

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę do siedziby Zamawiającego fabrycznie nowego nieużywanego oprogramowania komputerowego.

Nr postępowania 33/ITWL/PIIZ2022/PN/2022/D

## WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SWZ)

W związku z pytaniami, jakie wpłynęły do Zamawiającego w dniu 09.12.2022 r., a mianowicie:

**Pyt. 1):** W § 3 ust. 5 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy uregulowano, iż:

„5. W przypadku nieotrzymania oprogramowania lub nieuzyskania dostępu do oprogramowania lub wystąpienia problemów z pobraniem oprogramowania Wykonawca, w terminie 2 dni roboczych (od poniedziałku do piątku) od otrzymania zawiadomienia za pośrednictwem e-mail przez Zamawiającego, dostarczy do siedziby Zamawiającego oprogramowanie na nośniku wraz z wymaganymi kluczami licencyjnymi.” Wnosimy o wydłużenie określonego wyżej terminu dla Wykonawcy na dostarczenie oprogramowania z 2 dni roboczych do 4 dni roboczych. Wniosek podyktowany jest tym, iż w przypadku, gdy Wykonawca nie będzie jednocześnie producentem oprogramowania (co, realnie rzecz ujmując, w przypadku niniejszego zamówienia zawsze będzie miało miejsce), nie zdoła sprostać wymogom zachowania tak krótkiego terminu. W sytuacji ewentualnej konieczności dostarczenia oprogramowania do siedziby Zamawiającego, Wykonawca obarczony obowiązkiem pośredniczenia pomiędzy Zamawiającym a producentem oprogramowania, nie będzie w stanie wywiązać się w 2 – dniowym terminie z tak postawionych wymogów. Mając powyższe na uwadze, wnosimy o wydłużenie przedmiotowego terminu do 4 dni roboczych, licząc od dnia zawiadomienia przez Zamawiającego o potrzebie dostawy oprogramowania.

**Pyt. 2):** W § 3 ust. 6 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy uregulowano, iż:

„6. Licencje pozwalają na przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi/serwerami (np. w przypadku wymiany stacji roboczej/serwera).”

Proponujemy modyfikację zapisu ust. 6 w następujący sposób:

„6. Licencje pozwalają na przenoszenie oprogramowania pomiędzy stacjami roboczymi/serwerami (np. w przypadku wymiany stacji roboczej/serwera) przez okres czasu wskazany w ofercie Wykonawcy.”

Z racji tego, iż Wykonawca, jak wyżej wspomniano, nie jest producentem oprogramowania, nie ma możliwości zapewnienia Zamawiającemu większych uprawnień do przenoszenia oprogramowania niż przewiduje narzucona przez producenta ochrona kontraktowa oprogramowania. W rezultacie, Wykonawca wraz z ofertą złoży specyfikację techniczną oferowanego oprogramowania, z której wynikać będzie zakres ochrony kontraktowej przysługującej z tytułu zakupionej licencji, w tym okres, przez jaki przysługuje uprawnienie do przenoszenia oprogramowania

**Pyt. 3):** W § 3 ust. 7, 8, 9, 10 i 11 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy uregulowano, iż:

„7. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wszelkie wady fizyczne oprogramowania, w przypadku wystąpienia sytuacji o której mowa w ust. 5.

8. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wszelkie wady prawne oprogramowania, w tym również za ewentualne roszczenia osób trzecich wynikające z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

9. Wykonawca zwalnia Zamawiającego od ewentualnych roszczeń osób trzecich wynikających z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

10. Wykonawca gwarantuje Zamawiającemu, że oprogramowanie dostarczone w ramach umowy jest wolne od wad fizycznych i prawnych

11. Wykonawca oświadcza, że posiada pełne prawo do dysponowania licencją na oprogramowanie. Wykonawca zapewnia Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania Producenta i dokumentacji go dotyczącej, na warunkach określonych w umowie licencyjnej Wykonawcy lub innym dokumencie określającym uprawnienia wynikające z nabycia licencji od Wykonawcy. Wraz z licencjami Wykonawca dostarczy dokumenty pozwalające na stwierdzenie legalności zakupionego oprogramowania oraz klucze licencyjne.”

Proponujemy modyfikację powyższych zapisów w sposób następujący:

„7. W przypadku, gdy Wykonawca jest jednocześnie producentem oprogramowania, będzie odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady fizyczne i prawne oprogramowania. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oprogramowania, będzie ponosić odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne oprogramowania, w zakresie o którym mowa w ust. 5. W pozostałym zakresie odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne oprogramowania kształtować się będzie na zasadach udzielonej przez producenta licencji.

8. W przypadku, gdy Wykonawca jest jednocześnie producentem oprogramowania, będzie odpowiedzialny

względem Zamawiającego za wszelkie wady prawne oprogramowania, w tym również za ewentualne roszczenia osób trzecich wynikające z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oprogramowania, odpowiedzialność za wady prawne oprogramowania będzie kształtować się na zasadach udzielonej przez producenta licencji.

9. W przypadku, gdy Wykonawca jest jednocześnie producentem oprogramowania, zwolni Zamawiającego od ewentualnych roszczeń osób trzecich wynikających z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oprogramowania, ochrona Zamawiającego przed ewentualnymi roszczeniami osób trzecich wynikającymi z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będzie kształtowana przez zapisy licencji udzielonej przez producenta.

10. W przypadku, gdy Wykonawca jest jednocześnie producentem oprogramowania, gwarantuje Zamawiającemu, że oprogramowanie dostarczone w ramach umowy jest wolne od wad fizycznych i prawnych. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oprogramowania, odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne oprogramowania, za wyjątkiem wad fizycznych, o których mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu regulowana będzie na zasadach udzielonej przez producenta oprogramowania licencji.

11. Wykonawca oświadcza, że posiada pełne prawo do dostarczenia licencji na oprogramowanie. Wykonawca zapewnia Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania Producenta i dokumentacji go dotyczącej, na warunkach określonych w umowie licencyjnej Producenta lub innym dokumencie określającym uprawnienia wynikające z nabycia licencji od Producenta. Wraz z licencjami Wykonawca dostarczy dokumenty pozwalające na stwierdzenie legalności zakupionego oprogramowania oraz klucze licencyjne."

Należy podnieść, iż proponowane przez Zamawiającego regulacje są niemożliwe do spełnienia w przypadku, gdy dostawę oprogramowania realizować będzie Wykonawca nie będący producentem (twórcą) oprogramowania i dokumentacji go dotyczącej. Jedynie bowiem twórca oprogramowania i dokumentacji go dotyczącej posiada pełnię autorskich praw majątkowych, zatem jest władny dokonywać ewentualnych modyfikacji oprogramowania oraz udzielić licencji na przedmiotowe oprogramowanie. W sytuacji, gdy dostawę realizować będzie pośrednik, zakres jego możliwości ograniczać się może jedynie do przekazania licencji ustanowionej przez twórcę przedmiotowego oprogramowania i dokumentacji. W takim też wypadku przekazywana licencja będzie obejmowała warunki określone przez twórcę oprogramowania i dokumentacji w zakresie odpowiedzialności producenta za wady fizyczne i prawne oprogramowania oraz uprawnień użytkownika licencji w przypadku ewentualnych roszczeń osób trzecich. Wykonawca ze swojej strony nie ma uprawnień do kształtowania zapisów licencji, może jedynie dochować należytej staranności, by dostarczyć oprogramowanie od podmiotu zweryfikowanego na rynku oprogramowania pod kontem jego wiarygodności (na ile istnieje dostęp do takich informacji).

**Pyt. 4):** W § 3 ust. 12 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy uregulowano, iż:

„12. Wykonawca w przypadku ust. 5 z zastrzeżeniem ust. 4, dostarczy przedmiot zamówienia fabrycznie nowy, nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu.”

Proponujemy modyfikację zapisów ust. 12 w sposób następujący:

„12. Wykonawca w przypadku ust. 5 z zastrzeżeniem ust. 4, dostarczy przedmiot zamówienia nieużywany oraz nieaktywowany nigdy wcześniej na innym urządzeniu.”

Proponujemy usunięcie określenia „przedmiot zamówienia fabrycznie nowy”, bowiem sama specyfika takich produktów jak oprogramowanie nie pozwala na rozgraniczenie pojęć oprogramowania nieużywanego od oprogramowania fabrycznie nowego, tym samym produkt nieużywany zawsze pozostanie produktem fabrycznie nowym

**Pyt. 5):** W § 5 ust. 2 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy uregulowano, iż:

„2. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w razie odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, z wyjątkiem wystąpienia sytuacji przedstawionej w art. 456 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Proponujemy modyfikację zapisów ust. 2 w sposób następujący:

„2. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w razie odstąpienia przez którąkolwiek ze Stron od umowy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, z wyjątkiem wystąpienia sytuacji przedstawionej w art. 456 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, Wykonawca będzie uprawniony do żądania zwrotu udokumentowanych kosztów poniesionych do dnia powiadomienia o odstąpieniu w celu realizacji dostawy oprogramowania.”

Mając na uwadze, iż w zapisy § 5 ust. 7 Ogólnych Warunków Umowy przyznają Zamawiającemu uprawnienie do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego ponad kwotę uzyskaną z tytułu naliczonej kary umownej oraz opierając się na zasadzie równości stron, wnosimy o przyznanie analogicznego uprawnienia po stronie Wykonawcy. Dodatkowo, § 5 ust. 1 a) Ogólnych Warunków Umowy przyznaje Zamawiającemu prawo naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy bez względu na to,

która strona dokona odstąpienia. Powołując się na wspomnianą zasadę równości stron, wnosimy o przyznanie Wykonawcy analogicznego uprawnienia, tj. prawa do obciążania Zamawiającego karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy bez względu na to, która strona dokona odstąpienia

**Zamawiający, zgodnie z art. 284 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022r. poz. 1710, 1812, 1933, 2189), zwanej dalej ustawą Pzp, udziela następujących odpowiedzi:**

**Ad. 1): Zgodnie ze zmianą treści SWZ. Zamawiający, na podstawie art. 286 ustawy Pzp zmienia treść SWZ:**

- w § 3 ust. 5 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:  
*„W przypadku nieotrzymania oprogramowania lub nieuzyskania dostępu do oprogramowania lub wystąpienia problemów z pobraniem oprogramowania Wykonawca, w terminie 4 dni roboczych (od poniedziałku do piątku) od otrzymania zawiadomienia za pośrednictwem e-mail przez Zamawiającego, dostarczy do siedziby Zamawiającego oprogramowanie na nośniku wraz z wymaganymi kluczami licencyjnymi”*

- w pkt 2.2 w Załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:  
*„W przypadku nieotrzymania oprogramowania lub nieuzyskania dostępu do oprogramowania lub wystąpienia problemów z pobraniem oprogramowania Wykonawca, w terminie 4 dni od otrzymania zawiadomienia za pośrednictwem e-mail przez Zamawiającego, dostarczy do siedziby Zamawiającego oprogramowanie na nośniku wraz z wymaganymi kluczami licencyjnymi”*

**Ad. 2): Zgodnie ze zmianą treści SWZ. Zamawiający, na podstawie art. 286 ustawy Pzp zmienia treść SWZ:**

W § 3 ust. 6 Załącznika nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:  
*„Licencje pozwalają na przenoszenie oprogramowania pomiędzy stacjami roboczymi/serwerami (np. w przypadku wymiany stacji roboczej/serwera) przez okres czasu zgodnym z licencją producenta oprogramowania.”*

W pkt. 2.3 w załączniku nr 9 Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:  
*„Licencje będą pozwalały na przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi/serwerami (np. w przypadku wymiany stacji roboczej/serwera) przez okres czasu zgodnym z licencją producenta oprogramowania”*

**Ad. 3): Zgodnie ze zmianą treści SWZ. Zamawiający, na podstawie art. 286 ustawy Pzp zmienia treść SWZ:**

- W § 3 ust. 7 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady fizyczne oprogramowania tj. nośnik fizyczny oprogramowania”*

W pkt. 2.4 w załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca będzie odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady fizyczne oprogramowania tj. nośnik fizyczny oprogramowania”*

W § 3 ust. 8 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca gwarantuje i jest odpowiedzialny, że umowa licencyjna producenta oprogramowania zwalnia Zamawiającego od ewentualnych roszczeń osób trzecich wynikających z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.”*

W pkt. 2.5 w załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca zagwarantuje i będzie odpowiedzialny, że umowa licencyjna producenta oprogramowania zwalnia Zamawiającego od ewentualnych roszczeń osób trzecich wynikających z naruszenia praw własności intelektualnej lub przemysłowej, w tym praw autorskich, patentów, praw ochronnych na znaki towarowe oraz praw z rejestracji na wzory użytkowe i przemysłowe, pozostające w związku z wprowadzeniem oprogramowania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.”*

W § 3 ust. 10 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

*„Wykonawca gwarantuje Zamawiającemu, że oprogramowanie dostarczone w ramach umowy jest wolne od wad fizycznych i prawnych w zakresie zgodnym z treścią umowy licencyjnej producenta oprogramowania.”*

W pkt. 2.7 w załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Wykonawca zagwarantuje Zamawiającemu, że oprogramowanie dostarczone w ramach umowy będzie wolne od wad fizycznych i prawnych w zakresie zgodnym z treścią umowy licencyjnej producenta oprogramowania.”

W § 3 ust. 11 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Wykonawca oświadcza, że posiada pełne prawo do dostarczenia licencji na oprogramowanie. Wykonawca zapewni Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania Producenta i dokumentacji go dotyczącej, na warunkach określonych w umowie licencyjnej Producenta lub innym dokumencie określającym uprawnienia wynikające z nabycia licencji od Producenta. Wraz z licencjami Wykonawca dostarczy dokumenty pozwalające na stwierdzenie legalności zakupionego oprogramowania oraz klucze licencyjne.”

W pkt. 2.8 w Załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, który otrzymuje następujące brzmienie:

„Wykonawca oświadczy, że posiada pełne prawo do dostarczenia licencji na oprogramowanie. Wykonawca zapewni Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania Producenta i dokumentacji go dotyczącej, na warunkach określonych w umowie licencyjnej Wykonawcy lub innym dokumencie określającym uprawnienia wynikające z nabycia licencji od Wykonawcy. Wraz z licencjami Wykonawca dostarczy dokumenty pozwalające na stwierdzenie legalności zakupionego oprogramowania oraz klucze licencyjne.”

**Zapis w § 3 ust. 9 w Załączniku nr 8 do SWZ Ogólnych Warunków Umowy oraz zapis w pkt 2.6 w Załączniku nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia zostają wykreślone.**

**Ad. 4):** Nie, zgodnie z SWZ.

**Ad. 5):** Nie, zgodnie z SWZ, Zamawiający może odstąpić jedynie na zasadach i warunkach przewidzianych w art. 456 ustawy Pzp.

**Prosimy o uwzględnienie niniejszego wyjaśnienia i zmiany treści SWZ przy opracowywaniu oferty.**

KIEROWNIK  
DZIAŁU PRZETARGÓW I ZAOPATRZENIA  
Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych  
mgr inż. Marek GROBELNY  
.....  
/podpis/