

ANULOWANIE NR 8

URZĄD MIEJSKI W PISZU
PUNKT PRZYJĘĆ INTERESANTA
dnia 02.07.2020 r. EŁO

DNIA	03. 07. 2020
L.dz.	3.924/20
il. zał.	
podpis	

Zamawiający:

Gmina Pisz

ul. Gustawa Gizewiusza 5
12-200 Pisz

Osoba do kontaktów: Joanna Banach

E-mail: joanna.banach@pish.home.pl

Tel.: +48 874241226

Faks: +48 874241238

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację, dostawę i wdrożenie systemów informatycznych, digitalizację zasobów informacji przestrzennej oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu „Cyfrowe usługi w zakresie udostępniania informacji publicznej Gminy Pisz”, dalej zwane Postępowaniem.

Znak sprawy: Org.271.14.2020

WNIOSEK O WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), wnosimy o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w przedmiotowym Postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego poprzez udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

Pytanie 1

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §19 Zamawiający określił bardzo obszerny katalog kar umownych zastrzeżonych niemal wyłącznie na rzecz Zamawiającego (z wyjątkiem ust. 4) nie wprowadzając dla równowagi kontraktowej żadnego ich ograniczenia.

Pytanie: Czy w celu zrównoważenia sytuacji kontraktowej Zamawiający doda obok przedmiotowego katalogu postanowienie ograniczające łączną wysokość kar umownych jaka może zostać naliczona Wykonawcy np. do 20% łącznego wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 Umowy i doda w tym celu w §19 postanowienie np. w brzmieniu: „Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w Umowie jest ograniczona do kwoty wynoszącej 20% wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 Umowy.”

Wykonawca sygnalizuje, że w dokumencie pt. Wzorcowe klauzule umowne w umowach wdrożeniowych z usługami utrzymania - wersja 2.0” opracowanych na zlecenie Ministerstwa Cyfryzacji (link do dokumentu: <https://www.gov.pl/cyfryzacja/wzorcowe-klauzule-umowne-w-umowach-wdrozeniowych-z-uslugami-utrzymania-wersja-20>) wskazano, iż: „W orzecznictwie podnosi się, że nielimitowana możliwość naliczania kar umownych oznacza niemożliwość ustalenia maksymalnej wysokości kar, więc taka konstrukcja może być uznana za nieważną. Z tych powodów rekomendowane jest co najmniej rozważenie takiego limitu.”

Pytanie 2

Czy mając na uwadze treść dobrych praktyk opublikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w zakresie realizacji umów IT, Zamawiający oprócz limitu kar umownych, o którym mowa w pytaniu powyżej Zamawiający wprowadzi ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy, np. do kwoty 100% wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 wzoru umowy (Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1) oraz wyłączy odpowiedzialność Wykonawcy w zakresie utraconych korzyści?

Brak określenia limitu odpowiedzialności Wykonawcy odbiega od standardów stosowanych na rynku usług IT. Zgodnie z dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” (dalej Analiza), udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych (dokument przygotowany na zlecenie Władzy Wdrażającej Programy Europejskie w ramach projektu POIG.070100-00-001/08 pn. "Projekt Systemowy dla wspierania działań w zakresie budowy elektronicznej administracji", współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu państwa), „Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości określonej kwotowo lub do wartości umowy” (str. 54 ww. Analizy) oraz „(...) standardowo w umowach IT, odpowiedzialność stron jest ograniczana do szkody

rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony” (str. 55 Analizy). Zapis uwzględniający powyższe standardy rynkowe mógłby mieć następujące brzmienie i stanowić dodatkowy ustęp w §19: „Z zastrzeżeniem postanowień umowy przewidujących dalej idące ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy i w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych wszelka i całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy względem Zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy obejmuje wyłącznie rzeczywistą stratę Zamawiającego, z wyłączeniem w całości utraconych korzyści Zamawiającego, a nadto ograniczona jest do kwoty wynoszącej 100% wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 Umowy.”. Ponadto konieczna byłaby zmiana brzmienia ust.12 w §19 wzoru umowy na następujące: „12. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości poniesionej szkody na zasadach ogólnych., przy czym z wyłączeniem w całości utraconych korzyści, a ponadto do limitu odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy względem Zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy wskazanego poniżej tj. do kwoty wynoszącej 100% wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 Umowy.”.

Pytanie 3

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §19 ust. 8 wskazano, iż: „8. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w §17, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Pod pojęciem nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, należy rozumieć każdą czynność albo zaniechanie niezgodne z postanowieniami umowy, w tym z opisem przedmiotu zamówienia.”

Pytanie: Jaki stosunek do innych kar umownych/sankcji przewidzianych we wzorze umowy ma zacytowany powyżej ustęp? Czy Zamawiający mając na uwadze ilość kar umownych przewidzianych we wzorze umowy usunie §19 ust. 8 ze wzoru umowy?

Zastrzeżenie kary umownej w tak ogólny sposób po pierwsze powoduje sytuację, w której kara ta kumuluje się z innymi karami umownymi zastrzeżonymi w umowie np. z ust. 2, 3, 7 (szczególnie, że w ust. 14 wprost Zamawiający wskazał, że: „14. Strony zastrzegają sobie prawo łączenia poszczególnych kar umownych, naliczonych z różnych tytułów i ich łącznego dochodzenia od drugiej Strony”), a po drugie uniemożliwia ocenę ryzyka kontraktowego. Prowadzić to może do sytuacji, w której potencjalni wykonawcy albo nie złożą oferty w niniejszym postępowaniu albo założą rezerwy kosztowe związane z niemożnością oszacowania ryzyka na tak wysokim poziomie, że wybór oferty nie będzie możliwy z uwagi na znaczne

przekroczenie kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia.

Pytanie 4

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §19 ust. 3 Zamawiający określił kary umowne za niedochowanie czasu naprawy Awarii, Błędu, Wady zastrzegając je za każdy dzień zwłoki.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż zgodnie z §11 ust. 5 i odesłaniem do formularza ofertowego termin na usunięcie tych Problemów (Czas naprawy) liczony jest w dniach roboczych, Zamawiający zmieni §19 ust. 3 wskazując, że sankcja za niedochowanie czasu naprawy będzie liczona również za dni robocze zwłoki?

Pytanie 5

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §11 ust. 13 i 14 wskazano, iż:

„13. Gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza, ani nie zawiesza uprawnień Zamawiającego wynikających z przepisów prawa o rękojmi za wady. Niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji, Zamawiający uprawniony jest do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi na zasadach ogólnych.

14. Okres rękojmi na cały przedmiot umowy jest równy okresowi udzielonej gwarancji.”

Pytanie: Czy mając na uwadze brak skonkretyzowania przedmiotu uprawnień z tytułu rękojmi (odniesienia ich do konkretnego elementu przedmiotu umowy) oraz fakt, iż odniesienie ich do pewnych elementów takich jak oprogramowanie (w szczególności Oprogramowania Wspomagającego), które nie jest rzeczą w rozumieniu kodeksu cywilnego jest wręcz niemożliwe do spełnienia to Zamawiający zrezygnuje z tego dodatkowego reżimu odpowiedzialności i zmodyfikuje §11 ust. 13 nadając mu następujące brzmienie: *„Mając na uwadze zobowiązania wynikające z gwarancji opisane powyżej, Strony wyłączają zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego oraz innych regulujących odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi do niniejszej umowy i umów zawartych na jej podstawie.”* oraz wykreśli §11 ust. 14 z wzoru umowy a także pozostałe we wzorze umowy odesłania do rękojmi/okresu rękojmi, albo w ostateczności chociaż dokładnie sprecyzuje do jakich elementów przedmiotu uprawnienia z tytułu rękojmi mają Zamawiającemu przysługiwać (mając na uwadze poniższe zastrzeżenia)?

Odniesienie rękojmi do takich elementów jak Oprogramowanie Wspomagające uniemożliwia wręcz złożenie wykonawcom ofert w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy nie są bowiem uprawnieni do realizowania uprawnień związanych z rękojmi w stosunku do Oprogramowania Wspomagającego (np. baz danych, oprogramowania serwerowego), do których nie mają praw autorskich, dostępu do kodów bo prowadziłoby to do naruszenia monopolu autorskiego producenta tego oprogramowania (Oprogramowania Wspomagającego).

Wyłączenie rękojmi wyeliminuje ponadto konieczność uwzględnienia w ofercie dodatkowych kosztów związanych z ewentualnym dublowaniem się ryzyk/podstaw zobowiązań do usuwania Awarii (bo te w umowie również występuje jako osobne zobowiązanie umowne).

Pytania 6 - 7

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §11 ust.1 wskazano, iż: „1. *Na wykonany przedmiot umowy Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na okres 60 miesięcy.*”

Pytanie: Czy mając na uwadze bardzo ogólne określenie przedmiotu gwarancji („wykonany przedmiot umowy”) oraz ogólną i szeroką definicję Systemu Zamawiający mógłby doprecyzować na jakie dokładnie elementy przedmiotu Umowy/Systemu ma zostać udzielona gwarancja?

Doprecyzowanie przedmiotu gwarancji jest niezwykle ważne w celu oceny możliwości jej udzielenia gwarancji/wykonywania świadczeń z niej wynikających przez Wykonawcę np. w przypadku takich produktów jak systemy operacyjne, czy bazy danych producentów trzecich czyli szerzej stosując nomenklaturę z umowy w przypadku Oprogramowania Wspomagającego Wykonawca nie może udzielić gwarancji na te elementy przedmiotu umowy bez naruszenia monopolu autorskiego producenta. W przypadku oczekiwania Zamawiającego aby Wykonawca miał zapewnić gwarancję dla np. dla Oprogramowania Wspomagającego to Wykonawca sygnalizuje, że warunki gwarancji a częściej usług wsparcia/asysty producenta tego oprogramowania są określane przez niego i zobowiązanie do zapewnienia wsparcia w tym zakresie możliwe będzie jedynie na warunkach określonych przez producenta tego oprogramowania, a nie tych wskazanych przez Zamawiającego w §11 wzoru umowy.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż przedmiotem zamówienia objęte jest Oprogramowanie Wspomagające oraz Zamawiający nie wyłączył możliwości skorzystania z podwykonawców przy realizacji tej umowy (produktów przez nich oferowanych), Zamawiający zmieni zobowiązanie dotyczące gwarancji poprzez dodanie zastrzeżenia, że w przypadku braku uprawnień Wykonawcy zobowiązanie do udzielenia gwarancji zamiennie oznacza możliwość zapewnienia gwarancji lub innego świadczenia o zbliżonym charakterze (np. asysty technicznej) producenta lub podwykonawcy?

Pytanie 8

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §10 uregulowano kwestie związane z odbiorami. W §10 ust. 11 wskazano, iż: „11. *Za datę wykonania przedmiotu umowy w części lub w całości uważa się datę podpisania przez Zamawiającego odpowiednio protokołu odbioru częściowego lub protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń. Protokół odbioru sporządzony zostanie w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, w dwóch egzemplarzach, po jednym dla*

każdej ze Stron. O ile z umowy lub przepisów prawa nie wynika inaczej, jedynie podpisany przez obie Strony protokół odbioru jest podstawą do dokonania zapłaty odpowiedniej części Wynagrodzenia. Zamawiający nie dopuszcza protokołów odbioru wystawionych jednostronnie przez Wykonawcę.”.

Nie uregulowano jednak sytuacji co do przypadku gdy Zamawiający nie odbierze lub odmówi podpisania danego protokołu odbioru pomimo wykonania zgodnie z umową wszystkich usług/prac przez Wykonawcę. W ocenie Wykonawcy w takim przypadku Wykonawca winien mieć możliwość/prawo wystawienia jednostronnego protokołu odbioru. Zgodnie dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” (dalej Analiza): „Zamawiający powinien uregulować także kwestię tzw. odbioru milczącego, tj. sytuacji gdy Zamawiający nie dokonuje odbioru w terminie wyznaczonym w umowie, ani też nie zgłasza uwag oraz nie odmawia odebrania konkretnej fazy / etapu lub całego systemu. Strony powinny więc określić konsekwencje tego rodzaju braku działania Zamawiającego i określić procedurę postępowania w takim przypadku”.

Pytanie: Czy mając na uwadze powyższe braki w regulacji procedury odbiorowej Zamawiający uzupełni wzór umowy i doda do §10 postanowienie w brzmieniu: „Jeżeli bez uzasadnionej przyczyny Zamawiający nie stawia się do odbioru lub bez uzasadnionej przyczyny odmówi podpisania protokołu odbioru częściowego lub końcowego, w szczególności w przypadku wykonania wszystkich usług/prac określonych w Umowie i Harmonogramie zgodnie z Umową, Wykonawca będzie miał prawo do dokonania odbioru jednostronnego, w tym jednostronnego sporządzenia i podpisania danego protokołu odbioru (odpowiednio częściowego lub końcowego), z zaznaczeniem przyczyny odmowy złożenia podpisu przez Zamawiającego, który to protokół będzie stanowił podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury.” oraz wykreśli ostatnie zdanie w §10 ust. 11 wzoru umowy?

Pytanie 9

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §13 ust. 1 wskazano, że: „Wykonawca oświadcza, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego udziela Zamawiającemu licencji na wszystkie dobra własności intelektualnej wykonane lub dostarczone w ramach umowy.”

Pytanie: Czy mając na uwadze różny rodzaj „dóbr własności intelektualnych” jakie mają być wykonane lub dostarczone w ramach zamówienia oraz fakt, iż nie wykluczono możliwości skorzystania z podwykonawców w celu jego realizacji, Zamawiający zmodyfikuje przedmiotowy ustęp wskazując na różne modele dystrybucji tych dóbr, w tym model pośredniczy charakterystyczny dla Oprogramowania Wspomagającego (w którym to producent udziela licencji bezpośrednio Zamawiającemu a Wykonawca pośredniczy/zapewnia udzielenie tej licencji) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca oświadcza, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego udzieli Zamawiającemu licencji/sublicencji lub zapewni udzielenie licencji/sublicencji w modelu pośredniczym przez producenta/właściciela praw majątkowych autorskich lub też w inny sposób upoważni Zamawiającego do korzystania ze wszystkich dóbr własności intelektualnej wykonanych lub dostarczonych w ramach Umowy.”

Pytanie 10

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §13 ust. 4 wskazano, iż: *„4. W zakresie, w jakim z brzmienia umowy lub właściwości Oprogramowania wynika, że Oprogramowanie lub jego komponenty (np. aplikacja użytkownika końcowego, skrypty, aplety, inne elementy stron internetowych lub ekrany interfejsu użytkownika) przeznaczone są do udostępnienia osobom trzecim, udzielone lub zapewniane przez Wykonawcę upoważnienie (licencja) na korzystanie z Oprogramowania obejmuje również dostęp do takiego Oprogramowania lub jego komponentów, w tym także publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym. W zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapewnienia zgodnego z prawem korzystania z komponentów Oprogramowania przez osoby trzecie, Zamawiający jest uprawniony do udzielania takim osobom sublicencji.”*

W wskazanym powyżej ustępie posłużono się pojęciem Oprogramowania, które jest pojęciem zbiorczym i zgodnie z definicją w skład Oprogramowania wchodzi: Oprogramowanie Wspomagające i Oprogramowanie Aplikacyjne.

Pytanie: Czy i jakim zakresie wymogi wskazane §13 ust. 4 wzoru umowy mają być odniesione do Oprogramowania Wspomagającego? Czy powyższe wymogi nie powinny dotyczyć ewentualnie wyłącznie Oprogramowania Aplikacyjnego lub jego części? Wykonawca zwraca uwagę, że wymogi wskazane powyżej w szczególności uprawnienie do udzielania sublicencji w przypadku Oprogramowania Wspomagającego jest praktycznie niemożliwe do spełnienia (np. producenci oprogramowania baz danych nie przewidują w swoich warunkach takich uprawnień dla klienta końcowego).

Pytanie 11

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §13 ust. 5 wskazano, iż (podkreślenia Wykonawcy): *„5. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że warunki korzystania z Oprogramowania są zgodne z wymaganiami opisanymi w umowie, w tym co do okresu korzystania, braku ograniczeń ilościowych, takich jak liczba stanowisk komputerowych, użytkowników lub serwerów. Jeżeli z umowy nie wynika wyraźnie co innego, ilekroć umowa przewiduje udzielenie licencji lub zapewnienie licencji na Oprogramowanie, licencja taka udzielana jest na czas nieoznaczony i nie jest terytorialnie ograniczona, w szczególności uprawnia do*

korzystania z Oprogramowania na terytorium Polski i całego świata, a Zamawiający jest uprawniony do korzystania z Oprogramowania bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych, na których instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie.”

Pytanie: Czy mając na uwadze powyższy wymóg i mimo opisanie w SIWZ specyfikacji sprzętu jaki ma zostać dostarczony Wykonawca chcąc zaoferować w niniejszym postępowaniu licencje Oprogramowania Wspomagającego nie ma brać pod uwagę specyfikacji dostarczonych urządzeń tylko ma kalkulować najwyższe wersje licencji, które pozwolą spełnić wymóg braku ograniczeń co do liczby użytkowników czy urządzeń (w tym serwerów, procesorów)?

Takie wymaganie nie wydaje się do końca uzasadnione ekonomicznie i może prowadzić do zwiększenia cen ofertowych, które nie będzie konieczne/potrzebne dla realizacji celu zamówienia.

Pytanie 12

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §13 ust. 7 wskazano, iż (podkreślenia Wykonawcy): „Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że jeżeli w ramach opłat należnych producentowi Oprogramowania mieści się opłata za jakiegokolwiek dodatkowe świadczenia, w szczególności dostarczanie aktualizacji lub poprawek błędów lub inne usługi serwisowe, nieprzedłużenie korzystania z tych świadczeń przez Zamawiającego nie może powodować ustania licencji na korzystanie z Oprogramowania lub uprawniać do wypowiedzenia umowy licencyjnej.”

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż zwrot „w szczególności” sugeruje katalog przykładowy dodatkowych świadczeń Zamawiający sprecyzuje ten wymóg tj. o jakie konkretnie dodatkowe świadczenia Zamawiającemu chodzi i przez jaki okres mają być one świadczone, czy pisząc o opłatach należnych producentowi Zamawiający ma na myśli wynagrodzenie licencyjne i co w przypadku gdy producent Oprogramowania (w szczególności Oprogramowania Wspomagającego) nie uwzględnia żadnych dotykowych świadczeń w wynagrodzeniu licencyjnym tylko wymaga wykupienia osobno asysty technicznej?

Pytanie 13

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §13 ust. 11 wskazano, iż: 11. Wykonawca zobowiązuje się i gwarantuje, że osoby uprawnione z tytułu autorskich praw osobistych do Utworów objętych postanowieniami umowy nie będą wykonywać tych praw w stosunku do Zamawiającego lub osób trzecich działających na zlecenie Zamawiającego.

Pytanie: Czy mając na uwadze bardzo szeroką definicję pojęcia „Utworów” („wszystkie utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie

autorskim i prawach pokrewnych dostarczane lub wytwarzane w ramach realizacji przedmiotu umowy”), Zamawiający zmodyfikuje powyższy wymóg i odniesie go wyłącznie do Utworów w stosunku do których Wykonawca będzie w ogóle uprawniony do złożenia oświadczenia o niewykonywaniu przez osoby uprawnione autorskich praw osobistych, czyli np. takich których jest właścicielem (posiada majątkowe prawa autorskie do nich)?

Pytanie 14

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §16 ust. 5 i 6 wskazano, iż (podkreślenia Wykonawcy):

„5. W przypadku, w którym Wykonawca w wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy dostarczy lub stworzy inne Utwory, w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, niż opisane w poprzednich ustępach, w tym instrukcje, opisy i inne materiały dla użytkowników końcowych, struktury baz danych, zbiory i informacje słownikowe lub materiały graficzne, Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do takich Utworów.

6. Zamawiający ma prawo do dowolnej modyfikacji Utworów. Wykonawca zobowiązuje się przenieść z dniem podpisania protokołu odbioru końcowego na Zamawiającego:

1) prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Utworów (lub ich poszczególnych elementów), tj. prawo zezwalania na rozporządzanie i korzystanie z takich opracowań na polach eksploatacji wskazanych powyżej;

2) własność wydanych Zamawiającemu nośników, na których zostały utrwalone Utwory (lub ich poszczególne elementy) w celu ich przekazania Zamawiającemu, z chwilą wydania tych nośników Zamawiającemu;”

Pytanie: Czy mając na uwadze bardzo ogólną definicję pojęcia „Utworów” („wszystkie utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych dostarczane lub wytwarzane w ramach realizacji przedmiotu umowy”), Zamawiający mógłby sprecyzować faktyczny zakres zastosowania §16 ust. 5 i 6 wzoru umowy tj. jakich Utworów one dokładnie dotyczą? Opisując ów inne Utwory Zamawiający wymienił bowiem utwory, które mogą są elementami Oprogramowania Aplikacyjnego lub Wspomagającego np. struktury baz danych, które stanowią warstwę Oprogramowania Aplikacyjnego lub Wspomagającego w wyniku np. usunięcia błędów mogą być zmieniane lub rozbudowywane i w takim przypadku wymóg przeniesienia majątkowych praw autorskich do nich gdzie w zakresie Oprogramowania Aplikacyjnego mamy model licencyjny jest nie tylko co niecelowe co niemożliwe do spełnienia w przypadku gdy to Oprogramowanie Aplikacyjne jest wykorzystane przez innych klientów.

Pytanie 15

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §16 ust. 3 i 4 uregulowano kwestie związane z przeniesieniem majątkowych praw autorskich do Dokumentacji stworzonej w wyniku wykonania zobowiązań wynikających z umowy zaś w ust. 4 poniżej zawarto zobowiązanie przeniesienia prawa zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Dokumentacji (lub jej poszczególnych elementów), tj. prawo zezwalania na rozporządzanie i korzystanie z takich opracowań na polach eksploatacji wskazanych powyżej. W obu tych ustępach nie posłużono się wprost pojęciem Dokumentacji Dedykowanej w stosunku, do której model przeniesienia prawa majątkowych i zależnych jest możliwy do zastosowania.

Pytanie: Czy Wykonawca prawidłowo zakłada, że §16 ust. 3 i 4 wzoru umowy dla części 1 dotyczą wyłącznie Dokumentacji Dedykowanej?

Pytanie 16

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §16 ust. 10 wskazano, iż „10. *Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne).*” jednakże nie sprecyzowane o jakie licencje (na jakie utwory) dokładnie chodzi.

Pytanie: Czy Wykonawca prawidłowo zakłada, że §16 ust. 10 wzoru umowy dla części 1 dotyczą wyłącznie Oprogramowania Aplikacyjnego i Dokumentacji Standardowej go dotyczącej?

Pytanie 17

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §15 ust. 1 wskazano, iż: „1. *Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć oprogramowanie wchodzące w skład Oprogramowania Aplikacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wymaganiami niezbędnymi do poprawnego działania Systemu oraz udzielić licencji na poniższych warunkach.*”

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż nie wykluczono możliwości skorzystania z podwykonawców w celu jego realizacji przedmiotowego zamówienia (którzy mogą być producentami dostarczanego w ramach umowy Oprogramowania Aplikacyjnego) Zamawiający dokona modyfikacji ww. ustępu nadając mu następujące brzmienie: „*Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć oprogramowanie wchodzące w skład Oprogramowania Aplikacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wymaganiami niezbędnymi do poprawnego działania Systemu oraz udzielić licencji/sublicencji lub zapewnić ich udzielenie w modelu pośredniczym przez producenta/właściciela majątkowych praw autorskich na poniższych warunkach.*”?

Pytanie 18

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §2 pkt 6 określona została definicja pojęcia Oprogramowania Wspomagającego, przez które rozumie się: „wszelkie programy komputerowe w postaci kodu wynikowego, do których autorskie prawa majątkowe przysługują osobom trzecim, a na które Wykonawca na podstawie umowy udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji oraz powiązane z nimi nośniki, dokumentacje, instrukcje i aktualizacje tychże programów komputerowych, niezbędne do działania Systemu, w tym systemy operacyjne i oprogramowanie bazodanowe oraz sterowniki”.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż Oprogramowanie Wspomagające dystrybuowane jest najczęściej w modelu pośredniczym Zamawiający uwzględni ten fakt i zmodyfikuje przedmiotową definicję nadając jej następujące brzmienie: „6) Oprogramowanie Wspomagające – wszelkie programy komputerowe w postaci kodu wynikowego, do których autorskie prawa majątkowe przysługują osobom trzecim, a na które Wykonawca na podstawie umowy udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji lub też zapewni ich udzielenie w modelu pośredniczym przez producenta/właściciela majątkowych praw autorskich oraz powiązane z nimi nośniki, dokumentacje, instrukcje i aktualizacje tychże programów komputerowych, niezbędne do działania Systemu, w tym systemy operacyjne i oprogramowanie bazodanowe oraz sterowniki”?

Pytanie 19

W załączniku nr 4 do Załącznika nr 8.1 do SIWZ – wzoru umowy dla części nr 1 w którym uregulowano kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych w §4 ust. 2 wskazano, iż: „2. Powierzone Wykonawcy dane osobowe będą przez niego przetwarzane w sposób jednorazowy.”

Pytanie: Czy Zamawiający mógłby wyjaśnić przedmiotowe wskazanie (jednorazowość przetwarzania) w kontekście zobowiązań Wykonawcy z umowy, w tym z tytułu gwarancji ?

Pytanie 20

W załączniku nr 4 Załącznika nr 8.1 do SIWZ – wzoru umowy dla części nr 1, w którym uregulowano kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE tzw. RODO określa zasady odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego a także mając na uwadze wielość podstaw odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego - co przemawia chociaż za ograniczeniem chociaż odpowiedzialności jego kontraktowej

- Zamawiający doda w §5 załącznika nr 4 do Załącznika nr 8.1 do SIWZ – wzoru umowy dla części nr 1 następujące stępy w brzmieniu:

14. *Strony postanawiają, iż w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych, ewentualna, łączna i całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu niezgodnego z Umową przetwarzania danych osobowych powierzonych mu do przetwarzania ograniczona jest wyłącznie do udokumentowanej szkody rzeczywistej Zamawiającego (tj. z wyłączeniem w całości utraconych korzyści Zamawiającego), a nadto do kwoty wynoszącej 100% wynagrodzenia netto określonego w §17 ust. 2 Umowy.*

15. *Ograniczenia, o których mowa w ustępie powyżej nie odnoszą się do ewentualnych roszczeń regresowych Zamawiającego względem Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca okaże się odpowiedzialny/współodpowiedzialny za szkodę, którą poniosła osoba, której dane dotyczą w wyniku naruszenia przepisów Rozporządzenia 2016/679 w zakresie w jakim Wykonawca odpowiada zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych jako podmiot przetwarzający dane osobowe na podstawie niniejszej Umowy. Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo do poinformowania Wykonawcy o każdym zdarzeniu, które mogłoby stanowić podstawę zgłoszenia przez Zamawiającego roszczeń regresowych, o których mowa w zdaniu poprzednim w przypadku, gdy okoliczności zdarzenia wskazują na odpowiedzialność /współodpowiedzialność Wykonawcy w powstaniu szkody oraz umożliwi Wykonawcy odniesienie się i wskazanie okoliczności, które wyłączają obowiązek naprawienia ewentualnej szkody przez Wykonawcę.”?*

Pytanie 21

W załączniku nr 4 do Załącznika nr 8.1 do SIWZ – wzoru umowy dla części nr 1 w którym uregulowano kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych w §5 ust. 5 wskazano, iż: „Wykonawca zgłasza Zamawiającemu naruszenie lub incydent mający wpływ na integralność danych osobowych niezwłocznie, to znaczy nie później niż w ciągu 24 godzin po powzięciu informacji po wystąpieniu incydentu.”

Pytanie: Czy mając na uwadze czas potrzebny na zebranie w sposób rzetelny informacji i zachowanie należytej staranności Zamawiający wydłuży ww. termin do 48 godzin tak aby urealnić możliwość wykonania tego zobowiązania?

Pytanie 22

W załączniku nr 4 do Załącznika nr 8.1 do SIWZ – wzoru umowy dla części nr 1 w którym uregulowano kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych w §5 ust. 6 wskazano, iż: „6. Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia kontroli, audytów oraz inspekcji w zakresie przestrzegania przez Wykonawcę zasad przetwarzania powierzonych mu danych osobowych zgodnie z normami prawa

powszechnie obowiązującego, postanowieniami umowy oraz wydanymi instrukcjami i poleceniami o charakterze wiążącym.”

Pytanie: Czy mając na uwadze konieczność przygotowania się przez Wykonawcę do kontroli Zamawiający wprowadzi minimalny termin z jakim powiadomi Wykonawcę o planowej kontroli i w tym celu zmodyfikuje brzmienie ww. ustępu na następujące: *„Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia kontroli, audytów oraz inspekcji w zakresie przestrzegania przez Wykonawcę zasad przetwarzania powierzonych mu danych osobowych zgodnie z normami prawa powszechnie obowiązującego, postanowieniami umowy oraz wydanymi instrukcjami i poleceniami o charakterze wiążącym po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o planowanej kontroli/audycie/inspekcji - na co najmniej 7 dni roboczych przed planowaną kontrolą/audytem/inspekcją.”*

Pytanie 23

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §6 ust. 4 wskazano (podkreślenia Wykonawcy): *„Wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie uwagi i zalecenia Zamawiającego. Uwagi i zalecenia, muszą zostać przekazane Wykonawcy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że uwagi i zalecenia Zamawiającego stoją w sprzeczności z zasadami wiedzy technicznej, celami Projektu, bądź w istotny sposób wpływają na zwiększenie planowanych kosztów prac, bądź zostały przedstawione Wykonawcy w terminie uniemożliwiającym ich uwzględnienie z powodu zagrożenia wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca ma obowiązek powiadomić o tym Zamawiającego w formie pisemnej w terminie do 3 dni od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego uwag i zaleceń. Ostateczna ocena czy stwierdzenia Wykonawcy w przedmiocie zgłoszonych uwag i zaleceń są zasadne należy do Zamawiającego. Uwagi i zalecenia Zamawiającego nie stanowią interpretacji zapisów umowy bądź integralnych części umowy, o których mowa w §24 ust. 10 umowy.”*

Pytanie: Czy Zamawiający usunie z zacytowanego powyżej ustępu zdanie w brzmieniu: *„Ostateczna ocena czy stwierdzenia Wykonawcy w przedmiocie zgłoszonych uwag i zaleceń są zasadne należy do Zamawiającego.”* z uwagi na fakt, iż regulacja ta w sposób rażący narusza równowagę kontraktową Stron? W przypadku gdy zalecenie lub uwaga Zamawiającego prowadzić będzie np. do nieuzasadnionego rozszerzenia zakresu zamówienia ocena zasadności takich zarzutów nie powinna być tylko i wyłącznie Zamawiającego.

Pytanie 24

W Załączniku nr 8.1 do SIWZ – wzorze umowy dla części nr 1 w §6 ust. 4 wskazano (podkreślenia Wykonawcy) *„W ramach gwarancji na System Wykonawca będzie świadczył nieodpłatnie następujące usługi: (...)”*

Pytanie: Czy wskazując, że Wykonawca będzie świadczył usługi „nieodpłatnie” Zamawiający miał na myśli, że będzie je świadczył w ramach wynagrodzenia określonego w umowie? Wskazanie na nieodpłatność świadczeń może rodzić określone konsekwencje podatkowe dlatego wnosimy o sprecyzowanie tej kwestii.

Z poważaniem
