

Warszawa, dnia 02.11. 2020 r.

Nr sprawy: ZER-ZP-10/2020

Wykonawcy

W związku z pytaniami zgłoszonymi w trybie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w sprawie postępowania ZER-ZP-10/2020, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **Zakup licencji na korzystanie z systemu informacji prawnej on-line dla Zakładu Emerytalno-Rentowego MSWiA**, Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, poniżej przedstawia ich treść wraz z wyjaśnieniami.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 38 ust. 4 i 4a dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” oraz ogłoszenia o zamówieniu nr 602172-N-2020 z dnia 27.10.2020 r., zgodnie z treścią niniejszego pisma.

I. Wyjaśnienia treści SIWZ

Pytanie nr 1:

„Z uwagi na brzmienie § 1 ust. 16 i § 4 pkt 5 Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż prawidłowa jest interpretacja, iż to czy administratorem systemu będzie przedstawiciel Wykonawcy czy Zamawiającego będzie uzależnione od przyjętego przez Wykonawcę standardu i Zamawiającemu nie będzie przysługiwało uprawnienie do żądania, aby administratorem był przedstawiciel Wykonawcy.”

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Z uwagi na brzmienie § 1 ust. 16 i § 4 pkt 5 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ, Zamawiający potwierdza, że prawidłowa jest interpretacja, iż to czy administratorem Systemu będzie przedstawiciel Wykonawcy czy Zamawiającego będzie uzależnione od przyjętego przez Wykonawcę standardu obsługi uprawnień w Systemie i Zamawiającemu nie będzie przysługiwało uprawnienie do żądania, aby administratorem był przedstawiciel Wykonawcy, o ile System będzie zapewniał obsługę administracyjną przez Zamawiającego.

Pytanie nr 2:

„W odniesieniu do reguły umownej, wedle której, termin uzyskania przez Wykonawcę zapłaty uzależniony jest od podpisania protokołu odbioru, aby uniknąć ewentualnych sporów związanych z brakiem sformułowania przez Zamawiającego stosownego potwierdzenia pomimo prawidłowego wykonania umowy przez Wykonawcę, Wykonawca zwraca się z prośbą o uzupełnienie postanowień umownych o sformułowanie, iż stosowny protokół winien być podpisany niezwłocznie. Zamawiający proponuje zatem, aby zmienić treść § 6 ust. 7 i nadać mu następujące brzmienie: „Płatność za realizację przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 1, nastąpi jednorazowo przelewem na rachunek bankowy nr, w terminie do 14 dni od otrzymania od Wykonawcy przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury, po uprzednim podpisaniu przez Strony bez zastrzeżeń Protokołu odbioru, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Umowy, co nastąpi niezwłocznie po prawidłowym udostępnieniu Systemu.”

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści § 6 ust. 7 Wzoru umowy. Zamawiający wyjaśnia, że podpisanie przez Strony (Zamawiającego i Wykonawcę) bez zastrzeżeń Protokołu odbioru, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Umowy, nastąpi niezwłocznie po prawidłowym wdrożeniu Systemu.

Pytanie nr 3:

„W § 6 ust. 11 projektu umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

W związku z tym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy zgodziłby się on na takie rozwiązanie, zgodnie z którym Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) lub telefoniczną o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia.

Jeśli Zamawiający zgodziłby się na powyższe rozwiązanie, Wykonawca proponuje, by uzupełnić § 6 ust. 11 projektu umowy o zdanie w następującym brzmieniu:

„Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) lub telefoniczną o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia”.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowień § 6 ust. 11 Wzoru umowy. Zamawiający informuje, że Wykonawca ma możliwość weryfikacji zasadności podstawy naliczenia kary umownej i odniesienia się do okoliczności jej naliczenia w terminie do 7 dni od otrzymania od Zamawiającego noty obciążeniowej i w przypadku potwierdzenia - zapłatę. Jednocześnie podjęcie próby wykazania przez Wykonawcę, iż naliczona kara umowna potrącona została bezprawnie, albo też jej wysokość nie odzwierciedla faktycznego stanu rzeczy może odbywać się wcześniej przed jej potrąceniem, tj. po wystawieniu noty obciążeniowej a przed wezwaniem do zapłaty. Jeżeli na podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień Zamawiający uzna, że nota obciążeniowa jest bezzasadna to może wystawić notę uznaniową, która skoryguje wartość noty obciążeniowej.

Niezależnie od powyższego Zamawiający może poinformować Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) o zamiarze naliczenia kary umownej i o podstawie do jej naliczenia.

Pytanie nr 4:

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

Odpowiedź na pytanie nr 4:

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

Pytanie nr 5:

„Wykonawca zwraca uwagę, że powszechnie przyjęte w obrocie standardy realizacji umów przewidują nakładanie na strony tych umów odpowiedzialności za nieprawidłowe ich wykonanie opartej na zasadzie winy. Zgodnie z nią dłużnik ponosi odpowiedzialność za okoliczności przez siebie zawinione, przy czym pozycja wierzyciela uzyskuje wzmocnienie poprzez przyjęcie domniemania winy dłużnika. Powyższa konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest przyjmowana w sposób powszechny w obrocie i nie ma żadnych podstaw, by Zamawiający, zobowiązany do stosowania zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego, dyskryminował dostawców oprogramowania rozciągając ich odpowiedzialność również na okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. Wykonawca wnosi w związku z tym o dostosowanie projektu umowy do tychże standardów, tj. o zmianę użytego w § 9 ust. 2, 3, 4 i 5 projektu umowy słowa „opóźnienie” na słowo „zwłoka”.”

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę użytego w § 9 ust. 2, 3, 4 i 5 Wzoru umowy słowa „opóźnienie” na słowo „zwłoka”. Zgodnie z § 9 ust. 9 Wzoru umowy Zamawiający i Wykonawca nie odpowiadają za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, jeżeli jest to spowodowane wystąpieniem siły wyższej lub jej następstw lub wyłączną winą Zamawiającego.

Pytanie nr 6:

„Zasada trwałości umów wymaga zdaniem Wykonawcy od stron umów dążenia, aby umowy te były wykonywane a ich rozwiązywanie (odstępowanie od nich) i naliczanie kar umownych było wyjątkiem stosowanym jedynie w szczególnych okolicznościach.

Wykonawca postuluje zatem wprowadzenie reguły, w myśl której przed skorzystaniem z uprawnień przewidzianych w § 9 ust. 1, 2 i 4 oraz § 10 ust. 1 projektu umowy Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń i wyznaczenia mu w tym celu dodatkowego odpowiedniego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze.”

Odpowiedź na pytanie nr 6:

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

Pytanie nr 7:

„Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie postanowienia ograniczającego odpowiedzialność Wykonawcy do wysokości wartości brutto Umowy.

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

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

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający nie widzi potrzeby wprowadzania do Wzoru umowy postanowienia ograniczającego odpowiedzialność Wykonawcy do wysokości wartości brutto Umowy. Zamawiający określił granicę odpowiedzialności Wykonawcy w treści § 9 ust. 6 Wzoru umowy, określając łączną wysokość kar umownych do wysokości 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

Pytanie nr 8:

„Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy ze względu na fakt, że do programów stanowiących przedmiot umowy Wykonawca stosuje standardowe powszechnie (dla wszystkich jego klientów niebędących konsumentami) OWU, Zamawiający zgodziłby się na dostarczenie mu i dołączenie takiego dokumentu do umowy jako załącznika do niej, z zastrzeżeniem, iż w razie sprzeczności ww. dokumentu z treścią umowy pierwszeństwo miałaby umowa. W razie potrzeby Wykonawca jest gotowy dostarczyć taki dokument na ręce Zamawiającego do akceptacji jeszcze przed podpisaniem umowy.

Wykonawca podkreśla, że dołączenie OWU leży również w interesie samego Zamawiającego, nie tylko z uwagi na określenie minimalnego zakresu uprawnień względem korzystania z systemu i ochrony przed ew. roszczeniami, zwłaszcza podmiotów trzecich, ale również pod kątem należytej ochrony danych osobowych (OWU zawierają już odpowiednio zabezpieczające strony postanowienia dot. powierzenia przetwarzania danych osobowych, a danymi tymi są np. adresy e-mail użytkowników końcowych pełniące funkcje loginów). Jest to bardzo istotna kwestia z perspektywy RODO.

Gdyby Zamawiający pozytywnie odniósł się do powyższego pytania, Wykonawca zwraca się z propozycją wprowadzenia do zawieranej przez strony umowy następującego postanowienia: „W sprawach nieuregulowanych umową stosuje się postanowienia Ogólnych Warunków Umowy stanowiących załącznik nr ... do umowy. Zastrzega się jednocześnie, że w razie sprzeczności pomiędzy postanowieniami ww. Ogólnych Warunków Umowy a postanowieniami umowy stosuje się postanowienia umowy.”

Pytanie nr 9:

„Nadto, w przypadku braku zgody na OWU, Wykonawca zwraca się z prośbą o zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych wg sprawdzonego wzorca, który stosuje powszechnie z licencjodawcami oprogramowania LEX. Wykonawca udostępni ww. wzorzec w terminie określonym przez Zamawiającego i kieruje pytanie czy Zamawiający godzi się takie rozwiązanie.

Jeśli Zamawiający nie wyraża na to zgody, Wykonawca wnosi o niezwłoczne udostępnienie projektu umowy powierzenia, jaką Zamawiający zamierza zawrzeć z Wykonawcą – Wykonawca musi mieć możliwość zapoznania się z nim przed terminem składania ofert, bowiem kształt tej umowy może istotnie wpływać na warunki kontraktowania przewidziane w tym postępowaniu.”

Pytanie nr 10:

„Nadto, gdyby Zamawiający nie zgodził się na dołączenie OWU do umowy, Wykonawca wnosi o wyrażenie zgody na wprowadzenie do zawieranej umowy postanowienia w brzmieniu następującym: „Zamawiający upoważniony jest do korzystania z dostarczonego na mocy umowy Systemu na własne potrzeby Zakładu Emerytalno-Rentowego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, w ramach liczby dostępów określonych umową, zgodnie z umową, przeznaczeniem Systemu i jego dokumentacją. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania czynności tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w oprogramowaniu Systemu, w tym usuwania jego ew. błędów, ani dokonywania zmian w bazie danych lub bazach danych stanowiącej lub stanowiących część składową Systemu”.

Odpowiedź na pytanie nr 8, 9 i 10:

Zamawiający wyraża zgodę na dołączenie do Umowy w formie załącznika - Ogólnych Warunków Umowy (OWU), sporządzonych przez Wykonawcę pod warunkiem, że Wykonawca wprowadzi do OWU zapis o treści: “w razie sprzeczności pomiędzy postanowieniami OWU a postanowieniami Umowy nr .../2020 z dnia2020 r. stosuje się postanowienia Umowy nr2020 z dnia2020 r.” Zamawiający wymaga dostarczenia OWU Wykonawcy do akceptacji przez Zamawiającego przed podpisaniem Umowy.

II. Zmiany treści SIWZ

Modyfikacja nr 1 – zmiana SIWZ

Obecna treść w pkt 14.1.1. SIWZ:

„(...) nie otwierać przed godziną 13:45 w dniu 04.11.2020 r.”

Zostaje zmieniona na:

„(...) nie otwierać przed godziną 11:00 w dniu 05.11.2020 r.”

Obecna treść w pkt 14.3. SIWZ:

„Termin składania ofert upływa w dniu: 04.11.2020 r. o godzinie 13:05.”

Zostaje zmieniona na:

„Termin składania ofert upływa w dniu: 05.11.2020 r. o godzinie 10:15.”

Obecna treść pkt 14.4. SIWZ:

„Otwarcie ofert odbędzie się w dniu 04.11.2020 r. o godzinie 13:45 w siedzibie Zamawiającego przy ul. Pawińskiego 17/21, IV piętro, w pok. nr 472 lub 462, w tym za pośrednictwem platformy zakupowej.”

Zostaje zmieniona na:

„Otwarcie ofert odbędzie się w dniu 05.11.2020 r. o godzinie 11:00 w siedzibie Zamawiającego przy ul. Pawińskiego 17/21, IV piętro, w pok. nr 472 lub 462, w tym za pośrednictwem platformy zakupowej.”

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp dokonał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu nr 602172-N-2020 z dnia 27.10.2020 r. w powyższym zakresie, tj. w sekcji IV pkt 6.2).

Proszę o uwzględnienie powyższego przy sporządzaniu oferty.

ZASTĘPCA DYREKTORA
Zakładu Informatyki i Logistyki
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji

2020-11-04
Mieczysław SIOCHA

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

