworów.

Postanowienia prawnoautorskie są ze sobą sprzeczne.

Przypominamy, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 29 pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca w celu prawidłowego obliczenia i jej wyceny musi mieć dostęp do wszelkich informacji, umożliwiających mu dokonanie takiej wyceny. Licencji. Wskutek tak sformułowanych postanowień umownych, wykonawca nie wie czy i do czego ma udzielić licencji oraz czy i do czego ma przenieść prawa autorskie majątkowe, co jest jednym z najistotniejszych z punktu widzenia wykonawcy elementów przedmiotu zamówienia.

Wnosimy o wyraźne potwierdzenie, że w stosunku do Platformy E-usług, dokumentacji, wytworzonego oprogramowania przez Wykonawcę, Oprogramowania Standardowego oraz jego modyfikacji, zmian i aktualizacji Wykonawca jest zobowiązany udzielić Zamawiającemu licencji.

Jednocześnie wskazujemy, że podczas gdy co do zasady w odniesieniu do oprogramowania dedykowanego, z uwagi na jego silne spersonalizowanie prowadzące do braku możliwości późniejszego komercyjnego wykorzystania tak wytworzonego oprogramowania, w większości przypadków żądanie przeniesienia autorskich praw majątkowych nie budzi większych wątpliwości, zupełnie odmienna sytuacja zachodzi w przypadku oprogramowania standardowego, oprogramowania COTS czy innych produktów które nie zostały stworzone w wyniku realizacji konkretnej umowy. Wymaga wskazania, że mając na uwadze zaspokojenie interesu Zamawiającego, przy jednoczesnej ochronie i zabezpieczeniu praw wykonawców, zupełnie wystarczającym jest pozyskanie praw własności intelektualnej do oprogramowania standardowego na zasadach licencji. W sytuacji, gdy absolutnie zadowalającym rozwiązaniem jest udzielenie Zamawiającemu licencji na korzystanie i modyfikowanie oprogramowania standardowego w odpowiednim zakresie, żądanie przeniesienia własności autorskich praw majątkowych do oprogramowania standardowego należy uznać za nadmierne i nieproporcjonalne co do przedmiotu zamówienia.

Definitywne przeniesienie autorskich praw majątkowych przez zbywcę w zakresie oprogramowania standardowego, będącego jednym z oferowanych produktów dla szerokiej rzeszy klientów, w najlepszym razie doprowadzi do znacznego ograniczenia zakresu działalności wykonawcy, a być może nawet do eliminacji z rynku. O ile dla zbywcy definitywne przekazanie innemu podmiotowi praw autorskich może rodzić bardzo poważne konsekwencje, o tyle dla Zamawiającego nie jest niezbędne uzyskanie własności tych praw dla realizacji celów zamówienia, lecz wystarczające jest uzyskanie upoważnienia do korzystania z oprogramowania w odpowiednio szerokim zakresie.

Wymaga wskazania, że w istocie jedyna różnica pomiędzy umową przenoszącą autorskie prawa majątkowe a umową licencyjną sprowadza się do tego, że w przypadku umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe dochodzi do trwałego przeniesienia tych praw na rzecz nabywcy, zaś w przypadku umów licencyjnych dochodzi do czasowego upoważnienia do korzystania z nich przez licencjobiorcę na wskazanych polach eksploatacji. Należy podkreślić, że udzielenie licencji, w sposób tożsamy do przeniesienia majątkowych praw autorskich, może zapewnić zamawiającemu zrealizowanie celu zamówienia i jego należyte wykonanie. Co więcej, jest zdecydowanie tańsze, z czym Zamawiający musi się liczyć, żeby nie narazić się na zarzut brak gospodarności.

Zarówno licencja, jak i umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe, w świetle brzmienia art. 41 ust. 2 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wymaga wskazania pól eksploatacji. Zamawiającemu przysługuje prawo określenia tych pól w zależności od celu, jaki ma realizować określone zamówienie i w zależności od obszaru, w jakim zamierza korzystać z oprogramowania. Pola eksploatacji mogą zostać wskazane w jednakowy sposób zarówno jeżeli chodzi o umowę przenoszącą autorskie prawa majątkowe do oprogramowania, jak i w odniesieniu do umowy licencyjnej. W sytuacji, gdy zamawiający zamierza korzystać w szerokim zakresie z oprogramowania standardowego, w tym do dokonywania jego rozwoju lub modyfikacji, wystarczająca będzie umowa licencyjna, pozwalająca na modyfikację oprogramowania oraz wykonywanie praw zależnych (jak z resztą wynika z Analizy dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, zamieszczonej na stronie UZP). Zakres uzyskanego przez Zamawiającego prawa zarówno w przypadku udzielenia licencji jak i przeniesienia majątkowych praw autorskich może być tożsamy. Licencja, w sposób jednakowy do przeniesienia majątkowych praw autorskich, może zapewnić Zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia. W celu zagwarantowania Zamawiającemu trwałości pozyskania praw własności intelektualnej do oprogramowania standardowego, licencja może zostać zawarta na czas nieoznaczony, przy jednoczesnym określeniu długiego

okresu wypowiedzenia licencji lub odpowiednim obwarowaniu wypowiedzenia licencji karami umownymi. Zamawiający winien żądać przeniesienia autorskich praw majątkowych jedynie w stosunku do oprogramowania dedykowanego, rozumianego jako wszelkie modyfikacje oprogramowania standardowego, wszelkie utwory powstałe w ramach umowy, jak i wszelkie utwory stworzone pod „klucz” - Zamawiający nie powinien żądać powyższego w stosunku do oprogramowania standardowo wytwarzanego przez wykonawcę czy też oprogramowania „półkowego”, przeznaczonego do sprzedaży.

W związku z powyższym, wnosimy jak powyżej. Wnosimy o wyraźne potwierdzenie, że w stosunku do Platformy E-usług, dokumentacji, wytworzonego oprogramowania przez Wykonawcę, Oprogramowania Standardowego oraz jego modyfikacji, zmian i aktualizacji Wykonawca jest zobowiązany udzielić Zamawiającemu licencji na warunkach producenta. Ewentualnie, wnosimy o potwierdzenie, że obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych dotyczy jedynie utworów wytworzonych w wyniku realizacji umowy (utworów dedykowanych) – o ile taki obowiązek rzeczywiście będzie.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że nie sposób zgodzić się na możliwość przeniesienia praw autorskich na „wszelkich polach eksploatacyjnych potrzebnych Zamawiającemu do korzystania z rezultatów tych prac” (§ 11 ust. 2 wzoru umowy). Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione. Pola eksploatacji muszą zostać wyraźnie, tj. enumeratywnie wyszczególnione w treści umowy. W związku z powyższym, w świetle art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nieuprawnione jest określenie zakresu umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe poprzez odesłanie niesprecyzowanych „wszelkich pól potrzebnych Zamawiającemu”. Powyższe jest także sprzeczne z art. 29 pzp.

Odpowiedź: Zamawiający w § 1 pkt 3 projektu umowy uszczegółowił, co jest przedmiotem umowy (zakup nieograniczonej czasowo licencji). Zamawiający wykreślił w projekcie umowy zapisy dotyczące przeniesienia własności praw autorskich.

Pytanie 19 Dotyczy: § 11 ust. 7 wzoru umowy na Część I

Przypominamy, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 29 pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca w celu prawidłowego obliczenia i jej wyceny musi mieć dostęp do wszelkich informacji, umożliwiających mu dokonanie takiej wyceny.

Postanowienie jest wyjątkowo nieprecyzyjne. Poszczególne pola eksploatacji oprogramowania powinny być wyspecyfikowane w umowie licencyjnej. Wskazujemy nadto, że niektórzy producenci oprogramowań standardowych udzielają licencji na nienegocjowanych warunkach. Wnosimy o usunięcie zapisu.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie kwestionowanego zapisu (obecnie zapis ten znajduje się w 11 ust. 9).

Pytanie 20 Dotyczy: § 12 ust. 1 wzoru umowy na Część I

Ww. postanowienie należy uznać za nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że takie postanowienie jest w istocie niemożliwe do zrealizowania. Żaden z

producentów oprogramowania standardowego które składa się na platformę nie udostępni kodów źródłowych takiego oprogramowania, ponieważ to oprogramowanie które kieruje do wielu klientów i na których opiera swoją działalność. Kody źródłowe w odniesieniu do Oprogramowania Standardowego to najpilniej strzeżona wartość gospodarcza wykonawców. Co więcej, nie jest możliwe zdobycie kodów źródłowych od takich producentów jak np. Oracle.

Co więcej, zgodnie z wymaganiem OPZ:

WL.09 Dla całego oprogramowania wytworzonego przez Wykonawcę w ramach Projektu, Wykonawca przekaże Zamawiającemu kody źródłowe, z możliwością ich modyfikacji.

Przekazanie kodów źródłowych ma dotyczyć jedynie oprogramowania wytworzonego w ramach Projektu.

W związku z powyższym, wnosimy o zmianę tego zapisu poprzez doprecyzowanie, że obowiązek przekazania kodów źródłowych do depozytu dotyczy wyłącznie elementów wytworzonych na podstawie niniejszej umowy (oprogramowania dedykowanego).

Odpowiedź: Obowiązek przekazania kodów źródłowych do depozytu dotyczy sytuacji opisanych w § 11 ust. 3 i ust. 7 (obecnie ust. 9) projektu umowy.

Pytanie 21 Dotyczy: § 12 wzoru umowy na Część I

Wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający będzie mógł skorzystać z kodów źródłowych oprogramowania dopiero po zakończeniu Umowy i realizacji wszelkich obowiązków z niej wynikających (w tym gwarancji).

Jednoczesna praca modyfikacyjna wielu podmiotów na jednym oprogramowaniu może doprowadzić do tego, iż Zamawiający utraci gwarancję na części oprogramowania niemodyfikowane przez Wykonawcę.

Odpowiedź: Zamawiający będzie mógł skorzystać z kodów źródłowych oprogramowania dopiero po zakończeniu umowy, w tym okresie gwarancji, z zastrzeżeniem możliwości wykorzystania kodów w sytuacji tzw. wykonania zastępczego.

Pytanie 22 Dotyczy: wzoru umowy na Część III

W związku z wejściem w życie art. 4c ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych i związanym z tym obowiązkiem złożenia przez dłużnika będącego dużym przedsiębiorcą drugiej stronie transakcji handlowej oświadczenia o posiadaniu statusu dużego przedsiębiorcy, czy Zamawiający wprowadzi odpowiednie postanowienia do wzoru umowy? Ewentualnie - w jaki sposób Zamawiający przewiduje złożenie takiego oświadczenia przez wykonawcę, który jest dużym przedsiębiorcą mając na względzie, że oświadczenie to składa się w formie, w jakiej jest zawierana transakcja handlowa, najpóźniej w momencie jej zawarcia?

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje wprowadzania do projektu umowy zapisu dotyczącego oświadczenia o posiadaniu statusu dużego przedsiębiorcy. W przypadku, gdy umowa zawierana będzie z Wykonawcą posiadającym status dużego przedsiębiorcy, to ten Wykonawca złoży stosowne oświadczenie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia, w

formie pisemnej, bo w takiej formie, zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma być zawarta umowa.

Pytanie 23 Dotyczy: § 1 pkt 6) wzoru umowy na Część III

Na czym ma polegać wsparcie powdrożeniowe? Czy to to samo co asysta powdrożeniowa, o której mowa w § 3 ust. 10 wzoru umowy?

Odpowiedź: Użyte w § 1 pkt 6) projektu umowy określenie „wsparcie powdrożeniowe” jest tożsame z użytym w § 3 ust. 10) projektu umowy określeniem „asysta powdrożeniowa”, przy czym zmienia się treść zapisu § 3 ust. 10), zgodnie ze zmodyfikowanym projektem umowy.

Pytanie 24 Dotyczy: § 3 ust. 5 wzoru umowy na Część III

Czy w związku z panującą epidemią koronawirusa SARS-CoV-2, Zamawiający przewiduje realizację spotkań za pomocą środków komunikacji na odległość?

Odpowiedź: Zamawiający w toku realizacji zamówienia będzie stosował powszechnie obowiązujące przepisy prawa odnoszące się do zachowania reżimu sanitarnego. Zasadniczą formą kontaktu pozostaje kontakt bezpośredni, Zamawiający dopuści formę komunikacji na odległość, w przypadku, gdy sytuacja epidemiologiczna wykluczy możliwość bezpośredniego kontaktu.

Pytanie 25 Dotyczy: § 3 ust. 8 wzoru umowy na Część III

Prosimy o informację, w jakim terminie od dnia przekazania przez Wykonawcę informacji o osiągnięciu gotowości do odbioru nastąpi termin odbioru? Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku gdy Wykonawca odda prawidłowy przedmiot umowy w terminie wynikającym z harmonogramu, Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu opóźnienia w sytuacji, gdy Zamawiający wyznaczy daleki termin odbioru.

Odpowiedź: Odbiór przedmiotu umowy nastąpi w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego powiadomienia od Wykonawcy o osiągnięciu gotowości do odbioru końcowego. Zamawiający potwierdza, że w przypadku, gdy Wykonawca odda prawidłowy przedmiot umowy w terminie wynikającym z harmonogramu, Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu opóźnienia. Stosowne zapisy wprowadzone zostaną do projektu umowy.

Pytanie 26 Dotyczy: § 3 ust. 9 wzoru umowy na Część III

Czy Zamawiający dopuści odbiór warunkowy – odbiór pod warunkiem usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych wad w taki sposób, że w przypadku pozytywnego usunięcia wad, odbiór uznawany będzie za dokonany w dniu podpisania protokołu odbioru?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza odbiór warunkowy, pod warunkiem usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych, przy końcowym odbiorze wad, w terminie nie dłuższym, niż 14 dni od dnia odbioru końcowego. W przypadku pozytywnego usunięcia wad, odbiór uznawany będzie za dokonany w dniu podpisania protokołu odbioru końcowego. W przypadku niedotrzymania 14 dniowego terminu na usunięcie uwag i zastrzeżeń lub nieusunięcia ich w

całości za datę odbioru uważa się datę odbioru poprawionego, uwzględniającego wszystkie uwagi i zastrzeżenia Zamawiającego.

Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 27 Dotyczy: § 3 ust. 10 wzoru umowy na Część III

Prosimy o potwierdzenie, że sformułowanie „wymogi Zamawiającego” oznaczają wymogi określone w OPZ i SIWZ.

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany treści § 3 ust. 10, w nowym brzmieniu przepisu brak jest sformułowania „wymogi Zamawiającego”

Pytanie 28 Dotyczy: § 6 ust. 2 wzoru umowy na Część III

Wnosimy o usunięcie tego postanowienia. Istotą gwarancji na system komputerowy jest udzielenie jej na określony czas, w ramach którego wykonawca świadczy usługi gwarancyjne. Postanowienie warunkujące odnawialność gwarancji na kolejne okresy jest sprzeczne z zasadami pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zawarcie określonej umowy. Odnowienie wielomiesięcznej gwarancji stanowi obejście art. 142 pzp, i prowadzi do zaciągnięcia zobowiązań o charakterze wieloletnim.

Odpowiedź: Zamawiający określając kwestionowany zapis projektu umowy kierował się treścią art. 581 kodeksu cywilnego, który stanowi, że:

„Art. 581. § 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

§ 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać.”
Zamawiający odmawia usunięcia tego postanowienia.

Pytanie 29 Dotyczy: § 6 ust. 4 pkt 1) i 4) wzoru umowy na Część III

Obowiązek dostosowania oprogramowania do obowiązujących przepisów prawa, w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia zmian lub zgłoszenia wniosku przez Zamawiającego należy uznać nie tylko za niemożliwy do wykonania w niektórych przypadkach w związku z dużą ilością prac programistycznych w krótkim terminie, jak również nieracjonalny. Tak sformułowane postanowienie, nakazujące zmianę oprogramowania w terminie liczonym od dnia ogłoszenia zmian lub złożenia wniosku Zamawiającego może bowiem implikować konieczność dostarczenia zmodyfikowanego oprogramowania przed dniem wejścia w życie przepisów nakazujących dokonanie takiej zmiany. Postanowienie w tej formie należy uznać za sprzeczne z art. 14 ust. 1 pzp w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego. Nie ma żadnego uzasadnienia dla konieczności dostosowania oprogramowania do zmienionych przepisów prawnych przed dniem wejścia w życie przepisów zmieniających. System powinien co do zasady zostać dostosowany i uruchomiony z dniem wejścia w życie tych przepisów. Do tego momentu obowiązuje bowiem poprzedni porządek prawny, który Zamawiający jest zobligowany stosować. Ponadto tak sformułowane postanowienie może prowadzić do niemożliwości świadczenia. Zważywszy na proces legislacyjny, jak również fakt, że ustawy mogą być procedowane niezwykle szybko, a vacatio legis wynosi co do zasady 14 dni, niemożliwym jest

spełnienie zobowiązania tego obowiązku w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego. W związku z powyższym, prosimy o zmianę tego postanowienia i doprecyzowanie, że zmiana oprogramowania powinna być dokonana w taki sposób, by dostosowanie zostało zrealizowane najpóźniej w dnia wejścia w życie zmienionych przepisów prawa, a w przypadku, gdy pomiędzy dniem opublikowania zmienionych przepisów, a dniem ich wejścia w życie okres vacatio legis jest krótszy niż 14 dni, zmiany zostaną wykonane w okresie do 14 dni od dnia wejścia w życie nowych przepisów.

Odpowiedź: Zmiana oprogramowania powinna być dokonana w taki sposób, aby dostosowanie zostało zrealizowane najpóźniej w dniu wejścia w życie zmienionych przepisów prawa, a w przypadku, gdy pomiędzy dniem opublikowania zmienionych przepisów, a dniem ich wejścia w życie okres vacatio legis jest krótszy niż 14 dni, zmiany zostaną wykonane w okresie do 14 dni od dnia wejścia w życie nowych przepisów. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 30 Dotyczy: § 6 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy na Część III

Wnosimy o potwierdzenie, że w ramach Serwisu gwarancyjnego modyfikacja, aktualizacja, ulepszenia funkcjonalności Oprogramowania będą odnosić się wyłącznie do dostosowania Oprogramowania do obowiązujących przepisów prawa.

Dodatkowe, swobodne modyfikacje oprogramowania rażąco wykraczają poza istotę gwarancji. Istotą gwarancji jest utrzymanie poprawnego działania oprogramowania oraz usuwanie jego wad. W gwarancji Zamawiający obejmuje żądanie swobodnej modyfikacji oprogramowania, żądanie rozwoju, które nie wynika z przepisów prawa. Takie modyfikacje powinny być dodatkowo płatne, jako nie wchodzące w zakres gwarancji. Ewentualnie, Zamawiający powinien wskazać, ile roboczogodzin przewiduje na wykorzystanie takiej modyfikacji. W przeciwnym wypadku, wykonawca nie jest w stanie oszacować ile prac programistycznych będzie musiał poświęcić na wykonanie modyfikacji systemu i nie będzie mógł wycenić oferty. Przypominamy, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 29 pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca w celu prawidłowego obliczenia i jej wyceny musi mieć dostęp do wszelkich informacji, umożliwiających mu dokonanie takiej wyceny, co obecnie jest niemożliwe. Wnosimy o usunięcie postanowienia w zakresie w sformułowania „m.in.”. Ewentualnie – o wskazanie liczny roboczodni, które Zamawiający może zlecić na dokonanie modyfikacji.

Odpowiedź: Modyfikacja, aktualizacja, ulepszenia funkcjonalności Oprogramowania będą odnosić się wyłącznie do dostosowania Oprogramowania do obowiązujących przepisów prawa lub będą wynikać z konieczności naprawy błędów. Zamawiający nie wprowadził w § 6 ust. 4 pkt 1) projektu umowy dodatkowych swobodnych modyfikacji oprogramowania.

Pytanie 31 Dotyczy: § 6 ust. 6 wzoru umowy na Część III

SLA w odniesieniu do terminów naprawy błędów przewiduje bardzo rygorystyczne wymogi. Terminy naprawy zostały ustanowione w bardzo rygorystycznym wymiarze czasu, w szczególności 16 godzin dla błędu poważnego od momentu zgłoszenia czy też 48 godzin dla błędu pozostałego od momentu zgłoszenia. Ze strony Wykonawcy, naprawa błędów polega na zdiagnozowaniu błędów i znalezieniu ich przyczyny, co może być czasochłonne i wymaga ścisłej współpracy z Zamawiającym, a następnie na wykonaniu prac programistycznych.

Powyższe może być niemożliwe w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach. Zamawiający, jako silniejsza strona adhezyjnego stosunku prawnego, jakim jest umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie może narzucać wykonawcy nierealnych terminów naprawy błędów. Wskazujemy, że Błąd poważny nie uniemożliwia korzystania z systemu, ale jedynie pewne ograniczenia. Błędy pozostałe zaś to błędy błahe, nie mają wpływu na dostępność Platformy i wynik prac. Nawet przy powstaniu tego rodzaju błędów Zamawiający może korzystać z oprogramowania. Z kolei tak rygorystyczne SLA ustanowione w stosunku do Błędów poważnych i Błędów pozostałych jest nierynkowe, i sprzeczne ze zwyczajem. Wobec powyższego wnosimy, aby naprawa Błędu poważny nastąpiła w terminie 48 godzin od zgłoszenia, a Błędu pozostałego – w terminie 7 dni od zgłoszenia.

Odpowiedź: Zamawiający wydłuża czas usunięcia błędu poważnego do 48 godzin od zgłoszenia, zgodnie z sugestią Wykonawcy, uznając argumentację o konieczności zdiagnozowania błędów, znalezienia przyczyny i wykonania prac programistycznych. Zamawiający wydłuża czas usunięcia błędu pozostałego do 72 godzin od zgłoszenia błędu, uważając, że termin 7-dniowy jest zbyt długi, a błąd pomimo, że drobny może być uciążliwy. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 32 Dotyczy: Dotyczy: § 6 ust. 12 wzoru umowy na Część III

Co do zasady, wykonanie zastępcze zobowiązania wymaga wyrażenia zgody przez sąd. Samo nieusunięcie nieprawidłowości w terminie może mieć różną przyczynę, rangę, charakter i skutki. Powierzenie wykonania tych obowiązków innemu podmiotowi na koszty i ryzyko Wykonawcy bez uprzedniego wezwania do wykonania obowiązków gwarancyjnych jest zbyt daleko idącym skutkiem, zwłaszcza mając na względzie utratę uprawnień gwarancyjnych do tej części naprawionego oprogramowania. Poza tym, zgodnie z podstawowymi zasadami Kodeksu Cywilnego, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za nie swoje działania – np. działania związane z samodzielnym wykonaniem obowiązków gwarancyjnych przez Zamawiającego lub podmiot trzeci (to Zamawiający/podmiot trzeci ponoszą za nie odpowiedzialność, zgodnie z art. 471 Kodeksu Cywilnego), naprawa taka nie może zatem odbyć się na jego „ryzyko”. Prosimy zatem o wykreślenia słowa „ryzyko” w § 6 ust. 12 wzoru umowy. Z uwagi na powyższe wnosimy także, aby zlecenie naprawy podmiotowi trzeciemu odbyło się po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do realizacji zobowiązań wraz z wyznaczeniem odpowiedniego terminu.

Odpowiedź: Art. 480 § 3 Kodeksu cywilnego pozwala Zamawiającemu, w przypadkach nagłych, a w przedmiotowym postępowaniu co najmniej w przypadku błędów krytycznych i poważnych, wykonać bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika, a art. 473 § 1 kodeksu cywilnego umożliwia Wykonawcy przyjęcie w drodze umowy odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę błędu w terminie określonym w § 6 ust. 6 projektu umowy, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy dodatkowy termin na usunięcie błędu:

- 1) krytycznego - 8 godzin od wezwania,
- 2) poważnego – 48 godzin od wezwania,
- 3) pozostałego – 72 godziny od wezwania.

Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 33 Dotyczy: § 6 ust. 16 wzoru umowy na Część III

Ww. postanowienie zakłada zapewnienie Zamawiającemu prawo do korzystania ze zmian na zasadach określonych w niniejszej Umowie, w szczególności autorskich praw majątkowych do takich zmian. Mając na uwadze treść § 11 wzoru umowy dot. obowiązku udzielenia licencji oraz brak postanowień warunkujących przeniesienie autorskich praw majątkowych, w celu usunięcia wątpliwości, prosimy o zmianę postanowienia, nadając mu następujące brzmienie: „Strony zgodnie postanawiają, że jeżeli w trakcie realizacji zobowiązań z gwarancji dojdzie do wprowadzenia zmian/modyfikacji/aktualizacji, w szczególności w Programie, Wykonawca z chwilą dokonania zmian/modyfikacji/aktualizacji zapewni Zamawiającemu prawo do korzystania z takich zmian na zasadach określonych w niniejszej Umowie”.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany w § 6 ust. 16 projektu umowy, wykreślając zwrot: „, w szczególności autorskich praw majątkowych do takich zmian”. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 34 Dotyczy: § 6 ust. 18 wzoru umowy na Część III

Obowiązki gwarancyjne zostały określone bardzo szeroko. W związku z udzieloną gwarancją, nieproporcjonalne jest przysługiwanie Zamawiającemu równoległe uprawnień z tytułu rękojmi. Tego rodzaju wyłączenie stosowane jest przez niemal wszystkich dostawców i producentów w odniesieniu do oprogramowania komputerowego. Jednocześnie podkreślić należy, że powszechnie w doktrynie prawa cywilnego kwestionuje się możliwość stosowania rękojmi do udostępniania programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

- w przypadku udzielenia licencji na program komputerowy nie mamy do czynienia z umową sprzedaży;
- 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, 570-572 i 576 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.

Wykonawca wnosi o wyłączenie uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie – o doprecyzowanie, że uprawnienia z rękojmi ograniczają się do uprawnień gwarancyjnych. Dodatkowo wnosimy, aby ewentualna rękojmia obowiązywała 2 lata, zgodnie z zasadami Kodeksu Cywilnego.

Odpowiedź: Zamawiający uchyla w § 6 projektu umowy ust. 18. Stosowne zmiany uwzględniono w zmodyfikowanym projekcie umowy.

Pytanie 35 Dotyczy: § 7 wzoru umowy na Część III

Obowiązek zachowania informacji w poufności został określony w sposób jednostronny, co należy uznać za rażące naruszenie równowagi kontraktowej Stron. Należy wskazać, że choć zgodnie z art. 139 ust. 3 pzp umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne, wszelkie okoliczności dotyczące szczegółów realizacji umowy, informacje lub dane w formie ustnej, pisemnej, elektronicznej lub utrwalone w inny sposób uzyskane w związku z realizacją Umowy, stanowiska i twierdzeń Stron wypracowane w toku realizacji umowy nie korzystają z ustawowej zasady jawności, o której mowa w art. 139 ust. 3 pzp, a po spełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie informacje stanowią nie tylko tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, ale także Wykonawcy. Zamawiający także powinien być zobowiązany do zachowania w poufności wszelkich informacji uzyskanych w związku z realizacją Umowy (oczywiście z wyłączeniem informacji powszechnie znanych lub objętych przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej lub innymi przepisami prawa

ustanawiającymi obowiązek ujawnienia informacji). W związku z powyższym, wnosimy o odpowiednie dostosowanie postanowień i wprowadzenie postanowień warunkujących obustronne zachowanie w tajemnicy informacji drugiej strony.

Odpowiedź: W § 7 projektu umowy Zamawiający określił jednostronnie zasady zachowania poufności z uwagi na to, że co do zasady nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem jako jednostka samorządowa nie prowadzi działalności zarobkowej i nie może tak, jak Wykonawca będący przedsiębiorcą powołać się na art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Wykonawca, bez względu na zapisy umowy, może na każdym etapie realizacji umowy zastrzec, w oparciu o przytoczone przepisy, tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi naruszenie zasady równości stron w obszarze zachowania poufności danych i informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy.

Pytanie 36 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część III

Ww. paragraf wzoru umowy przewiduje kary umowne za opóźnienie. Za rażąco naruszające zasadę równowagi kontraktowej należy uznać ukształtowanie kar umownych niezależnie od winy wykonawców, gdyż wzór umowy przewiduje kary umowne za opóźnienie, a nie za zwłokę wykonawcy, przy czym opóźnienie po stronie wykonawcy może powstać także przy wyłącznej winie Zamawiającego. Kara umowna jest, zgodnie z ugruntowanym w literaturze i orzecznictwie stanowiskiem, surogatem odszkodowania. Odpowiedzialności odszkodowawczej podmiot może zaś podlegać jedynie, jeśli działania, które spowodowały powstanie szkody, były przez ten podmiot zawinione. Jak podkreślił T. Wiśniewski: „Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, LEX nr 6299).” (T. Wiśniewski Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, Gudowski Jacek (red.), komentarz do art. 483, teza 5, wydawnictwo LEX). Ustanowienie kar umownych za opóźnienie stwarza dla wykonawców niewycenialne ryzyka kontraktowe, zniechęcając ich do udziału w postępowaniu.

Dlatego też prosimy o zmianę treści wzoru umowy i wprowadzenie kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie kar za opóźnienie, takie rozwiązanie przewiduje art. 483 § 1 kodeksu cywilnego. Art. 483 § 2 kodeksu cywilnego stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zamawiający w projekcie umowy zawarł zapisy umożliwiające Wykonawcy zmniejszenie ryzyka zaistnienia sytuacji powodujących naliczenie kar umownych np. poprzez zastosowanie zapisów o możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia.

Pytanie 37 Dotyczy: § 8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy na Część III

Ww. postanowienia warunkują kary umowne za każdą godzinę opóźnienia. Kara za opóźnienie w takiej wysokości musi zostać uznana za rażąco wygórowaną. Wskutek ustanowienia kary umownej na tak wysokim pułapie, zachwiana zostaje relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. W takiej sytuacji wątpliwy zostaje także stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez Zamawiającego (brak szkody jest bowiem jedną z przesłanek miarkowania zastrzeżonych kar umownych). Wskazujemy, że zwyczajowo w kontraktach handlowych, w tym przede wszystkim kontraktach publicznych z zakresu branży IT, kary umowne za zwłokę w odniesieniu do terminów realizacji umowy są ustanawiane w stosunku do setnych części wynagrodzenia za dzień zwłoki. Z pewnością zaś takie kary umowne ani nie służą zmotywowaniu wykonawcy, ani – tym bardziej – naprawieniu szkód, jakich doznać mógł Zamawiający. Nadto wykonawcy muszą odpowiednio rozważyć ryzyka związane z umową, zaś wysokie kary umowne powodują, że ich oferty będą odpowiednio droższe.

W związku z powyższym, prosimy o zmianę wysokości ww. kar umownych i wprowadzeniu kar w odniesieniu do dni zwłoki, w szczególności jeżeli chodzi o błędy poważne i pozostałe, alternatywnie – o zmniejszenie kar, w tym również kary o której mowa w pkt 4.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w kwestii wysokości kar umownych za usunięcie błędów i za odstąpienie od umowy. Zamawiający zgodnie z sugestią Wykonawcy wydłużył czas reakcji na usunięcie błędów poważnych i pozostałych, czym zmniejszył ryzyko powstania przesłanek naliczania kar umownych. Wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy nie jest wygórowana w stosunku do praktyki rynkowej.

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Pytanie 38 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część III

Wnosimy o wprowadzenie regulacji przy karach umownych wskazywanych jako procent wynagrodzenia, że odnoszą się do wynagrodzenia netto, a nie brutto. Postanowienia wprowadzające kary umowne w odniesieniu do wynagrodzenia brutto należy uznać za rażąco nieproporcjonalne, bowiem Wykonawca powinien być karany od wartości świadczenia, a nie podatku jaki ma obowiązek uiszczyć. Kara powinna się zatem odnosić do faktycznego hipotetycznego dochodu wykonawcy. Tak sformułowane kary umowne prowadzą też do potencjalnej nierówności pomiędzy wykonawcami, np. w przypadku zagranicznego oferenta, którego cena brutto nie obejmuje podatku VAT, z uwagi na brak obowiązku uiszczenia podatku VAT w Polsce czy też w przypadku wykonawcy zwolnionego z obowiązku uiszczenia podatku VAT.

Odpowiedź: Zamawiający nie przychyliła się do stanowiska Wykonawcy, nie dokonano zmian w zapisach umowy zgodnie ze zgłoszonym żądaniem. Kary umowne nalicza się zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym, a Wykonawcą. Powyższą kwestię Zamawiający może uregulować w sposób całkowicie dowolny, tj. naliczać kary umowne od wartości wynagrodzenia brutto, lub netto. Wskazać jednak należy i jest to stanowisko przyjęte przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania, iż kary umowne są naliczane od wartości wynagrodzenia umownego tj. kary powinny być naliczane od wartości brutto rozumianej jako cena oferty. Za powyższym przemawia przede wszystkim zawarta w art. 2 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych definicja ceny. Odwołuje się ona do definicji zawartej w ustawie z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług. Definicja zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1) przedmiotowej ustawy definiuje cenę jako: „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy, za towar, lub usługę”. Tym samym jest to wartość, która będzie uwzględniała podatek od towarów i usług.

Pytanie 39 Dotyczy: § 8 wzoru umowy na Część III

We wzorze umowy brak jest postanowień określających górny limit możliwych do naliczenia kar umownych w stosunku do wynagrodzenia należnego wykonawcy. W orzecznictwie KIO coraz częściej wskazuje się na konieczność wskazania limitu naliczania kar umownych, w tym w szczególności w celu prawidłowej oceny ryzyk i wyceny oferty. KIO w wyroku z dnia 4 września 2018 r., sygn. KIO 1601/18 stwierdziła, że: „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.” Wskazujemy na brak proporcjonalności zapisów umownych – w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia całkowitego brutto, w przypadku zaś np. opóźnień odpowiedzialność z tytułu kar umownych jest nielimitowana. Co za tym idzie, Wykonawca który w ogóle nie przystąpi do realizacji umowy lub który zaprzestał prac będzie lepiej traktowany niż wykonawca który cały przedmiot umowy wykonał, tyle że po terminie. Ustawodawca dostrzegł ten problem i w projektowanej zmianie ustawy Pzp. (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24) wprowadził limitację kar umownych w przepisie art. 463 pkt 3) Pzp („Umowa zawiera (...) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”). We wzorze umowy nie została wprowadzona również ogólna limitacja odpowiedzialności kontraktowej stron. Powyższe uniemożliwia wykonawcom ocenę ryzyk wynikających z umowy a w konsekwencji niemożliwość poprawnej wyceny oferty. W związku z powyższym, prosimy o wprowadzenie limitacji ogólnej odpowiedzialności stron do pewnego pułapu, np. do wysokości 100% wynagrodzenia wykonawcy i limitacji kar umownych, np. do wysokości 50% wynagrodzenia.

Odpowiedź: Zamawiający wprowadzi do projektu umowy zmiany w zakresie kar umownych tj. określi ogólny limit kar umownych w wysokości 100 % wynagrodzenia brutto i limit kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, przy czym dodano zapis o karach umownych z tytułu wypowiedzenia umowy licencyjnej w wysokości 150 % wynagrodzenia brutto.

Pytanie 40 Dotyczy: § 2 ust. 3 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Czy Zamawiający dopuści dodanie do wzoru Umowy powierzenia załącznika nr 2, określającego stosowane przez Wykonawcę środki organizacyjne i techniczne oraz doda do § 2 ust. 3 in fine wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych sformułowanie „Środki organizacyjne i techniczne stosowane przez Podmiot przetwarzający określa załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Administrator oświadcza, że zapoznał się z treścią załącznika nr 2 i nie wnosi do niego zastrzeżeń”?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza dodania do wzoru umowy załącznika nr 2 „Środki organizacyjne i techniczne stosowane przez Podmiot przetwarzający” oraz dodania do § 2 ust. 3 in fine sformułowania: „Środki organizacyjne i techniczne stosowane przez Podmiot przetwarzający określa załącznik nr 2 do niniejszej umowy. Administrator oświadcza, że zapoznał się z treścią załącznika nr 2 i nie wnosi do niego zastrzeżeń.”

Zgodnie z art. 28 ust. 1 RODO zamawiający ma pełną swobodę co do tego, w jaki sposób dokonuje weryfikacji podmiotu, z którym zamierza zawrzeć umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych w zakresie tego, czy podmiot ten zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Sporządzenie wykazu stosowanych środków technicznych i organizacyjnych nie daje zamawiającemu pełnej wiedzy na temat tego, w jakim zakresie wykazane środki są faktycznie wdrożone oraz czy podmiot, z którym planowane jest zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ma, zgodnie z motywem 81 preambuły RODO, wiedzę fachową, wiarygodność i zasoby gwarantujące zgodność przetwarzania danych osobowych z RODO i ochronę praw osób, których dane dotyczą. Dodatkowo należy podkreślić, że wprowadzenie do wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zmian zaproponowanych w pytaniu 40, może wywoływać u podmiotu przetwarzającego błędne przeświadczenie, że skoro zamawiający nie wniósł uwag do wykazu środków technicznych i organizacyjnych załączonego do wzoru umowy, to znaczy, że środki te są wystarczające do prawidłowego wykonania umowy. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że tempo zmian technologii przetwarzania danych osobowych, powstające nowe zagrożenia i konieczność ciągłego analizowania systemu ochrony danych w celu minimalizowania jego podatności na różnego rodzaju zagrożenia, może doprowadzić do tego, że wykazane w załączniku do wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych środki techniczne i organizacyjne ulegną dezaktualizacji (mogą okazać się niewystarczające do zabezpieczenia danych osobowych i ochrony praw i wolności osób fizycznych, których dane dotyczą). Oznacza to, że stosowane przez podmiot przetwarzający środki techniczne i organizacyjne muszą być poddawane regularnym testom i ocenie skuteczności oraz aktualizacji, gdy jest to uzasadnione zmianą np. kontekstu zewnętrznego czy wewnętrznego przetwarzania powierzonych danych osobowych przez podmiot przetwarzający. Obowiązkiem podmiotu przetwarzającego jest bowiem dobór odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych z uwzględnieniem stopnia ryzyka towarzyszącego przetwarzaniu powierzonych do przetwarzania danych osobowych (w tym przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utraty, modyfikacji, nieuprawnionego ujawnienia lub nieuprawnionego dostępu do danych osobowych przesyłanych, przechowywanych lub w inny sposób przetwarzanych) przez cały okres przetwarzania powierzonych danych osobowych, a nie tylko przed zawarciem umowy i w dniu jej zawarcia.

Pytanie 41 Dotyczy: § 9 pkt 1) – 3), § 13 ust. 3 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Termin wyznaczony Podmiotowi Przetwarzającemu na dokonanie zgłoszenia naruszenia przetwarzania danych osobowych wraz z szeregiem informacji dotyczących tego naruszenia jest rażąco krótki. Przypominamy, że Administrator ma 72 godziny na zgłoszenie naruszenia ochrony danych osobowych do organu nadzoru, a termin wyznaczony Podmiotowi przetwarzającemu na zgłoszenie naruszenia i wskazania szeregu informacji to tylko 12 godzin. Niezrozumiały jest tak długi termin Administratora, przy tak krótkim terminie Podmiotu przetwarzającego, podczas gdy w przypadku naruszenia to przede wszystkim na Podmiocie przetwarzającym będzie ciążył obowiązek opisanego naruszenia, a Administrator je w głównej mierze jedynie przekaze organowi nadzorczemu. Wnosimy o przedłużenie terminu wyznaczonego Podmiotowi przetwarzającemu do 36 godzin.

Odpowiedź: Zamawiający nie zgadza się na przedłużenie terminu wyznaczonego podmiotowi przetwarzającemu na zgłoszenie naruszenia ochrony danych osobowych do 36 godzin.

Podmiot przetwarzający odgrywa istotną rolę w zapewnianiu zamawiającemu możliwości wywiązania się ze spoczywających na nim obowiązków wynikających m. in. z art. 33 RODO, jednakże to zamawiający ponosi odpowiedzialność prawną za przetwarzanie danych osobowych prowadzone przez niego samego lub w jego imieniu (motyw 74 preambuły RODO). Wbrew twierdzeniom zawartym w pytaniu 41, obowiązkiem zamawiającego nie jest jedynie ograniczenie się do przekazania organowi nadzorczemu przygotowanego przez podmiot przetwarzający opisu naruszenia ochrony danych osobowych, ale przede wszystkim zweryfikowanie czy informacje przekazane przez podmiot przetwarzających w zgłoszeniu naruszenia ochrony danych osobowych zawierają wszystkie niezbędne dane i czy opis charakteru naruszenia jest na tyle szczegółowy i jasny, aby organ nadzorczy mógł ocenić całość zdarzenia i podjąć skuteczne działania w ramach uprawnień nadzorczych. Weryfikacja ta wymaga czasu i może wiązać się z koniecznością uzyskania od podmiotu przetwarzającego dodatkowych informacji uszczegóławiających zawarte w zgłoszeniu ustalenia. Należy również podkreślić, że to nie podmiot przetwarzający podejmuje decyzję o zgłoszeniu naruszenia organowi nadzorczemu tylko decyzję taką podejmuje zamawiający. Podjęcie takiej decyzji również wymaga czasu, gdyż zamawiający w oparciu o przekazane przez podmiot przetwarzający zgłoszenie będzie dokonywał oceny ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych i dopiero w oparciu o wyniki tej analizy zdecyduje czy zgłosić takie naruszenie organowi nadzorczemu oraz powiadomić osoby, których dane dotyczą.

Zgodnie z art. 33 ust. 2 RODO, podmiot przetwarzający po stwierdzeniu naruszenia ochrony danych osobowych bez zbędnej zwłoki zgłasza je administratorowi. Urząd Ochrony Danych Osobowych¹ wskazuje, że bez zbędnej zwłoki oznacza najszybciej jak to możliwe i taki termin wywiązywania się z tego obowiązku powinien być nałożony na podmioty przetwarzające w umowach powierzenia. Warto też zwrócić uwagę na stanowisko Grupy Roboczej Art. 29², zgodnie z którym stwierdzenie naruszenia jest możliwe wtedy, gdy administrator ma wystarczający stopień pewności co do tego, że miało miejsce zdarzenie zagrażające bezpieczeństwu, które doprowadziło do naruszenia ochrony danych. To, kiedy dokładnie można uznać, że administrator „stwierdził” wystąpienie określonego naruszenia, będzie zależało od okoliczności, w jakich doszło do tego naruszenia. W niektórych przypadkach wystąpienie naruszenia można stosunkowo łatwo stwierdzić już na początku, natomiast w innych ustalenie, czy doszło do ujawnienia danych osobowych, może wymagać czasu. W tym

¹ Obowiązki administratorów związane z naruszeniami ochrony danych osobowych, Urząd Ochrony Danych Osobowych, s. 6.

² Wytyczne dotyczące zgłaszania naruszeń ochrony danych osobowych zgodnie z rozporządzeniem 2016/679, Grupa Robocza Art. 29, s. 12.

kontekście powinno się jednak położyć nacisk na szybkie zbadanie danego incydentu w celu ustalenia, czy faktycznie doszło do naruszenia ochrony danych osobowych, a jeżeli tak – podjąć działania zaradcze i, w razie konieczności, zgłosić naruszenie. Zamawiający zwraca też uwagę na motyw 87 preambuły RODO, zgodnie z którym należy się upewnić, czy wdrożono wszelkie odpowiednie techniczne środki ochrony i wszelkie odpowiednie środki organizacyjne, by od razu stwierdzić naruszenie ochrony danych osobowych i szybko poinformować organ nadzorczy i osobę, której dane dotyczą. Biorąc pod uwagę to, że zgodnie z art. 28 ust. 3 lit. f RODO podmiot przetwarzający pomaga wywiązać się administratorowi z obowiązków określonych w art. 32-36 RODO, nie ulega wątpliwości, że podmiot przetwarzający musi mieć wdrożone środki techniczne i organizacyjne, które umożliwiają mu od razu stwierdzenie naruszenia ochrony danych osobowych. Stąd też termin 12 godzin na powiadomienie zamawiającego o stwierdzonym naruszeniu ochrony danych osobowych jest terminem optymalnym.

Pytanie 42 Dotyczy: § 10 ust. 1 i 2 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Prosimy o zgodę na dalsze powierzenie przetwarzania danych osobowych podwykonawcom, z których Wykonawca korzysta podczas realizacji umowy głównej.

Odpowiedź: Zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, podmiot przetwarzający zobowiązany jest do udokumentowania Zamawiającemu tego, że podwykonawca zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie danych osobowych spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Z tego też względu Zamawiający nie wyraża zgody na dalsze powierzenie przetwarzania danych osobowych podwykonawcom, z których wykonawca będzie korzystał podczas realizacji umowy głównej, bez uprzedniego potwierdzenia, że podmioty te spełniają warunki określone w § 10 ust. 4 wzoru umowy. Zamawiający musi mieć pewność, że powierzone do przetwarzania dane osobowe będą przetwarzane w sposób odpowiadający wymogom określonym w RODO przez wszystkie podmioty biorące udział w tym przetwarzaniu.

Pytanie 43 Dotyczy: § 11 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Ww. postanowienie stanowi o utracie możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko Administratorowi z tytułu wydania polecenia sprzecznego z zasadami ochrony danych osobowych w przypadku braku poinformowania Administratora o tym fakcie. Tak sformułowane postanowienie rażąco wykracza poza zasadę równowagi kontraktowej stron. Zgodnie z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 471 Kodeksu Cywilnego i n.), podmiot nie może ponosić odpowiedzialności za działania, które nie są rezultatem działania lub zaniechania tego podmiotu. Administrator, zgodnie z RODO, odpowiada za wydanie polecenia niezgodnego z RODO. Brak poinformowania Zamawiającego, że wydane polecenie narusza przepisy dotyczące ochrony danych osobowych nie sprawia że polecenie to jest legalne i Administrator nie będzie na niego ponosić odpowiedzialności względem podmiotu przetwarzającego. Zamawiający, jako silniejsza strona umowy adhezyjnej, jaką jest umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie może pozbawiać Wykonawcy możliwości dochodzenia roszczeń w sytuacji, za którą odpowiedzialność ponosi Zamawiający. W związku z

powyższym, wnosimy o usunięcie sformułowania „pod rygorem utraty możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko administratorowi danych osobowych z tego tytułu”.

Odpowiedź: Zamawiający nie zgadza się na usunięcie z § 11 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych sformułowania „pod rygorem utraty możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko administratorowi danych osobowych z tego tytułu.”

Art. 28 ust. 3 RODO nakłada na podmiot przetwarzający obowiązek informowania administratora o tym, że jego zdaniem wydane mu polecenie stanowi naruszenie RODO lub innych przepisów Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego o ochronie danych. Jest to obowiązek, który musi być bezwzględnie wykonywany przez podmiot przetwarzający. Niewykonywanie tego obowiązku jest jednoznaczne z naruszeniem przez podmiot przetwarzających przepisów RODO i wskazuje na to, że podmiot przetwarzający nie wdrożył odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych dających gwarancję, że przetwarzanie danych osobowych spełnia wymogi RODO i chroni prawa osób, których dane dotyczą (np. nie ma zdolności do prawidłowej oceny otrzymywanych od administratora poleceń). Mechanizm informowania administratora o podejrzeniach dotyczących legalności wydanych przez niego poleceń wymusza na podmiocie przetwarzającym stałą analizę otrzymywanych od administratora poleceń, co ma na celu minimalizację ryzyka naruszenia ochrony danych osobowych zarówno przez administratora, jak i przez podmiot przetwarzający (wzajemna kontrola podejmowanych działań, wzmocnienie ochrony danych osobowych i minimalizacja ryzyka naruszenia praw i wolności osób, których dane są przetwarzane). Dzięki otrzymywanym od podmiotu przetwarzającego informacjom, administrator ma możliwość przeprowadzenia ponownej analizy wydanych poleceń z uwzględnieniem zastrzeżeń podniesionych przez podmiot przetwarzający. Wbrew twierdzeniom podmiotu zadającego pytanie dotyczących tego, że podmiot przetwarzający będzie ponosił odpowiedzialność za działanie administratora, należy stwierdzić, że odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego będzie wyłącznie rezultatem jego działań (realizacja działań niezgodnych z przepisami - w przypadku realizacji polecenia administratora stanowiącego naruszenie prawa - co nie powinno mieć miejsca, gdyż podmiot przetwarzający musi działać zgodnie z prawem) lub zaniechania (uchylenie się od obowiązku zgłoszenia wątpliwości co do zgodności z prawem wydanych poleceń – co jak wskazano wyżej stanowi naruszenie przepisów RODO i może prowadzić do naruszeń ochrony danych osobowych). Zamawiający przypomina też, że zgodnie z art. 28 ust. 3 lit. f RODO podmiot przetwarzający pomaga wywiązać się administratorowi z obowiązków określonych w art. 32-36 RODO, co w powiązaniu z obowiązkiem informowania o podejrzeniach dotyczących legalności wydanych przez administratora poleceń, jednoznacznie wskazuje na to, że ewentualna odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego z tytułu niepoinformowania o podejrzeniach co do legalności otrzymanych poleceń wiązać się będzie wyłącznie z nienależytym wypełnianiem przez podmiot przetwarzających wiążącej go z administratorem umowy i wynikającego wprost z RODO obowiązku.

Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, że w piśmiennictwie dotyczącym ochrony danych osobowych, zapisy umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych nakładające na podmiot przetwarzający obowiązek informowania administratora o tym, że wydane przez niego polecenie stanowi naruszenie prawa, jak najbardziej mogą być uzupełnione rygorem skutków takich jak utrata regresu do administratora³.

³ Na ten temat zob. np. Ochrona danych osobowych. Przewodnik po ustawie i RODO z wzorami, M. Gawroński (red.), Warszawa 2018, s. 388 i 724. Dodatkowo argumentem przemawiającym za tym, że podmiot przetwarzający ponosi odpowiedzialność za wykonanie niezgodnych z prawem poleceń administratora jest treść

Pytanie 44 Dotyczy: § 12 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

a. W przypadku, gdyby podczas kontroli Administrator korzystał z audytora zewnętrznego, audytor taki będzie miał dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. W związku z powyższym, prosimy o dodanie do § 12 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ust. 5 o następującej treści: Audytorem Administratora nie może być podmiot prowadzący działalność konkurencyjną wobec Podmiotu przetwarzającego, ani podmiot z nim powiązany lub jego pracownik lub podmiot/osoba z nim współpracująca, bez względu na podstawę zatrudnienia lub współpracy.”

b. W związku z faktem, że każdy audyt wpływa organizacyjnie na przedsiębiorstwo, prosimy o dodanie do § 12 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ust. 6 o następującej treści: „Audytor może odbyć się raz w trakcie roku obowiązywania niniejszej Umowy powierzenia i nie będzie trwał dłużej niż 7 dni.”

Odpowiedź: Zamawiający zgadza się na uzupełnienie § 12 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych o zapis: „Audytorem administratora nie może być podmiot prowadzący działalność konkurencyjną wobec podmiotu przetwarzającego, ani podmiot z nim powiązany lub jego pracownik lub podmiot (osoba) z nim współpracująca, bez względu na podstawę zatrudnienia lub współpracy.”

Zamawiający nie zgadza na uzupełnienie § 12 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych o zapis: „Audytor może odbyć się raz w trakcie roku obowiązywania niniejszej Umowy powierzenia i nie będzie trwał dłużej niż 7 dni.”

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Danych Osobowych administrator jest „(...) zobowiązany do stałej kontroli, czy podmiot przetwarzający przetwarza dane zgodnie z prawem. Kontrole te mogą być przeprowadzane również doraźnie np. w przypadku wystąpienia naruszenia ochrony powierzonych danych osobowych. Zatem jakiegokolwiek inne postanowienia umowy powierzenia, które w istocie ograniczały ww. prawa administratora należałoby uznać za niezgodne z RODO. Podobnie należy ocenić utrudnianie lub ograniczanie administratorowi możliwości przeprowadzania kontroli u podmiotu przetwarzającego lub ograniczanie jej zakresu.”⁴

Pytanie 45 Dotyczy: § 15 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Wnosimy o potwierdzenie, że chodzi o dane osobowe powierzone do przetwarzania na podstawie niniejszej umowy.

Odpowiedź: Zgodnie z treścią § 15 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych podmiot przetwarzający ma informować Zamawiającego o jakimkolwiek postępowaniu dotyczącym przetwarzania danych osobowych. Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że podmiot przetwarzających ma informować Zamawiającego o wszystkich postępowaniach dotyczących przetwarzania danych osobowych, w tym danych osobowych powierzonych do przetwarzania na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym. Zamawiający jest zobowiązany do stałej kontroli, czy podmiot przetwarzający przetwarza dane zgodnie z prawem. Informacje o prowadzonych postępowaniach dotyczących innych danych osobowych

art. 82 ust. 2 RODO. Zgodnie z tym przepisem podmiot przetwarzający ponosi odpowiedzialność za szkody spowodowane przetwarzaniem m. in. gdy działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora, z czego jednoznacznie wynika, że odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego nie jest znoszona w przypadku realizacji niezgodnych z prawem poleceń administratora.

⁴ <https://www.uodo.gov.pl/pl/225/1213>.

niż powierzone i ewentualnych stwierdzonych nieprawidłowościach związanych z przetwarzaniem takich danych, stanowi istotny sygnał dla Zamawiającego, że być może podobne nieprawidłowości mogą dotyczyć powierzonych do przetwarzania danych osobowych, co jak najszybciej powinien zweryfikować np. poprzez wezwanie podmiotu przetwarzającego do złożenia stosownych wyjaśnień czy wszczęcie czynności audytowych wobec podmiotu przetwarzającego.

Pytanie 46 Dotyczy: § 16 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

a. We wzorze umowy osobowych brak jest postanowień określających górny limit odpowiedzialności wykonawcy, co uniemożliwia prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych i wycenę oferty. W związku z powyższym prosimy o dodanie do § 16 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ust. 4 o następującej treści: Odpowiedzialność każdej ze Stron wobec drugiej Strony Umowy powierzenia z tytułu naruszenia przepisów RODO, innych właściwych przepisów ochrony danych osobowych lub Umowy powierzenia podlega ograniczeniu do wysokości kwoty będącej równoważnością 100% całkowitego wynagrodzenia Podmiotu przetwarzającego z tytułu realizacji umowy głównej.

b. Umowa nie reguluje odpowiedzialności Podmiotu przetwarzającego w sytuacji wydania mu polecenia przetwarzania danych osobowych sprzecznego z prawem. Prosimy o dodanie do § 16 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ust. 5 o następującej treści: „Odpowiedzialność Podmiotu przetwarzającego za wykonanie polecenia Administratora, które jest niezgodne z RODO lub innymi przepisami o ochronie danych osobowych jest wyłączona.”

Odpowiedź: Zamawiający nie zgadza się na zmianę treści § 16 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Nie jest możliwe oszacowanie rozmiaru ewentualnej szkody jaką może ponieść zamawiający w wyniku niedopełnienia przez podmiot przetwarzający obowiązków, które RODO nakłada bezpośrednio na podmioty przetwarzające, lub gdy podmiot przetwarzający działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora lub wbrew tym instrukcjom⁵. Rozmiar szkody uzależniony będzie od wielu niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych okoliczności zdarzenia stanowiącego naruszenie ochrony danych osobowych, do którego dojdzie wyłącznie z winy podmiotu przetwarzającego, w tym m. in. od:

- 1) liczby osób fizycznych, których będzie dotyczyć naruszenie;
- 2) liczby osób fizycznych, których dotkną konsekwencje niewłaściwego przetwarzania danych osobowych opisane w motywie 75 preambuły RODO;
- 3) liczby osób, które zdecydują się dochodzić odszkodowania od zamawiającego (a nie od podmiotu przetwarzającego);
- 4) wysokości odszkodowań jakie zamawiający ewentualnie będzie musiał wypłacić osobom fizycznym w związku z poniesionymi przez nie szkodami majątkowymi lub niemajątkowymi wynikającymi z naruszenia przepisów RODO.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie można więc wykluczyć, że wartość roszczeń, które zamawiający ewentualnie będzie musiał wypłacić osobom fizycznym wskutek niedopełnienia przez podmiot przetwarzający obowiązków nałożonych na niego bezpośrednio przez RODO, lub gdy podmiot przetwarzający działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora

⁵ Tym bardziej, że zgodnie z motywem 146 preambuły RODO pojęcie szkody należy interpretować szeroko, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w sposób w pełni odzwierciedlający cele RODO.

lub wbrew tym instrukcjom, znacząco będzie przewyższać określoną w umowie głównej kwotę całkowitego wynagrodzenia podmiotu przetwarzającego. Oznacza to, że w takiej sytuacji ograniczenie odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego względem zamawiającego wiązałoby się z przeniesieniem na zamawiającego odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego względem osób, których dane dotyczą. Prowadziłoby to do zniwelowania odpowiedzialności nakładanej na podmiot przetwarzający bezpośrednio przez RODO, na co zamawiający się nie godzi.

Pytanie 47 Dotyczy: § 17 ust. 2 i 3 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

§ 17 ust. 3 gwarantuje Stronom prawo do swobodnego wypowiedzenia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Należy wskazać, że Strony nie powinny mieć takiej możliwości. Wypowiedzenie umowy powierzenia przetwarzania danych, zważywszy na jej silne powiązanie z Umową główną powinno być ostatecznością i powinno nastąpić w ściśle określonych przypadkach, związanych ze szczególnymi naruszeniami umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz naruszeń przepisów regulujących kwestię ochrony danych osobowych. W sytuacji wypowiedzenia umowy powierzenia bez żadnego powodu, realizacja Umowy głównej będzie niemożliwa i to z winy Strony wypowiadającej tę umowę – bez winy drugiej Strony. Wnosimy o usunięcie tego postanowienia.

Nadto, Umowa w obecnym kształcie przewiduje uprawnienie dla Zamawiającego do rozwiązania umowy w razie nienależytego wykonywania przez Wykonawcę postanowień umowy, bez wyznaczania wykonawcy dodatkowego terminu na realizację zobowiązań. Powyższe rodzi ryzyko arbitralności Zamawiającego w podejmowaniu decyzji o zakończeniu trwania Umowy i nie daje Wykonawcy szansy na prawidłową realizację Umowy. Wskazać należy, że przetwarzanie danych osobowych w sposób niezgodny z umową może mieć różną rangę i charakter i nie musi prowadzić do naruszenia ochrony danych osobowych. Z uwagi na konsekwencje jakie niesienie ze sobą rozwiązanie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (tj. niemożliwość wykonania Umowy głównej), wnosimy o zmianę i doprecyzowanie, że rozwiązanie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych nastąpi wyłącznie po wezwaniu Wykonawcy do prawidłowej realizacji umowy powierzenia i po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego na realizację zobowiązań.

Odpowiedź: Zamawiający nie zgadza się na dokonanie zmian treści § 17 ust. 2 i 3 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Pomimo tego, że powierzone dane są przetwarzane przez podmiot przetwarzający, to i tak w przetwarzającej mierze odpowiedzialność za przetwarzanie tych danych osobowych w sposób zgodny z RODO spoczywa na zamawiającym. Zamawiający musi więc mieć odpowiednie instrumenty prawne, które zapewnią mu możliwość oddziaływania na podmiot przetwarzający w celu uwrażliwienia go na to, jak niezwykle istotne jest, by dane osobowe były przez podmiot przetwarzający przetwarzane zgodnie z zobowiązaniem, którego podjął się zawierając z zamawiającym umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych. Jak słusznie zauważa podmiot zadający pytanie, nie każde naruszenie przepisów RODO będzie prowadzić do naruszenia ochrony danych osobowych, a waga niezgodności z RODO może być różna. Nie zmienia to jednak faktu, że podmiot przetwarzający ma zapewnić wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO (a więc było zgodne z wszystkimi przepisami RODO) i chroniło prawa osób, których dane dotyczą przez cały okres obowiązywania umowy powierzenia przetwarzania

danych osobowych. Od tego obowiązku nie może być żadnych odstępstw, gdyż takie odstępstwo wiązałoby się z naruszeniem zasady zgodności z prawem (art. 5 ust. 1 lit. a RODO). Naruszenie zasad określonych w art. 5 RODO może zaś prowadzić do nałożenia na zamawiającego wysokich administracyjnych kar pieniężnych (art. 83 RODO). Zasada zgodności z prawem musi więc być bezwzględnie przestrzegana nie tylko przez zamawiającego, ale również przez podmiot przetwarzający. Dodatkowo zasada rozliczalności (art. 5 ust. 2 RODO) wymaga od zamawiającego dowiedzenia tego, że m. in. przestrzega również zasady zgodności z prawem. W ocenie zamawiającego nie jest więc możliwe, by rozwiązanie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych na podstawie § 17 ust. 2 następowało dopiero po wezwaniu podmiotu przetwarzającego do realizacji umowy w sposób prawidłowy (zgodny z RODO), gdyż taka praktyka wskazywałaby na to, że zamawiający dopuszcza (godzi się na to), by przetwarzanie danych osobowych przez podmiot przetwarzający mogło się odbywać niezgodnie z przepisami RODO (w okresie poprzedzającym wezwanie do należytego wykonywania umowy). Takie zapisy pozbawiałyby zamawiającego możliwości dowiedzenia tego, że przetwarza dane osobowe zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a RODO.

Strony zawierające umowę muszą współdziałać i z należytą starannością wypełniać swoje obowiązki wynikające z umowy, by w sposób akceptowalny (zgodny z umową) dla stron umowy osiągnąć cel, dla którego ją zawarto. Nie zawsze jednak to współdziałanie jest takie jakie być powinno. Stąd też w umowie głównej znajdują się postanowienia, które regulują kwestie związane z odstąpieniem od umowy przez zamawiającego. Z realizacją umowy głównej ściśle powiązana jest umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych. Jej zapisy muszą umożliwiać zamawiającemu wypowiedzenie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, gdy dalsze przetwarzanie powierzonych danych przez podmiot przetwarzający nie powinno mieć miejsca. Zamawiający zwraca uwagę na to, że przetwarzanie danych osobowych musi się odbywać z zachowaniem m. in. zasady poufności danych (art. 5 ust. 1 lit. f RODO). W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy głównej nie jest uzasadnione, by podmiot przetwarzający w dalszym ciągu przetwarzał powierzone dane, co w konsekwencji prowadzić będzie do wypowiedzenia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Jednocześnie należy podkreślić, że wypowiedzenie przez zamawiającego umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (na podstawie § 17 ust. 3) - przy założeniu, że umowa główna realizowana jest prawidłowo - byłoby nieracjonalne i nieuzasadnione, gdyż w interesie zamawiającego jest wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego, którego dotyczą umowa główna i powiązana z nią umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Pytanie 48 Dotyczy: Zasilacz UPS 400 VA – 6VA

Wymaganie: Czas podtrzymania przy obciążeniu 200 W: co najmniej 7,6 min

Pytanie: Czy Zamawiający dopuści urządzenie z czasem podtrzymania dla 200W na poziomie 6 minut?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza urządzenie z czasem podtrzymania dla 200 W na poziomie 6 minut.

Pytanie 49 Dotyczy: Zestaw kontroli dostępu do pomieszczenia serwerowni

Pytanie: Jaki posiadają Państwo system SSWiN?

Odpowiedź: SSWiN zbudowany jest na centrali Integra 128 firmy SATEL.

Pytanie 50 Dotyczy: Zestaw kontroli dostępu do pomieszczenia serwerowni

Pytanie: Czy posiadają Państwo elektrozamek?

Odpowiedź: Drzwi do serwerowni wyposażone są w elektrozamek, który od dłuższego czasu nie był eksploatowany, należy przewidzieć jego wymianę na nowy. Wymagane jest jego zasilanie.

Pytanie 51 Dotyczy: Zestaw kontroli dostępu do pomieszczenia serwerowni

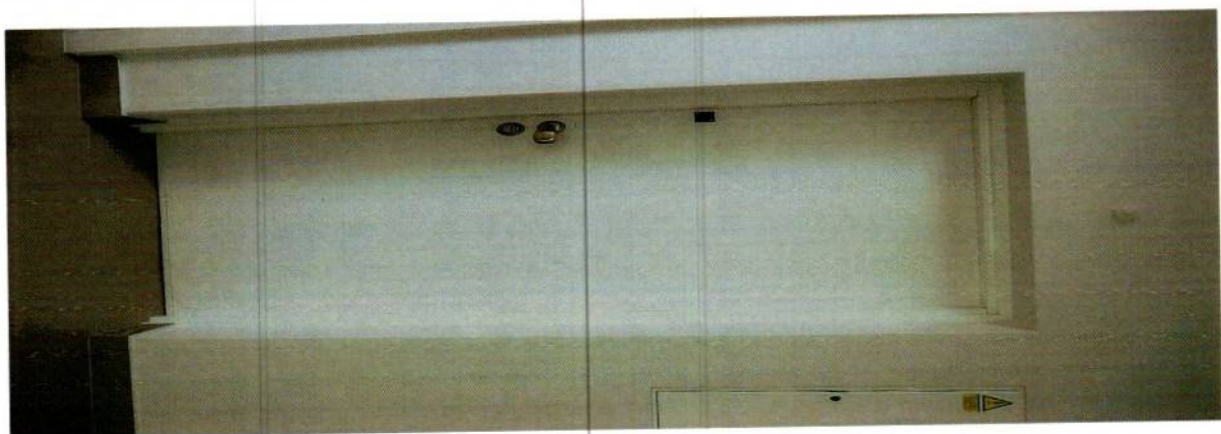
Pytanie: Czy jest w pobliżu zasilanie 230V oraz gniazdo sieci LAN?

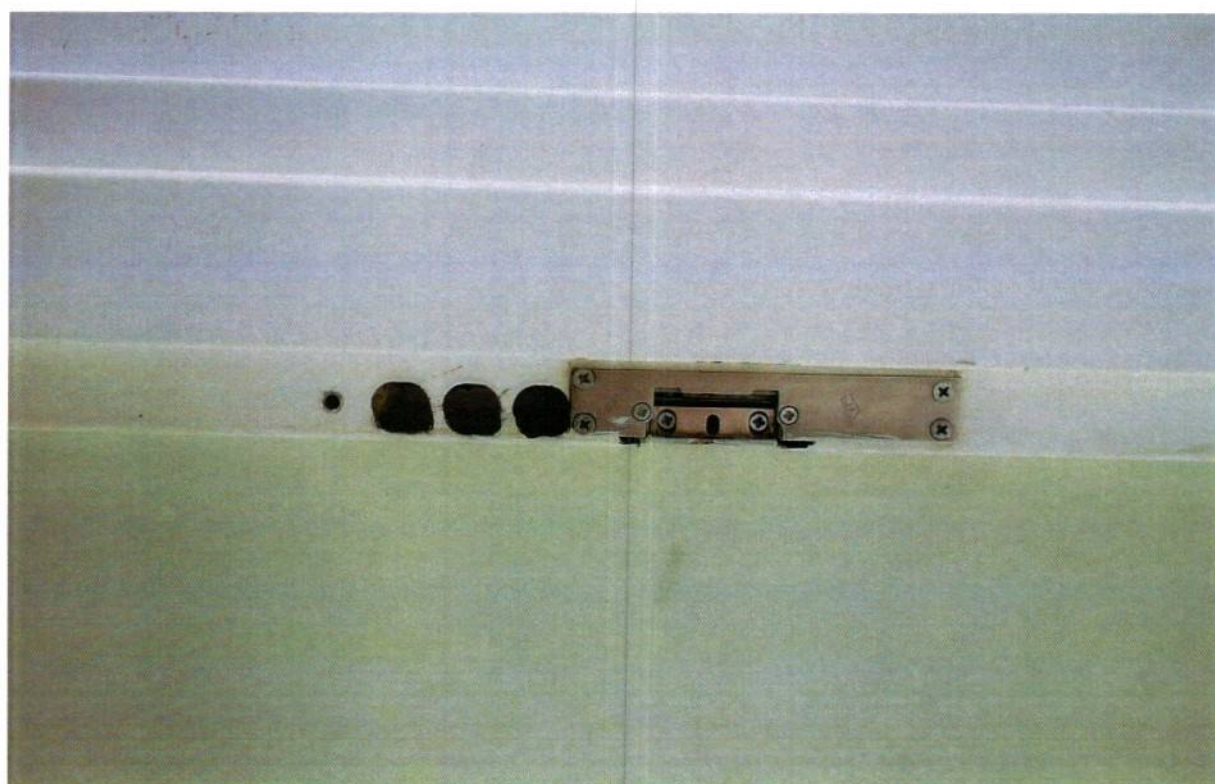
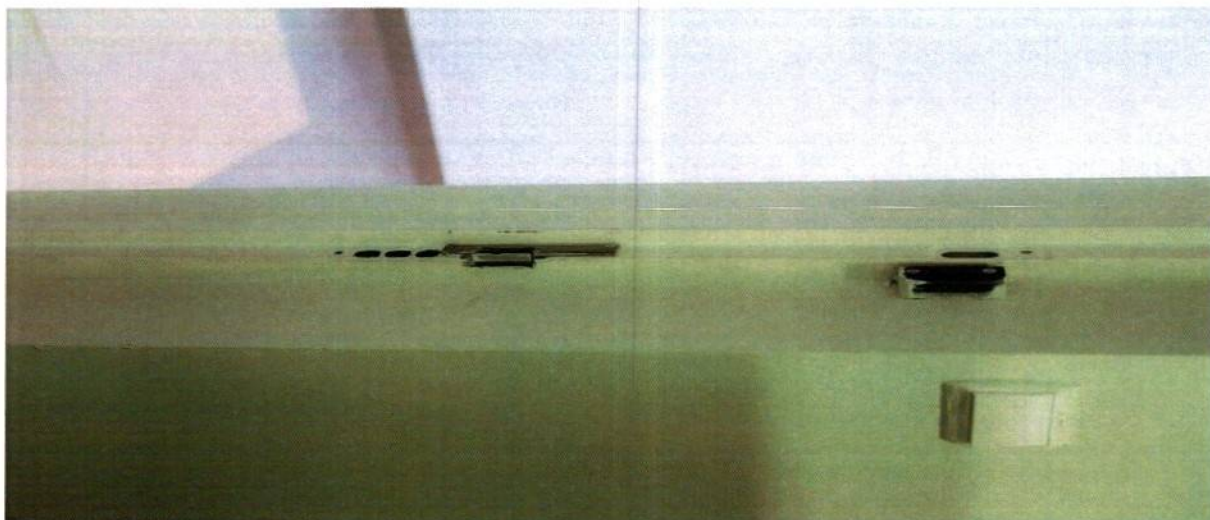
Odpowiedź: Gniazdo 230 V i gniazdo sieci LAN znajdują się w odległości ok. 4 m od drzwi.

Pytanie 52 Dotyczy: Zestaw kontroli dostępu do pomieszczenia serwerowni

Pytanie: Czy Zamawiający może dostarczyć zdjęcia z miejsca gdzie ma zostać zamontowany zestaw kontroli dostępu? Wraz ze zdjęciami drzwi od strony wejścia i wyjścia.

Odpowiedź: Zamawiający zamieszcza zdjęcia drzwi.





Pytanie 53 Załącznik 15 (projekt umowy do I części), §3 ustęp 9a:

"9. Zamawiający zobowiązuje się dokonać odbioru końcowego według poniższych zasad: 1) W przypadku zgłoszenia uwag lub zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin, na usunięcie tych uwag lub zastrzeżeń, w którym Wykonawca na własny koszt i ryzyko obowiązany jest do ich uwzględnienia w całości. W takim przypadku procedura odbioru zostanie przeprowadzona ponownie, stosownie do postanowień niniejszego punktu."

Pytanie: Czy uwagi i zastrzeżenia dotyczyć będą wyłącznie zgodności odbieranych produktów (system, dokumentacja) z OPZ, czy też mogą mieć charakter dodatkowych wymagań?

Odpowiedź: Uwagi i zastrzeżenia będą mieć punkt odniesienia w postaci OPZ, zawartej umowy oraz dokumentów analitycznych, które zostaną przygotowane przez Wykonawcę w ramach realizacji prac projektowych.

Pytanie 54 Załącznik 15 (projekt umowy do I części), §6 ustęp 6:

"6. W przypadku wystąpienia błędu: 1) krytycznego, czas jego usunięcia wynosi osiem (8) godzin od zgłoszenia, 2) poważnego, czas jego usunięcia wynosi szesnaście (16) godzin od zgłoszenia. 3) pozostałego czas jego usunięcia wynosi czterdzieści osiem (48) godzin od zgłoszenia błędu."

Pytanie: Czy podane czasy określają w godziny robocze czy zegarowe? Jeśli robocze, to jakie (np. pn-pt 8-16)?

Odpowiedź: Podany czas dotyczy czasu zegarowego, a nie roboczego, Zamawiający zwraca uwagę, że dokonał wydłużenia czasu na usunięcie błędów poważnych i pozostałych.

Pytanie 55 Załącznik 15 (projekt umowy do I części), §6 ustęp 10:

"10. Wykonawca zobowiązuje się utrzymać poziom dostępności "Platformy E-usług" tak, aby łączna niedostępność "Platformy E-usług" nie przekroczyła 0,3 % rocznie przez cały okres gwarancji."

Pytanie: Całkowita dozwolona niedostępność systemu to tylko 0,3% (około 26 godzin w skali roku). Proszę o potwierdzenie, że czas uzgodnionych okien serwisowych nie liczy się do czasu niedostępności.

Odpowiedź: Czas uzgodnionych okien serwisowych nie wlicza się do czasu niedostępności systemu.

Pytanie 56 Załącznik 1 (OPZ na część I):

"WNF.08 W ramach zakresu Projektu Wykonawca zobowiązuje się do koordynowania współpracy Zamawiającego z NASK na etapie wdrożenia EZD PUW."

Pytanie: Jaki jest oczekiwany zakres wdrożenia EZD PUW i obowiązków Wykonawcy w ramach tego wymagania?

Pytanie: Czy Zamawiający oczekuje integracji e-usług z EZD PUW czy SmartDoc?

Odpowiedź: Zamawiający oczekuje integracji E-usług z EZD PUW. Zamawiający oczekuje pełnej integracji Systemu E-usługi z Systemem EZD PUW.

Pytanie 57 Załącznik 1 (OPZ na część I):

"WNF.10 Projekt zachowa również kompatybilność z projektami planowanymi do realizacji/realizowanymi w ramach po Polska Cyfrowa."

Pytanie: Jak Zamawiający rozumie kompatybilność w powyższym wymaganiu?

Odpowiedź: Zamawiający oczekuje, że stworzony System teleinformatyczny wdrażany w ramach projektu będzie spełniać wymagania dotyczące interoperacyjności wskazane w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności.

Pytanie 58 Załącznik 1 (OPZ na część I):

„WAIT.05 Wzajemna integracja między Podsystemami, Systemami Dziedzinowymi oraz Systemami Zewnętrznymi musi być zrealizowana za pomocą interfejsów API, przy użyciu interfejsów usług sieciowych zdefiniowanych za pomocą języka opisu usług przedstawionego w Krajowych Ramach Interoperacyjności – XML i WSDL.”

Pytanie: Czy Zamawiający dysponuje opisami dostępnych metod i przykładami wykorzystania interfejsu API posiadanych systemów dziedzinowych? Jeżeli nie – to czy Zamawiający jest w stanie je dostarczyć, czy ciężar (koszt) spoczywa na Wykonawcy?

Odpowiedź: Zamawiający nie dysponuje opisami dostępnych metod ani przykładami wykorzystania interfejsu API. Zamawiający potwierdza że ciężar i koszt spoczywa po stronie Wykonawcy.

Pytanie 59 SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA. ROZDZIAŁ VIII INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ ZAMAWIAJĄCEGO Z WYKONAWCAMI ORAZ PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW oraz ROZDZIAŁ XI OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT I SKŁADANIA OFERT

W punkcie w w/w opisanych punktach wskazał sposób komunikowania się z Zamawiającym przez Wykonawcę za pomocą miniPortalu. Jednakże po wyszukaniu we wskazanym portalu niniejszego zamówienia w rubryce „nr TED / BZP / Numer referencyjny” znajduje się następujący ciąg znaków (wskazany na obrazie poniżej): **Nr ogł. Dz.Urz. UE -2020/S127-310709 nr ref. OR-IV.272.12.2020 (....)**. Prosimy o wskazanie prawidłowego numeru postępowania Zamawiającego z uwagi, iż mogą wystąpić problemy ze złożeniem oferty w wyznaczonym dniu.

Odpowiedź:

nr ogłoszenia: 2020/S 127-310709,

identyfikator postępowania: ed9b0d96-2e6f-4c64-9d02-f103f38bd731

Pytanie 60 odnośnie II części zamówienia

W jakim modelu licencyjnym wycenić SQL. Pierwszy model zakłada zakup licencji SQL-a (na serwer), wówczas konieczne są licencje dostępowe. Druga opcja to SQL licencjonowany na rdzenie. W tym przypadku należy zalicencjonować wszystkie rdzenie w maszynie, na której zostanie postawiony SQL. Licencje dostępowe w tym modelu nie są wymagane. To, która z opcji jest najlepsza, uzależnione jest od liczby użytkowników i maszyny, na której zostanie postawiony SQL.

Aby wycenić SQL-a w licencjonowaniu „per core” proszę o informację, gdzie będzie zainstalowane oprogramowanie. Jeżeli będzie to maszyna wirtualna, to do wyceny potrzebuję informacji o liczbie wirtualnych procesorów, jakie zostaną do niej przypisane. Jeżeli SQL będzie postawiony na maszynie fizycznej, wówczas zalicencjonowane będą musiały być wszystkie fizyczne rdzenie w maszynie

Odpowiedź: SQL będzie postawiony na maszynie wirtualnej.
Liczba wirtualnych procesorów – 4.

Pytanie 61 *KONTEKST: ZAŁ. NR 1 DO SIWZ, 10. WYMAGANIA LICENCJONOWANIA NR WYMAGANIA WL.09 ORAZ ZAŁ. NR 15 PROJEKT UMOWY W ZAKRESIE I CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, PAR. 12, ORAZ ODPOWIEDŹ NA PYT. 1 Z DNIA 31. LIPCA 2020 R*

Zamawiający określił wymaganie przekazania i aktualizacji kodów źródłowych do możliwości swobodnej modyfikacji przez Zamawiającego. W projekcie umowy jest także nałożone SLA na naprawę błędów. W przypadku gdy Zamawiający będzie modyfikował kod źródłowy, Wykonawca nie jest w stanie świadczyć wymaganego SLA. Czy w związku z powyższym Zamawiający odstąpi od wymagania przekazania kodów źródłowych?

Odpowiedź: Zamawiający w § 12 ust. 2 projektu umowy zaznaczył, że w okresie gwarancyjnym nie będzie samodzielnie modyfikował oprogramowania, za wyjątkiem sytuacji określonej, jako wykonanie zastępcze.

Pytanie 62 *KONTEKST: PROJEKT UMOWY W ZAKRESIE I CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, PAR. 6 UST. 6*

Utrzymanie wymaganego poziomu SLA przez Zamawiającego dla realizowanego projektu wymusi na wykonawcy dodatkowe koszty związane z dostosowaniem do świadczenia wymaganych usług, które przy kalkulacji ceny zostaną uwzględnione jako ryzyko projektowe i w kalkulowane do oferowanej ceny. Czy Zamawiający zgodzi się na obniżenie wymaganego poziomu SLA:
Błędu Krytycznego - w czasie nieprzekraczającym 2 dni roboczych, liczonego od momentu przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę drogą e-mailową lub drogą telefoniczną,
Błędu Istotnego - w czasie nieprzekraczającym 7 dni roboczych, liczonych od momentu przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę drogą e-mailową lub drogą telefoniczną,
Błędu Niskiego - w czasie nieprzekraczającym 15 dni roboczych, liczonych od momentu przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę drogą e-mailową lub drogą telefoniczną

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na tak znaczne przesunięcie czasu reakcji na błędy. Zamawiający dokonał wydłużenia czasu reakcji na pład poważny i błąd pozostały do akceptowalnego poziomu (dla błędu poważnego do 48 godz., dla błędy pozostałego 72 godziny).

Pytanie 63 *KONTEKST: ODPOWIEDZI NA PYTANIA 7, 14, 30 Z DNIA 31. LIPCA*

Każdy plik fizyczny umieszczony na serwerze będzie zajmował miejsce. W przypadku umieszczania załączników na bezpłatnych dyskach typu GoogleDrive odchodzi problem z rezerwowaniem zasobów. Czy Zamawiający brał załączniki pod uwagę przy projektowaniu infrastruktury?

Odpowiedź: W kontekście odpowiedzi na pytania 7, 14, 30 z dnia 31 lipca 2020 r. Zamawiający informuje, że nie wyklucza możliwości zamieszczania załączników na bezpłatnych dyskach np. typu GoogleDrive w przypadku tych dysków, których dostawcy zapewnią niezbędną ochronę danych osobowych zawartych w przechowywanych załącznikach.

Pytanie 64 *KONTEKST: ODPOWIEDŹ 17, 18 Z DNIA 31. LIPCA*

Wykonawca nie może narzucić rodzicowi włączenie powiadomień w aplikacji mobilnej na smartfonie. Mechanizmy użyte w systemie Android czy IOS także potrafią blokować

powiadomienia z aplikacji. Czy Zamawiający uzna wymaganie za spełnione, jeśli rodzic świadomie wyłączy powiadomienia?

Odpowiedź: Tak, wymaganie będzie spełnione w przypadku udostępnienia funkcji włączenia powiadomień.

Pytanie 65 W związku z tym, iż sprzęt do którego potrzebne są dyski i pamięci ma już swoje lata potrzebne są dodatkowe informacje. Dokładnie mam na myśli numery seryjne serwera lub serwerów. Jest to potrzebne do sprawdzenia wsparcia tych urządzeń.

Odpowiedź: serwer Fujitsu Siemens PRIMERGY CX 400 M1 nr seryjny: YMCF001150.

WICESTAROSTA

Jerzy Bielomyzy

