

Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie
Departament Organizacji
ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa
Telefon: 22 59-79-100, zamoweinia@mazovia.pl

25^{lat} Mazowsze



Warszawa, 21 grudnia 2023 roku

OR-D-III.272.132.2023.AP

UCZESTNICY POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zmiana oraz wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ)

Dotyczy postępowania, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług Utrzymania technicznego Systemu e-Urząd, realizacja Modyfikacji i Zadań związanych z działaniem Systemu e-Urząd w przypadkach niezwiązanych z jego Usterkami lub Awariami”

W związku z wniesionymi pytaniami do treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu, działając w trybie art. 135 ust.5 oraz art. 137 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) Zamawiający wyjaśnia i zmienia treść SWZ w następujący sposób:

Pytanie 1

Dotyczy załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Formularz oferty

W związku z usługami związanymi z utrzymaniem systemu informatycznego e-Urząd pragniemy zwrócić uwagę, że niezależnie od ilości jednostek podłączonych do projektu Wykonawca ponosi dwa rodzaje kosztów: stałe (zdefiniowane w paragrafie 2 umowy, pkt 1, w szczególności w ppkt 2, 3, 5, 6, 10 oraz częściowo 1, 8, 9 gdyż mogą wynikać ze zgłoszeń Zamawiającego bądź zmian przepisów) i zmienne (zdefiniowane we wzorze umowy w paragrafie 2, w szczególności ppkt 4, 7 oraz częściowo 1, 8, 9 gdyż mogą wynikać ze zgłoszeń Partnerów Projektu). Zamawiający w Załączniku nr 13 do OPZ - Lista Partnerów, podał wykaz 61 jednostek projektowych, a formularz ofertowy wymaga podania kwoty dla 1 Partnera za 1 miesiąc oraz iloczyn 130 Partnerów za 12 miesięcy, w kwocie $130 * 12 \text{ miesięcy} * \text{kwota wskazana dla 1 Partnera za 1 miesiąc}$. Czy Zamawiający zgodzi się na modyfikację formularza ofertowego, w którym Wykonawca poda comiesięczne koszty stałe dla 1 Partnera za 1 miesiąc oraz iloczyn 130 Partnerów za 12 miesięcy, w kwocie $130 * 12 \text{ miesięcy} * \text{kwota wskazana dla 1 Partnera za 1 miesiąc}$? Natomiast pozostałe koszty zmienne byłyby rozliczane nieliniowo podczas realizacji umowy, zgodnie z harmonogramem płatności, czyli na podstawie raportu prac Wykonawcy w zależności od liczby osobogodzin poświęconych

na czynności związane z obsługą Partnerów Projektu pomnożone przez koszt roboczogodziny podanej w ofercie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje zmiany Formularza oferty.

W Formularzu oferty Zamawiający wymaga podania zarówno Ceny brutto (z VAT) Utrzymania technicznego za jednego Partnera, jak i wynikającej z niej Ceny brutto (z VAT) Utrzymania technicznego za 12 miesięcy dla maksymalnej przewidzianej liczby Partnerów w ramach Umowy tj. 130 Partnerów. Prace będą rozliczane na zasadach określonych w § 9 ust. 2 – 5 Umowy.

W związku z możliwym ponoszeniem kosztów stałych przez Wykonawcę niezależnie od ilości jednostek podłączonych do projektu, Zamawiający uwzględnił, że prace w zakresie świadczenia usług Utrzymania technicznego Systemu e-Urząd, o których mowa w par.1.ust. 1 pkt. a Umowy będą realizowane przez cały okres trwania Umowy, **dla nie mniej niż 50 Partnerów** i rozliczane na zasadach określonych w § 9 ust. 2 – 5 Umowy.

Pytanie 2

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 2 ust. 20

Gwarancja będzie udzielona przez Wykonawcę przez okres realizacji Przedmiotu Umowy i w ciągu trzech miesięcy od dnia zakończenia obowiązywania Umowy. Będzie realizowana z inicjatywy własnej Wykonawcy oraz na podstawie zgłoszeń od Zamawiającego i Partnerów.

Gwarancja udzielona na tak długi czas jest nieproporcjonalna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co najwyżej, gwarancja powinna obowiązywać na czas realizacji Umowy, a nie po jej zakończeniu. Nie wiadomo, jak po zakończeniu Umowy miałyby się odbywać realizowanie zobowiązań wynikających z gwarancji. Wnosimy o zmianę powyższego postanowienia poprzez wskazanie, że Gwarancja będzie udzielona przez Wykonawcę przez okres realizacji Przedmiotu Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający częściowo uwzględnił zmianę w treści Załącznika nr 3 do SWZ – § 2 ust. 20 Projektowanych postanowień umowy. W ocenie Zamawiającego zmieniony okres Gwarancji jest proporcjonalny do czasu realizacji Umowy i jej przedmiotu.

Przedmiotem umowy jest m.in. wykonywanie Modyfikacji systemu e-Urząd; w sytuacji instalacji Modyfikacji pod koniec okresu realizacji umowy, Zamawiający chce, aby było zapewnione usuwanie ewentualnych Awarii i Usterek, związanych z aktualizacją systemu o wykonaną zmianę i zapewnienie ciągłości wsparcia dla partnerów projektu.

Pytanie 3

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 2 ust. 25

Gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień Zamawiającego wynikających z przepisów prawa o rękojmi za wady dzieła. Zamawiający uprawniony jest do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady dzieła, niezależnie od

uprawnień wynikających z gwarancji, przy czym okres rękojmi jest równy okresowi gwarancji. Prosimy o wyłączenie stosowania rękojmi.

Wskazujemy, że Zamawiającemu przysługuje już udzielona gwarancja na oprogramowanie, a nadto Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usług serwisowych, w związku z czym 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 programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

w przypadku udzielenia licencji na program komputerowy nie mamy do czynienia z umową sprzedaży w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego;

oprogramowanie nie jest rzeczą w rozumieniu art. 45 Kodeksu Cywilnego;

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 Kodeksu Cywilnego wyłączając tym samym ich zastosowanie. O wyłączeniu przez komentowany przepis stosowania przepisów Kodeksu Cywilnego o rękojmi świadczy przede wszystkim szeroka hipoteza normy kreowanej na jego podstawie (obejmująca zarówno usterki, jak i wady prawne) – co wskazuje na jego pozostawanie w stosunku *lex specialis* względem przepisów o odpowiedzialności za wady przedmiotu sprzedaży.

Alternatywnie wnosimy, aby rękojmia była ograniczona tylko do naprawy wad.

Odpowiedź:

Zamawiający uwzględnił zmiany w treści Załącznika nr 3 do SWZ – § 2 ust. 25 Projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 4

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 2 ust. 27

Jeżeli Wykonawca nie wypełni obowiązku usunięcia wady w uzgodnionym terminie, Zamawiający będzie upoważniony do zlecenia usunięcia wady podmiotowi trzeciemu, na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez utraty przez Zamawiającego uprawnień wynikających z tytułu gwarancji lub rękojmi.

Zgodnie z art. 480 § 1 Kodeksu Cywilnego, wykonanie zastępcze wymaga wcześniejszego upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika.

Zważywszy na swój specyficzny charakter – co również zauważył ustawodawca – wykonanie zastępcze powinno być w jakiś sposób zlimitowane, aby wierzyciel nie mógł swobodnie obciążać dłużnika kosztami wykonania zastępczego. Dlatego prosimy o usunięcie przedmiotowego postanowienia, ewentualnie zaś – aby wykonanie zastępcze było możliwe po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do wykonania zobowiązań, wraz z wyznaczeniem odpowiedniego terminu, który wynosi co najmniej 14 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający uwzględnił zmiany w treści Załącznika nr 3 do SWZ – § 2 ust. 27 Projektowanych postanowień umowy

Pytanie 5

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 11 ust. 1 pkt 5)

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, w formie pisemnego aneksu do Umowy (również w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności: zmiany kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 439 ustawy PZP;

Prosimy o wskazanie w jaki sposób ma przebiegać waloryzacja wynagrodzenia, w szczególności w oparciu o jaki wskaźnik, poziom zmiany cen lub kosztów uprawniający stronę do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia oraz maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia.

Odpowiedź: Zamawiający uwzględnił zmiany w treści Załącznika nr 3 do SWZ – § 11 Projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 6

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 14 ust. 6

Łączna i całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w Umowie nie może przekraczać 100% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 Umowy. W przypadku, gdy łączna wartość naliczonych Wykonawcy kar umownych z tytułu zwłoki osiągnie poziom 10% łącznego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 9 ust. 1, Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy przez złożenie pisemnego oświadczenia (również w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), w terminie do 90 dni od dnia powzięcia informacji przez Zamawiającego o zaistnieniu przyczyny wypowiedzenia. Wnosimy o obniżenie poziomu limitacji kar umownych. Obecnie limitacja kar umownych jest na bardzo wysokim poziomie – 100% wynagrodzenia netto, co czyni ją iluzoryczną. Wskazujemy, że kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy wynosi 10% kwoty łącznego wynagrodzenia netto. Wskutek tak sformułowanych postanowień, Wykonawcy „opłaca się” odstąpić od umowy i zapłacić karę, niż zrealizować umowę, lecz np. z opóźnieniem. Wprowadzenie limitacji kar umownych na takim poziomie stanowi obejście art. 436 pkt 3) pzp, a Wykonawcy muszą wysoko wycenić ryzyka związane z realizacją umowy. Prosimy o obniżenie limitacji kar umownych maksymalnie do 20% wynagrodzenia Wykonawcy netto.

Odpowiedź: Zamawiający uwzględnił zmiany w treści Załącznika nr 3 do SWZ – § 14 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy.

Pytanie 7

Dotyczy: załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Projektowane postanowienia umowy; § 16 ust. 3

Wykonawca w ramach wynagrodzenia o którym mowa w § 9 ust 1 przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów, w rozumieniu

ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o Prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2022 r., poz. 2509) wytworzonych w ramach realizacji Umowy, zwanych dalej „Utworami”, wraz z kodami źródłowymi oraz dokumentacją techniczną.

Prosimy o potwierdzenie, że zobowiązanie do przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz wydania kodów źródłowych dotyczy wyłącznie utworów, które zostały wytworzone wyłącznie dla Zamawiającego w wyniku realizacji przedmiotowej Umowy.

Prosimy jednocześnie o potwierdzenie, że zobowiązanie do przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz wydania kodów źródłowych nie dotyczy oprogramowania standardowego Wykonawcy i osób trzecich, w tym Aktualizacji, Modernizacji i Nowych Wersji Systemu, które są oprogramowaniem standardowym.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że zobowiązanie do przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz wydania kodów źródłowych dotyczy wyłącznie utworów, które zostały wytworzone wyłącznie dla Zamawiającego w wyniku realizacji przedmiotowej Umowy.

Zamawiający potwierdza, że zobowiązanie do przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz wydania kodów źródłowych nie dotyczy oprogramowania standardowego Wykonawcy i osób trzecich, w tym Aktualizacji, Modyfikacji i Nowych Wersji Systemu, które są oprogramowaniem standardowym. Pojęcie „Modernizacja” nie występuje w Projektowanych postanowieniach umowy.

Działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje zmiany załącznika nr 3 do SWZ projektowane postanowienia umowy w brzmienie określonym w załączniku do niniejszego pisma uwzględniając ww. zmiany wynikające ze złożonego wniosku o wyjaśnienie treści SWZ.

Zgodnie z art. 135 ust. 6 oraz art.137 ust. 2 ustawy wyjaśnienia i zmiana treści SWZ zostanie udostępniona na stronie Platformy Zakupowej

<https://platformazakupowa.pl/pn/mazovia>

Z poważaniem
Dyrektor Departamentu
Cyfryzacji, Geodezji i Kartografii

Marcin Pawlak
podpisano kwalifikowanym podpisem
elektronicznym

Załączniki:

1. projektowane postanowienia umowy stanowiący załącznik nr 3 do SWZ