



Tarnowskie Góry 05.10.2023r.

WYJAŚNIENIA, ZMIANY SWZ

02/2023/MTBS (ID 819118)

Dostawa nowych wodomierzy oraz ciepłomierzy

część 1: Sukcesywna dostawa nowych wodomierzy i ciepłomierzy ze zdalnym odczytem oraz dostarczenie i wdrożenie objazdowego systemu do zdalnego odczytu wodomierzy i ciepłomierzy

część 2: Sukcesywna dostawa nowych wodomierzy

Zamawiający informuje, że w związku z wpływieniem zapytania, działając zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, poniżej udziela wyjaśnień do treści SWZ.

Pytanie nr 1:

Umowa par. 1 ust. 8 pkt 2). Prosimy o wprowadzenie zapisu (...) licencje/umowę na świadczenie usługi SaaS.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmiany jak w treści pytania.

Pytanie nr 2:

Umowa par. 5 ust. 8 prosimy o zmianę zapisu na: Do zasad odpowiedzialności Zamawiającego, Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy z tytułu wykonanych ~~robót budowlanych~~ dostaw/usług stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.



Uzasadnienie: przedmiotem zamówienia nie są prace budowlane a wyłącznie dostawy i ewentualne świadczenie usług SaaS.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał zmiany jak w treści pytania.

Pytanie nr 3:

Prosimy o wyjaśnienie zapisu par. 12 ust. 4 pkt. 1) oraz 2) poprzez rzetelne określenie oczekiwań Zamawiającego w zakresie „pomocy, w rozwiązywaniu problemów związanych z funkcjonowaniem systemu” oraz jakich „konsultacji i prac programistycznych w zakresie obsługi urządzeń oraz odczytanych danych zdalnie lub w razie potrzeby w siedzibie Zamawiającego”.

Uzasadnienie:

Zgodnie z publikacją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powyższe zapisy wpisują się w przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 ustawy PZP.

Publikacje Prezesa UZP są swoistym katalogiem klauzul abuzywnych których zamawiający powinni unikać. Zgodnie z Orzeczeniem Prezesa UZP Nr 2

KIO 2809/21

A.

KIO stwierdziło naruszenie art. 433 pkt 3) Pzp poprzez przyjęcie w umowie zapisu nakładającego na wykonawcę obowiązek uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego cyt. „wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, jak również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową”.

Powyższy zapis w ocenie KIO skutkuje niemożliwością oszacowania zakresu tychże prac, a w konsekwencji ich rzetelnej wyceny, prowadząc do nieporównywalności ofert, godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wykraczając poza zasadę swobody kontraktowania.

Zapis uznano za nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z



niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisaniem przedmiotu zamówienia. (...)

KIO podkreśliło, że w formule w jakiej prowadzone jest postępowanie tj. „wybuduj” odpowiedzialność za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający aby sprostać nałożonym na niego obowiązkom korzystał w celu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z usług profesjonalnego wykonawcy sporządzającego niezbędną dokumentację, i to na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość i rzetelności tej dokumentacji.

B.

Za klauzulę abuzywną KIO uznało także zapis cyt. „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej, a także wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia”.

W ocenie KIO doszło do nadużycia zasady swobody umów poprzez wprowadzenie obowiązku nałożonego na wykonawców w cytowanym zapisie umowy.

Wg Izby, ewentualne zlecenie prac, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie realizacji robót, może nastąpić poprzez zmianę umowy i wprowadzenie np. robót dodatkowych czy zamiennych. Teza ta jest zgodna również z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 31 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 752/17, który podkreślił, „że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12) ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami.” Dlatego wg KIO konieczne jest usunięcie kwestionowanego zobowiązania lub jego przeformułowanie w taki sposób



aby wykonawcy przysługiwało należne wynagrodzenie za wykonane roboty oraz aby nie był on obciążony ryzykiem związanym z niewłaściwym/ niepełnym opisem przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany §12 ust. 4, który otrzymuje następujące brzmienie:

Wykonawca w okresie gwarancji, o której mowa w ust. 1 pkt. 2 zobowiązuje się do dostarczenia bezpłatnych aktualizacji oprogramowania niezbędnego do obsługi modułów radiowych i innych urządzeń oraz odczytanych danych pomiarowych, wynikających w szczególności z wprowadzenia ich uaktualnionych wersji oraz ze zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Wykonawca zapewni również:

- 1) pomoc w rozwiązywaniu problemów związanych z funkcjonowaniem systemu, **celem zapewnienia ciągłości działania systemu,**
- 2) monitorowanie pracy systemu i wprowadzenie modyfikacji zmierzających do optymalizacji pracy systemu,
- 3) ~~konsultacje i prace programistyczne w zakresie obsługi urządzeń oraz odczytanych danych zdalnie lub w razie potrzeby w siedzibie Zamawiającego.~~

Pytanie nr 4:

W par. 17 ust. 1 umowy prosimy o dopisanie dopuszczonego przez Zamawiającego rozwiązania:

„Wykonawca oświadcza i zobowiązuje się, że na podstawie niniejszej Umowy i na zasadach w niej przewidzianych zapewni udzielenie albo udzieli Zamawiającemu licencję albo sublicencję opisaną niniejszą Umową albo zapewni zawarcie umowy SaaS. Wykonawca zobowiązuje się nadto, iż upoważni Zamawiającego do korzystania ze wszystkich dóbr własności intelektualnej wykonanych lub dostarczonych w ramach Umowy, jeśli korzystanie z tych dóbr własności intelektualnej będzie niezbędne do korzystania przez Zamawiającego z przedmiotu umowy zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy. Wykonawca w szczególności oświadcza i gwarantuje, że jest



uprawniony do transferu praw do Oprogramowania i Dokumentacji na Zamawiającego w zakresie określonym w niniejszej Umowie.

Uzasadnienie: „Umowy typu SAAS są określane umowami o świadczenie usług, co w świetle polskiego ustawodawstwa powoduje, że nie powinniśmy utożsamiać ich z umowami licencyjnymi w rozumieniu Prawa autorskiego. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 Ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną usługodawca powinien stosować w przypadku oprogramowania SAAS odpowiedni regulamin, który w całości może nawet zastąpić umowę cywilnoprawną. Usługodawca w świetle polskiego prawa:

- określa regulamin świadczenia usług drogą elektroniczną;
- nieodpłatnie udostępnia usługobiorcy regulamin przed zawarciem umowy o świadczenie takich usług, a także – na jego żądanie – w taki sposób, który umożliwia pozyskanie, odtwarzanie i utrwalanie treści regulaminu za pomocą systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca.”

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany §17 ust. 1 poprzez dopisanie na końcu zdania pierwszego sformułowania „(...) albo zapewni zawarcie umowy SaaS”. Jednocześnie zamawiający informuje, że zdanie drugie przedmiotowego ustępu zostało wykreślone (pytania i odpowiedzi nr 2 z dnia 02.10.2023r., odpowiedź do pytania nr 2).

Pytanie nr 5:

Umowa par. 17 ust. 6 – Prosimy o dopisanie zapisów:

„Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że jeżeli w ramach opłat należnych producentowi Oprogramowania i twórcy Dokumentacji 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 oraz Dokumentacji lub ustania umowy SaaS lub uprawniać do wypowiedzenia umowy licencyjnej/umowy SaaS.”



Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany jak w treści pytania.

Pytanie nr 6:

Umowa par. 17 ust. 10 – Prosimy o dopisanie zapisów:

„W przypadku, w którym w wyniku świadczenia przez Wykonawcę usług gwarancyjnych, z tytułu rękojmi, serwisowych, świadczenia usług wsparcia technicznego, a także świadczenia przez Wykonawcę innych usług w wykonaniu niniejszej Umowy, dojdzie do zmiany Oprogramowania, Dokumentacji lub innych utworów, postanowienia umowne dotyczące udzielenia licencji na Oprogramowanie, Dokumentację lub inne utwory poddane zmianom (w tym poprawkom lub aktualizacjom) lub postanowienia zawarte w umowie SaaS stosuje się odpowiednio do takich zmian. Udzielenie licencji bądź sublicencji Zamawiającemu lub zmian umowy SaaS następuje w ramach Maksymalnego wynagrodzenia wskazanego w § 11 niniejszej Umowy, odpowiednio z chwilą wprowadzenia tych zmian do Dokumentacji przez Wykonawcę oraz zastosowania odpowiednich zmian do Oprogramowania. Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu dodatkowe wynagrodzenie.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany jak w treści pytania.

Pytanie nr 7:

Umowa par. 17 ust. 11 – Prosimy o wykreślenie zapisu, ponieważ Licencje na oprogramowanie oraz umowy SaaS się udziela/zawiera, a nie przekazuje. Ust. 11 dotyczy przeniesienia praw i uprawnienia zamawiającego do rozporządzenia takim prawem, co wykracza poza ramy licencji czy umowy SaaS. Zapis ten jest niezgodny z zasadą przejrzystości, która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności.

Odpowiedź:



§ 17 ust. 11 Projektowanych postanowień umowy został wykreślony w całości (pytania i odpowiedzi nr 2 z dnia 02.10.2023r., odpowiedź do pytania nr 2).

Pytanie nr 8:

Umowa par. 17 ust. 11 – Prosimy o wykreślenie zapisu, ponieważ prawa zależne dotyczą przeróbek oprogramowania, ten zapis może wprowadzać wątpliwość, czy Zamawiający ma prawo do przeróbek oprogramowania, czy nie, co wykracza poza ramy licencji czy umowy SaaS. Zapis ten jest niezgodny z zasadą przejrzystości, która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności.

Odpowiedź:

§ 17 ust. 11 Projektowanych postanowień umowy został wykreślony w całości (pytania i odpowiedzi nr 2 z dnia 02.10.2023r., odpowiedź do pytania nr 2).

Termin składania ofert nie zostaje zmieniony.

Na stronie prowadzonego postępowania zostają zamieszczone pliki pn.:

1. załącznik nr 1 do SWZ - projektowane postanowienia umowy - część 1_14.09.2023.
– zmiana 4.pdf

Sporządził: Piotr Starzec, Marta Byczkowska