

## INFORMACJA DO WSZYSTKICH ZAINTERESOWANYCH

dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup usług wsparcia technicznego Microsoft Software Assurance do posiadanych licencji oprogramowania Microsoft*”, nr postępowania 32/24/TPBN.

Do Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, Zamawiającego, wpłynęły zapytania o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia. Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 r. poz. 1320) przedstawiam poniżej treść zapytań wraz z odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego.

### **Pytanie 1.**

*§ 2 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy. Wskazujemy, że wykonawca powinien być zwolniony z odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku należytej realizacji umowy. Z tego względu zwracamy się z wnioskiem o modyfikację postanowienia w następujący sposób: "ponoszenia odpowiedzialności za wszelkie szkody, które Wykonawca lub jego podwykonawca, jak też inny podmiot działający na zlecenie Wykonawcy spowoduje podczas lub w związku z wykonywaniem Przedmiotu Umowy, przy czym Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w przypadku gdy szkoda powstała w wyniku podjęcia przez Wykonawcę czynności niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy".*

### **Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian. Obowiązek realizacji Umowy spoczywa na Wykonawcy.

### **Pytanie 2.**

*§ 2 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie postanowienia gdyż ma ono zastosowanie do Producenta oprogramowania, podczas gdy Wykonawca nie jest producentem i nie ma bezpośredniego wpływu na produkty. Umowa, którą Zamawiający zawiera z Producentem oprogramowania precyzuje te kwestie i zabezpiecza interes Zamawiającego bowiem roszczenia podmiotów trzecich przejmuje Producent oprogramowania.*

### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję potencjalnego wykonawcy.

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Pytanie 3.**

§ 2 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy. Wykonawca nie może ponosić pełnej odpowiedzialności za prawidłową realizację Przedmiotu Umowy ponieważ oznacza to, że ponosi również odpowiedzialność za szkody wywołane przez Zamawiającego. Zwracamy uwagę, że postanowienia umowy o zamówienie publiczne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Przedmiotowe postanowienia zostały przez ustawodawcę uznane jako niedozwolone postanowienia umowne, tzw. klauzule abuzywne. Jednocześnie realizacja umowy powinna odbywać się w ramach współpracy Stron. Wykonawca nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za należyłą realizację Przedmiotu Umowy ponieważ wykonanie umowy zależne jest od współpracy Zamawiającego. Z powyższych względów zwracamy się z wnioskiem o usunięcie zapisu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie zapisu. Obowiązek realizacji Umowy spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Pytanie 4.**

§ 2 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy. Wykonawca jedynie pośredniczy pomiędzy zamawiającym a Producentem w udzieleniu licencji a zatem nie może oświadczyć, że oprogramowanie, na które licencji udziela producent jest wolne od wad i nie narusza praw osób trzecich w tym praw własności intelektualnej i praw autorskich. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu licencje pochodzące z oficjalnego źródła - od producenta, lecz nie ma wpływu na wady oprogramowania, gdyż nie przysługują mu do niego prawa. Jednocześnie wskazujemy, że ochrona prawna, której wymaga Zamawiający, w razie zgłoszenia się przeciwko Zamawiającemu z roszczeniami przez podmiot trzeci przysługuje Zamawiającemu od producenta Oprogramowania a zatem Wykonawca powinien być zwolniony z przedmiotowego obowiązku. Prosimy o wykreślenie postanowienia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję potencjalnego wykonawcy.

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Pytanie 5.**

§ 2 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy. Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie postanowienia gdyż ma ono zastosowanie do Producenta oprogramowania, podczas gdy Wykonawca nie jest producentem i nie ma bezpośredniego wpływu na produkty. Umowa, którą Zamawiający zawiera z Producentem oprogramowania precyzuje te kwestie i zabezpiecza interes Zamawiającego bowiem roszczenia podmiotów trzecich przejmuje Producent oprogramowania.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję potencjalnego wykonawcy.  
Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Pytanie 6.**

*§ 3 ust. 3 wzoru umowy. Zwracamy się z wnioskiem o potwierdzenie, że termin sporządzenia i podpisania protokołu odbioru nie § 1 ust. 3 Umowy.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż § 3 ust. 3 dotyczy terminu sporządzenia i podpisania przez Zamawiającego i Wykonawcę Protokołu odbioru.

**Pytanie 7.**

*§ 3 ust. 4 wzoru umowy. Zamawiający nie może autorytarnie uznać, że dostarczone Zamawiającemu Oprogramowanie zawiera braki bądź wady. Ponadto Wykonawca nie jest odpowiedzialny za usuwanie wad Przedmiotu Umowy bowiem nie posiada praw do oprogramowania - tymi dysponuje jedynie producent. Wady Oprogramowania powinny być kierowane bezpośrednio do producenta Oprogramowania w ramach gwarancji przysługującej Zamawiającemu. Z tego względu prosimy o wykreślenie § 3 ust. 4-5 i 7-9 Umowy.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, iż przedmiotem umowy nie jest dostarczenie Oprogramowania.  
§ 3 ust. 4 dotyczy nienależytego lub wadliwego wykonania Przedmiotu Umowy lub stwierdzenia jego dostarczenia przez Wykonawcę w sposób niezgodny z Umową.

**Pytanie 8.**

*§ 5 wzoru umowy. W katalogu przesłanek uzasadniających odstąpienie od Umowy nie znalazła się jakakolwiek przesłanka uzasadniająca odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę zasadę równowagi kontraktowej Stron, w umowie powinny znaleźć się zapisy umożliwiające również Wykonawcy odstąpienie od Umowy w określonych sytuacjach. Wnoskujemy o dodanie do Umowy następujących przesłanek, które uprawniają wykonawcę do odstąpienia od Umowy:*

- 1) Zamawiający nie zapłacił wynagrodzenia w terminie;*
- 2) Zamawiający lub osoby, którym Zamawiający udostępnił Oprogramowanie korzystają z niego niezgodnie z warunkami Producenta tego Oprogramowania.*

**Odpowiedź:**

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający modyfikuje § 5 PPU poprzez dodanie ust. 8 o treści:

„Wykonawca może odstąpić od Umowy z winy Zamawiającego, gdy Zamawiający nie zapłacił wynagrodzenia w określonym terminie i pomimo dodatkowego wezwania do zapłaty wynagrodzenia w wyznaczonym w wezwaniu terminie, nie krótszym niż 7 dni, Zamawiający nie dokonał zapłaty wynagrodzenia. Uprawnienie do odstąpienia o którym mowa będzie przysługiwało Wykonawcy w terminie 14 dni od dnia bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego Zamawiającemu w wezwaniu, o którym mowa w zadaniu poprzedzającym”.

**Pytanie 9.**

*§ 5 ust. 1 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o zmianę postanowienia w ten sposób, że wyznaczony dodatkowo termin do zmiany sposobu postępowania nie będzie krótszy niż 14 dni.*

**Odpowiedź:**

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający modyfikuje § 5 ust. 1 PPU następująco:

„Oprócz przypadków wskazanych w pozostałych zapisach Umowy Zamawiający może odstąpić od Umowy gdy zachodzi co najmniej jedna z poniższych okoliczności:

1) Wykonawca nie wykonuje Umowy albo wykonuje Umowę w sposób nienależyty i mimo wezwania Wykonawcy przez NCBR do zmiany sposobu postępowania, Wykonawca w dodatkowym terminie, nie krótszym niż 14 dni, nie czyni tego - w terminie 30 (trzydziestu) dni kalendarzowych od dnia bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego w wezwaniu”;

**Pytanie 10.**

*§ 6 wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dokonanie zmiany polegającej na uzależnieniu wysokości kar umownych od wynagrodzenia netto? Podatek VAT nie stanowi wynagrodzenia samego w sobie i określany jest mianem daniny publicznej o charakterze podatku pośredniego a zatem niezasadne jest uzależnianie wysokości kar umownych od wynagrodzenia obejmującego ten podatek.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian. Kary umowne nalicza się zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Kwestię tę Zamawiający może uregulować w sposób całkowicie dowolny. Argumenty przywołane w pytaniu mają znaczenie nie przy ustaleniu wysokości kary umownej, ale przy ewentualnym dokonywaniu potrąceń kary umownej z wynagrodzenia. Zamawiający podkreśla, że kary umowne są zastrzegane na wypadek nie wykonywania albo niewłaściwego wykonywania umowy. W przypadku należytego wykonywania umowy przez Wykonawcę Zamawiający nie będzie miał podstaw do ich naliczenia, co za tym idzie ich wysokość nie powinna mieć wpływu na cenę oferty wykonawcy.

**Pytanie 11.**

*§ 6 ust. 3 wzoru umowy Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dokonanie zmiany polegającej na uzależnieniu wysokości kar umownych od wynagrodzenia netto? Podatek VAT nie stanowi wynagrodzenia samego w sobie i określany jest mianem daniny publicznej o charakterze podatku pośredniego a zatem niezasadne jest uzależnianie wysokości kar umownych od wynagrodzenia obejmującego ten podatek. Jednocześnie zwracamy się z wnioskiem o obniżenie wysokości kary umownej do 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki bowiem zakładane przez Wykonawcę poziomy marży nie są w stanie skompensować ryzyka związanego z ustanowieniem kary na zaproponowanym poziomie. Zbyt wygórowany poziom kar umownych będzie miał zatem wpływ na cenę oferty wykonawcy z uwagi na konieczność skompensowania podwyższonego ryzyka wynikającego z wysokości kar umownych.*

**Odpowiedź:**

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający zmienia zapisy § 6 ust. 3 PPU następująco:

„W przypadku zwłoki w terminie zapewnienia Usługi Software Assurance, o którym mowa w § 1 ust. 4 Umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto wskazanego w § 4 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

**Pytanie 12.**

*§ 6 ust. 4 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o wskazanie konkretnie, jakie terminy wynikające z Umowy Zamawiający ma na myśli? Kary umowne przewidziane w Umowie nie powinny być sformułowane abstrakcyjnie i kształtować obowiązków wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Takie postanowienia mogą bowiem zostać uznane za klauzule abuzywne. Prosimy o wykreślenie postanowienia.*

**Odpowiedź:**

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający zmienia zapisy § 6 ust. 4 PPU następująco:

„Z tytułu niezachowania pozostałych terminów wynikających z Umowy, z wyłączeniem terminu wskazanego w ust. 3, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 4 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

**Pytanie 13.**

*§ 6 ust. 6 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o wskazanie konkretnie, jakie przypadki nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy Zamawiający ma na myśli? Kary umowne przewidziane w Umowie nie powinny być sformułowane abstrakcyjnie, nie mogą też kształtować obowiązków wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Takie postanowienia mogą bowiem zostać uznane za klauzule*

*abuzywne. Prosimy o wykreślenie postanowienia bądź wskazanie jakie naruszenia wykonania Przedmiotu Umowy są sankcjonowane karami umownymi.*

**Odpowiedź:**

W § 6 ust. 6 mowa jest o każdym innym przypadku nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy niż określony w ust. 4 lub 5.

W § 6 ust. 7 Zamawiający określa, co rozumie pod pojęciem nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy.

**Pytanie 14.**

*§ 6 ust. 7 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o wskazanie konkretnie, jakie przypadki nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy Zamawiający ma na myśli? Kary umowne przewidziane w Umowie nie powinny być sformułowane abstrakcyjnie, nie mogą też kształtować obowiązków wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Takie postanowienia mogą bowiem zostać uznane za klauzule abuzywne. Prosimy o wykreślenie postanowienia bądź wskazanie jakie naruszenia wykonania Przedmiotu Umowy są sankcjonowane karami umownymi.*

**Odpowiedź:**

W § 6 ust. 6 mowa jest o każdym innym przypadku nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy niż określony w ust. 4 lub 5.

W § 6 ust. 7 Zamawiający określa, co rozumie pod pojęciem nienależytego wykonania Przedmiotu Umowy.

**Pytanie 15.**

*§ 6 ust. 10 wzoru umowy Postanowienie odnośnie dopuszczalności kumulacji kar umownych stanowiło przedmiot rozważań Sądu Najwyższego, który niejednokrotnie wypowiadał się, że naliczanie więcej niż jednej kary umownej za to samo zdarzenie jest niedopuszczalne. Nie jest zatem możliwe naliczenie kary umownej np. za zwłokę a następnie dodatkowej kary umownej za odstąpienie od umowy z powodu zwłoki w dostawie. W przedmiotowym przypadku kara za odstąpienie od umowy niejako pochłania karę za zwłokę w dostawie. Wykluczone jest karanie podwójne za to samo przewinienie. Prosimy o wykreślenie przedmiotowego postanowienia.*

**Odpowiedź:**

W § 6 ust. 10 PPU wskazano, że kary umowne podlegają sumowaniu, jeżeli istnieją ku temu podstawy. Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.



**Pytanie 16.**

§ 6 ust. 12 wzoru umowy Zgodnie z dobrymi praktykami obowiązującymi w sektorze zamówień IT zwracamy się z wnioskiem o ograniczenie całkowitej odpowiedzialności Wykonawcy z jakiegokolwiek tytułu wynikającego z Umowy do wysokości 100% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Jednocześnie zwracamy się z wnioskiem o wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu utraconych korzyści.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję potencjalnego wykonawcy.

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Pytanie 17.**

§ 7 wzoru umowy W związku z zasadą równowagi kontraktowej Stron zwracamy się z wnioskiem o sformułowanie postanowień dotyczących obowiązku zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Stron w taki sposób by były one dwustronnie zobowiązujące, tj. aby Zamawiający również (w sposób nie mniej restrykcyjny niż Wykonawca) był zobowiązany do nieujawniania informacji poufnych Wykonawcy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian. Przedmiotowe postanowienia umowne są standardowe i mają na celu ochronę know-how, aspektów technicznych oraz organizacyjnych i finansowych Zamawiającego.

**Pytanie 18.**

§ 7 ust. 3 wzoru umowy Zwracamy się z wnioskiem o rozszerzenie katalogu tych informacji o informacje, które podlegać mogą ujawnieniu na żądanie szeroko pojętych instytucji czy organów państwowych.

**Odpowiedź:**

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający modyfikuje zapisy PPU. § 7 ust. 3 PPU otrzymuje brzmienie:

„Obowiązek zachowania poufności, o którym mowa w ust. 1-2 nie ma zastosowania do danych i informacji:

- 1) dostępnych publicznie,
- 2) otrzymanych przez Wykonawcę, zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego bez obowiązku zachowania poufności,
- 3) znanych Wykonawcy bez obowiązku zachowania poufności w momencie ich przekazania przez Zamawiającego,

4) co do których Wykonawca uzyskał pisemną pod rygorem nieważności zgodę Zamawiającego na ich ujawnienie;

5) co do których ujawnienie ma nastąpić zgodnie z wymogami prawa, w tym na wniosek lub wezwanie uprawnionych sądów lub organów, w zakresie i w granicach dozwolonych prawem, na podstawie postanowienia lub wezwania sądu lub decyzji administracyjnej albo w celu dochodzenia roszczeń. ”

Dodatkowo, Zamawiający informuje, że zgodnie z ust. 4 w przypadku skierowania przez uprawniony organ żądania ujawnienia Informacji Poufnych, Wykonawca dokona natychmiastowego powiadomienia Zamawiającego o wystąpieniu takiego żądania i jego okolicznościach towarzyszących.

**Pytanie 19.**

*Zwracamy się z prośbą o zmianę wymogu realizacji zamówienia w przeciągu 14 dni kalendarzowych na wybraną ilość dni roboczych – wykonawca nie ma wpływu na realizację zamówienia w dni wolne od pracy.*

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na propozycję potencjalnego wykonawcy.

Zamawiający pozostawia zapis PPU bez zmian.

**Paweł Oracz**

**Dyrektor**

**Działu Systemów Informatycznych**

*/podpisano elektronicznie/*