

# GMINA AUGUSTÓW

ul. Mazurska 1 C  
16-300 Augustów  
Zamawiający:

Augustów, dnia 9 listopada 2021r.

**Gmina Augustów**

**ul. Mazurska 1c**

**16-300 Augustów**

**-wszyscy wykonawcy-**

**-strona internetowa zamawiającego-**

OI.271.1.2021

## Wyjaśnienie treści SWZ

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, zgodnie z przepisami art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na: **Dostawa oprogramowania eUsług oraz sprzętu wraz z usługą wdrożenia dla Gminy Augustów.**  
(nazwa zamówienia)

## WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego:

### [SWZ]

1. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Wzór Umowy. W § 1 zawarto zapisy dot. zgłoszeń, w tym definicję czasu reakcji, czyli czasu, w którym zgłoszenie ma być zarejestrowane oraz czasu naprawy. Jednak w definicji czasu naprawy napisano, że czas naprawy liczony jest od momentu zgłoszenia, co kłóci się z definicją czasu reakcji. Skoro od momentu zgłoszenia do momentu rejestracji dysfunkcji jest liczony tzw. czas reakcji, to czas naprawy nie może być liczony od momentu zgłoszenia, lecz od momentu rejestracji. Prosimy o zmianę definicji czasu naprawy na „Czas Naprawy - okres od rejestracji Dysfunkcji do przywrócenia Systemu do stanu sprzed jej zgłoszenia szczegółowo opisany w Załączniku nr 3 do umowy.”.
2. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia. W rozdziale Gwarancja – minimalne wymagania zawarto czasy realizacji zgłoszeń, które różnią się od zdefiniowanych w Załączniku nr 3 do umowy. Prosimy o informację, które zapisy są obowiązujące?
3. Dotyczy: załącznika nr 11 do SWZ, Wzór Umowy oraz Załącznika nr 3 do umowy. Zawarto tam zapis „Zamawiający zostanie poinformowany pisemnie przez Wykonawcę o ustalonych przyczynach wystąpienia Dysfunkcji celem uniknięcia w przyszłości podobnych zdarzeń.”. Prosimy o potwierdzenie, że formą pisemną jest też mail oraz informacja na portalu do obsługi zgłoszeń.
4. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Migracja danych do zintegrowanego systemu dziedziczonego. Zamawiający zawarł tam zapisy:

- 1) Migracji danych podlegają również dane historyczne, tj. dane, które nie są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania Systemu w aktualnym okresie rozliczeniowym (roku) oraz w aktualnie obowiązującym otoczeniu prawnym.
- 2) Migracja danych w zakresie systemów podatkowych powinna dodatkowo objąć także okres 5 lat wstecz wraz z danymi dotyczącymi naliczonych podatków oraz wystawionych decyzji podatkowych, tak aby umożliwić wystawianie decyzji zmieniających za lata ubiegłe oraz prawidłowe ich ujęcie w sprawozdaniu dotyczącym skutków obniżenia stawek podatków.

Zwracamy uwagę, że standardowo dane historyczne nie podlegają migracji ze względu na fakt ich dostępności w poprzednich systemach. Dodatkowo należy wspomnieć, że lata księgowe w części podatkowej i finansowej są zamykane właśnie po to, aby ingerencja w te dane nie była możliwa. W takim wypadku prosimy o informację, czy Zamawiający potwierdzi spełnienie tego wymagania, jeżeli Wykonawca nie zmigruje danych historycznych, ale umożliwi wystawienie decyzji za lata ubiegłe w taki sposób, że możliwe będzie wprowadzenie decyzji za lata ubiegłe z dowolną, wyliczoną przez operatora kwotą wymiaru?

5. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Przygotowanie i dostarczenie dokumentacji projektowej oraz powykonawczej. Zamawiający zawarł tam zapis, wg którego dokumentacja administratora powinna zawierać "niezbędne loginy, hasła, kody dostępu, itp.". Przechowywanie loginów i haseł w jakiegokolwiek dokumentacji użytkowej odbiega od standardów bezpieczeństwa informacji. Tego typu dane nie powinny być zawarte w dokumentacji, lecz w oddzielnym zasobie (np. złożone w jednym, wyznaczonym przez Administratora Danych miejscu), do którego dostęp (szyfrowany) ma administrator systemu i Administrator Danych. Prosimy o usunięcie tego zapisu. Wszelkie hasła na etapie wdrożenia mogą być przekazane Zamawiającemu, jednak powinny być od razu zmienione przez Zamawiającego i złożone do przechowania w bezpiecznym miejscu.
6. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wymaga dostawy:
  - 1) Systemu Dziedziny, jeżeli Wykonawca nie skorzysta z opcji modernizacji, 2) systemu EZD.

W specyfikacji brakuje kluczowych informacji o infrastrukturze Zamawiającego, na której te trzy systemy mają działać. Prosimy o podanie specyfikacji serwera (z możliwością wirtualizacji) lub serwerów, na których Wykonawca ma zainstalować dostarczane systemy. Z naszej strony rekomendujemy instalację każdego systemu na odrębnym serwerze fizycznym lub instalację na różnych maszynach wirtualnych, jeżeli w posiadaniu jest jeden serwer fizyczny, jednak musi on być wystarczający do uruchomienia tam dwóch wirtualnych maszyn do obsługi złożonych systemów.

7. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział „Wymagania funkcjonalne – obszar kontrahenci, interesanci, mieszkańcy”. Zamawiający zawarł tam wymaganie „Moduł musi umożliwiać prowadzenie pełnego rejestru kontrahenta w zakresie danych zgodnie z rejestrami: KRS i CEIDG”. Prosimy o sprecyzowanie, co kryje się pod pojęciem pełnego rejestru kontrahenta zgodnego z KRS i CEIDG? Z naszego doświadczenia wynika, że po to istnieją wspomniane rejestry, aby z nich korzystać w przeznaczony sposób, a rejestr kontrahentów w systemach dziedziny ma przede wszystkim spełniać wymagania

użytkowników systemu i jego przeznaczenia. I tak np. rejestr kontrahentów w systemie finansowo-podatkowym ma zapewnić taki zakres danych, aby umożliwić wymiar podatki i jego windykację. Prosimy o wykreślenie tego zapisu, gdyż jest zbyt ogólny, ew. prosimy o dokładne określenie zakresu wymaganych pól.

8. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Wymagania funkcjonalne - obszar finanse i księgowość, księgowanie zobowiązań. Zamawiający zawarł tam zapis „Możliwość automatycznego przeksięgowania obrotów pomiędzy kontami księgowymi”. Prosimy o informację, czy przeksięgowania obrotów, wskazane przez Zamawiającego, dotyczą przeksięgowania, które wykonuje się na koniec roku księgowego (przykładowo konta zespołu 4 na konto 860)?
9. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział Wymagania funkcjonalne - obszar finanse i księgowość, księgowanie zobowiązań. Zamawiający zawarł tam zapis „Możliwość kopiowania całych dokumentów bądź wybranych pozycji z dokumentu, zarówno z roku bieżącego jak i z roku poprzedniego”. Pragniemy poinformować, że realizacja takiego wymogu nie jest zasadna ze względu na fakt zamykania lat księgowych, kopiowanie danych z zamkniętych lat nie powinno mieć miejsca. Dodatkowo należy wskazać, że w różnych latach księgowych może być różny plan kont i dokument z jednego roku może nie mieć kont księgowych w innym roku. Dalej: może to być dokument, którego rodzaj może nie istnieć w roku, do którego ma zostać wklejony. Takie rozbieżności mogą wynikać z polityki rachunkowości, której zapisy mogą się zmieniać i zwykle zmiany te są wprowadzane na przełomie roku. Dlatego prosimy o zmianę tego zapisu na następujący: „Możliwość kopiowania całych dokumentów bądź wybranych pozycji z dokumentu z roku bieżącego”.
10. Dotyczy załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział dot. migracji. Zamawiający nie wspominał, jakiego systemu dziedzicznego używa obecnie. A jest to niezbędne do oszacowania realizacji przedmiotu zamówienia. Prosimy o odpowiednią informację wraz z opisem, jakie opłaty są prowadzone w tym systemie. Jest to o tyle istotne, że w systemach tej klasy można dodawać dowolne opłaty, zdefiniowane ad hoc przez użytkownika systemu, więc taka informacja jest kluczowa pod kątem wykonania migracji.
11. Dotyczy załącznika nr 10 do SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, rozdział dot. migracji. Prosimy o informację, czy obecny system dziedziczny Zamawiającego rozbija wpłaty na łączne Zobowiązania Pieniężne na poszczególne rodzaje podatków? Jest to bardzo ważna część ewentualnej migracji i jest niezbędna do jej wyceny.
12. Dotyczy: załącznika nr 10 do SWZ, rozdział Opracowanie i uruchomienie e-usług na platformie ePUAP oraz na portalu Cyfrowego Urzędu. Zamawiający zawarł tam zapis „Zamawiający nie dopuszcza podlinkowania e-Uслуг z ePUAP, jednocześnie Zamawiający wymaga aby e-Uслуги uruchamiane na portalu posiadały mechanizmy automatycznej replikacji na platformę ePUAP”. Prosimy o wyjaśnienie, jak taka replikacja miałaby wyglądać w praktyce?
13. Dotyczy: SWZ pkt. IV. Przedmiotowe Środki dowodowe : Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) W celu potwierdzenia zgodności oferowanych parametrów, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), Zamawiający wymaga przedłożenia Specyfikacji technicznych w języku polskim, lub innym języku z tłumaczeniem na język polski, poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, umożliwiające ich weryfikację. Wykonawca w dostarczonych dokumentach wskaże, której pozycji lub elementu dotyczy. W przypadku braku któregoś z parametrów w firmowych materiałach informacyjnych, Wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia tych

danych stosownym oświadczeniem, podpisanym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy (co do zasady, oświadczenie nie dotyczy parametrów kluczowych, które np. potwierdzają główną funkcjonalność sprzętu).

Pytanie: Czy Zamawiający żąda przedstawienia specyfikacji technicznych również w odniesieniu do zamawianego oprogramowania, czy jedynie w odniesieniu do sprzętu informatycznego?

Pytanie 1

§1 ust. 7 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Załącznik nr 3 – szczegółowy opis warunków gwarancji na usługę wdrożenia, Słownik pkt 4

Zgodnie z §1 ust. 7 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Dysfunkcja – zbiorcze określenie dla nieprawidłowości rozumianych jako niezgodność z Dokumentacją lub też uciążliwość w pracy z Systemem”.

W imię zasady przejrzystości oraz wobec niejasności określenia „uciążliwość w pracy z Systemem”, Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę aktualnego brzmienia §1 ust. 7 Załącznika nr 11 oraz pkt 4 Słownika – Załącznika nr 3 do SWZ na następujące brzmienie: „Dysfunkcja – nieprawidłowe działanie Oprogramowania. W szczególności Dysfunkcją jest działanie Oprogramowania niezgodnie z Dokumentacją”.

Pytanie 2

§3 ust. 1 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

W jakiej formie Zamawiający przewiduje realizowanie obowiązku wzajemnego powiadamiania, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy?

Pytanie 3

§3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji należytego Wykonania Umowy z wykorzystaniem opinii zewnętrznego podmiotu nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §3 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące: : „Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie

wykonywania przedmiotu Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jednak nie będących podmiotami wykonującymi działalność konkurencyjną wobec działalności Wykonawcy, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli.”

#### Pytanie 4

§5 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §5 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „W przypadku naliczenia przez Zamawiającego kar, o których mowa w § 18, Zamawiający dokona potrącenia należnej kwoty z faktury wystawionej przez Wykonawcę, a Wykonawca wyraża na to zgodę.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę, że wprowadzenie przedmiotowego postanowienia jest sprzeczne z zasadą ekwiwalentności, równości i zasadą przejrzystości, stojących u podstaw postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadza niedopuszczalne zachwianie uprawnień stron w zakresie wynikającym z możliwości narzucenia przez Zamawiającego odgórnie kary umownej, nawet przy braku ziszczenia się podstawowego warunku jakim jest wina Wykonawcy. Wykonawca pozbawiony zostaje tym samym możliwości wykazania przed Zamawiającym, że konkretne okoliczności zaistniały z przyczyn przez niego niezawinionych, a co za tym idzie brak jest postaw do naliczenia kary.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w tym zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. I CSK 748/12, nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Tym samym wobec nadmiernej arbitralności, jaką omawiane postanowienie wprowadza po stronie Zamawiającego oraz wobec jego niezgodności z prawem, Wykonawca wnioskuje o usunięcie § 5 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy.

#### Pytanie 5

§11 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §11 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy.”

W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na treść art. 563 k.c., który ma odpowiednie zastosowanie do zawieranej pomiędzy Stronami Umowy. Na podstawie wskazanego przepisu, przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a



w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu.

Mając na uwadze regulację kodeksu cywilnego oraz ogólnych reguł obowiązujących przy umowach zawieranych pomiędzy podmiotami profesjonalnymi, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o zmodyfikowanie aktualnego brzmienia §11 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące tak by pozostawało w zgodzie z zacytowaną wyżej regulacją Kodeksu cywilnego:

„Dokonanie odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po wykonaniu Umowy. Zamawiający zbada Przedmiot Umowy i poinformuje Wykonawcę o wykrytej wadzie Przedmiotu Umowy niezwłocznie po jej stwierdzeniu w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności czynności. Brak dochowania wymogu niezwłoczności zgłoszenia wady Przedmiotu Umowy skutkuje utratą uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi.”

Pytanie 6

§ 12 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z § 12 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ „W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wywołującym skutek wyłącznie w stosunku do jej części, gwarancja w zakresie części przedmiotu Umowy nieobjętej skutkiem odstąpienia rozpoczyna bieg od momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu i trwa przez okres wymagany w Umowie”.

Wykonawca wnosi o zmianę aktualnego brzmienia §12 ust. 13 Załącznika nr 11 do SWZ – Umowa na następujące brzmienie:

„W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wywołującym skutek wyłącznie w stosunku do jej części , gwarancja w zakresie części przedmiotu Umowy nieobjętej skutkiem odstąpienia biegnie dalej i trwa przez okres wymagany w Umowie”.

Pytanie 7

§ 14 ust. 1 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Czy do Wykonawcy należy wybór czy przekaże majątkowe prawa autorskie czy udzieli licencji do korzystania ze wszystkich dóbr własności intelektualnej wykonanych lub dostarczonych w ramach Umowy? Ewentualnie Wykonawca wnosi o doprecyzowanie § 14 ust. 1 wzoru umowy poprzez dodanie na końcu analizowanego postanowienia, że: do Wykonawcy należy wybór formy przekazania praw własności intelektualnej do Przedmiotu Umowy.

Pytanie 8

§14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta

Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania.”

Biorąc pod uwagę poufność oraz tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie treści omawianego postanowienia, w taki sposób, by prawo do weryfikacji zgodności z wymogami określonymi przez producenta Oprogramowania nie było realizowane przez podmiot konkurencyjny wobec Wykonawcy – powyższe z uwagi na ryzyko ujawnienia wskazanych tajemnic prawnie chronionych i ogromne ryzyko biznesowe Wykonawcy.

Tym samym Wykonawca prosi o zmianę aktualnego brzmienia §14 ust. 9 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące: „Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania, jednak Zamawiający nie będzie zwracać się w tym celu do podmiotów świadczących działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy.”

#### Pytanie 9

§17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Niezależnie od postanowień poprzednich punktów, Wykonawca zezwala Zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych utworach. Wiedza ta może być wykorzystana w dowolny sposób przez Zamawiającego teraz i w przyszłości, w tym m.in. przekazana przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym.”

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.), czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 u.z.n.k).

Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.)

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o wykreślenie §17 ust. 11 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy jako niezgodnego z przepisami prawa powszechnie obowiązującego – wykorzystanie przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy do której należy m.in. wiedza techniczna i organizacyjna Wykonawcy, a w szczególności przekazanie jej przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który podlega sankcjom z art. 18 u.z.n.k.

#### Pytanie 10

§17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z brzmieniem §17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe i niewypowiadalne prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.
13. W przypadku gdyby postanowienie o niewypowiadalności licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne przewidziane w poprzednim ustępie okazało się nieskuteczne lub nieważne, a Wykonawca byłby uprawniony do wypowiedzenia licencji, Strony uzgadniają dla Wykonawcy 10-letni (słownie: dziesięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.
14. Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem nieważności i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzeszania dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.
15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.



16. Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że podmiot trzeci nie wypowie udzielonych licencji. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.
17. W przypadku gdy Wykonawca lub podmiot trzeci, mimo zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, wypowie licencję, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego, na jego żądanie, kwoty odpowiadającej sumie opłaty licencyjnej za Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne określonej w Umowie oraz rzeczywiście poniesionych przez Zamawiającego kosztów zapewnienia (w tym uzyskania licencji i wdrożenia) rozwiązania zastępczego, umożliwiającego dalszą eksploatację Systemu.
18. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Oprogramowania Dedykowanego, Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.”

W tym miejscu wskazuję, iż przeważający w doktrynie pogląd o braku możliwości wyłączenia „wypowiadalności” licencji udzielonej na czas nieoznaczony wynika z wykładni przepisu art. 68 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w powiązaniu z normą art. 365<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 kodeks cywilny (dalej: k.c.) Pierwszy z przepisów stanowi, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Niemniej jednak norma art. 365<sup>1</sup> k.c. – mająca zastosowanie do wszelkich zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym – skutkuje uznaniem, że postanowienie licencji zawartej na czas nieoznaczony, wyłączające lub ograniczające uprawnienie do jej wypowiedzenia, byłoby postanowieniem nieważnym. W konsekwencji umowa licencyjna nie pozwala na zagwarantowanie obowiązkowi stron utrzymywania licencji w sposób trwały, nieograniczony w czasie.

W doktrynie ponadto podkreśla się, że wieloletnie terminy wypowiedzenia zmierzają wprost do obejścia prawa, a sądy powszechnie orzekające na temat takich stanów faktycznych uznają wieloletnie terminy wypowiedzenia za nieważne, skutkiem czego zastosowanie mają wówczas przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych – zatem zgodnie z art. 68 ust. 1 powołanej ustawy, gdy licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca (Wykonawca) może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §17 ust. 12- 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące brzmienie:

#### „WYPOWIEDZENIE LICENCJI

12. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie z Standardowego Oprogramowanie Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.

13. Strony uzgadniają dla Wykonawcy 5-letni (słownie: pięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.
14. Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w szczególności gdy Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie zostanie wystosowane w formie pisemnej i zawierać będzie zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wskazanych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.
15. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.
16. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.
17. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Oprogramowania Dedykowanego, Dokumentacji oraz innych Utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji."

#### Pytanie 11

§ 18 ust. 4 Załącznika nr 10 do SWZ – Wzór umowy

Czy zgodnie z § 18 ust. 4 umowy Zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy przewiduje oprócz naliczenia kary umownej za odstąpienie od umowy naliczenie dodatkowo kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy? Z utrwalonej linii orzeczniczej wynika, że po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy.

Wobec powyższego, Wykonawca wnosi o dodanie do § 18 ust. 4 umowy następującego zdania: „(...) W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego nie jest on uprawniony do kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy”.

#### Pytanie 12

§18 ust. 1 pkt 1) lit. c Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z §18 ust. 1 pkt 1) lit. c Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust.1”.

Taki sposób określenia zasad odpowiedzialności narusza równowagę kontraktową stron w nadmiernym stopniu. Na podstawie tak sformułowanej klauzuli Wykonawca przejmuje na siebie w zasadzie wszystkie ryzyka, jakie mogą wystąpić w procesie realizacji Umowy i uniemożliwić jej terminową realizację. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności i negatywnych następstw

zdarzeń, które nie są zależne od jego woli, a mieścić się będą według stanowiska Zamawiającego w nieostrym pojęciu „okoliczności leżących po stronie Wykonawcy”.

W orzecznictwie KIO skutecznie kwestionowana jest treść SWZ w zakresie w jakim przewiduje ona zamieszczenie we wzorze umowy klauzuli wiążącej kary umowne z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada, uznając to za przejaw naruszenia przepisów KC (art. 353<sup>1</sup> – zasada swobody umów, art. 5 – nadużycie prawa podmiotowego) oraz PZP (art. 7 i 29 – zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców) – tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 maja 2014 r., sygn. KIO 923/14.

Zgodnie z wnioskami Raportu Urzędu Zamówień Publicznych z marca 2018 r., dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Od stron umowy o zamówienie publiczne wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości.

Wobec niejednoznacznego rozumienia zacytowanego postanowienia („przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” która to przesłanka obejmuje również stany faktyczne niezawinione przez Wykonawcę) Wykonawca proponuje zmianę dotychczasowego brzmienia §18 ust. 1 pkt 1 lit. c Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust.1 Umowy. W przypadku odstąpienia od części Umowy kara umowna będzie zmniejszona proporcjonalnie do zakresu Umowy zrealizowanego przez Wykonawcę – 10% wynagrodzenia brutto proporcjonalnie do zakresu Umowy, od którego Zamawiający odstąpił z winy Wykonawcy”.

### Pytanie 13

§18 ust. 1 pkt 1 lit. a,b, d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę wysokości kar umownych określonych we wzorze umowy. Zdaniem Wykonawcy kara umowna określona w §18 ust. 1 pkt 1 lit. a,b, d jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z §18 ust. 1 pkt 1 lit. a, b, d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy, „Strony zgodnie oświadczają, że stosowanie kar umownych przyjmują w oparciu o Kodeks cywilny w taki sposób, że:

- 1) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
  - a) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,
  - b) jeżeli czynności zastrzeżone dla osób wymienionych w § 9 ust. 3 będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdą niezaakceptowaną przez Zamawiającego osobę,

d) za niedochowanie Czasu Naprawy wskazanego w załączniku nr 3 do Umowy:

- w odniesieniu do Stanu Krytycznego – 50,00 PLN za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki;
- w odniesieniu do Awarii – 50,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- w odniesieniu do Błędu – 20,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;  w odniesieniu do Usterki – 10,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

Ze względu na nieuzasadnioną wysokość kar umownych i w związku z okolicznością, iż istnieje ryzyko, że kwota zaproponowanej przez Zamawiającego kary umownej uznana zostanie za rażąco wygórowaną, Wykonawca w celu usunięcia powstałych wątpliwości zwraca się z prośbą o zmianę dotychczasowego brzmienia §18 ust. 1 pkt 1 lit. a, b, d Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- a) za zwłokę Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień roboczy zwłoki,
- b) jeżeli czynności zastrzeżone dla osób wymienionych w § 9 ust. 3 będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego - w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1, za każdą niezaakceptowaną przez Zamawiającego osobę,
- c) za niedochowanie Czasu Naprawy wskazanego w załączniku nr 3 do Umowy:
  - w odniesieniu do Stanu Krytycznego – 25,00 PLN za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki;
  - w odniesieniu do Awarii – 25,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki ;
  - w odniesieniu do Błędu – 15,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki Wykonawcy;
  - w odniesieniu do Usterki – 5,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki .”

Pytanie 14

§ 18 ust. 3 - Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z § 18 ust. 3 Załącznika nr 11 do SWZ „Maksymalna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit a-c i d nie może wynieść więcej niż 50% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 nie może wynieść 50% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy”.

Wykonawca wnosi o obniżenie wskazanego progu z proponowanych 50% do 20% wynagrodzenia umownego brutto, o jakim mowa w § 5 ust. 1 Umowy.

Pytanie 15

§ 18 ust. 2 - Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 18 ust. 2:

„Jeżeli kara umowna nie pokrywa szkody, Zamawiający ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym do wysokości poniesionej szkody.

Wykonawca proponuje następującą treść § 18 ust. 2

„Jeżeli kara umowna nie pokrywa szkody, Zamawiający ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”.

Celem takiego doprecyzowania jest wyłączenie z interpretacji sytuacji dochodzenia odszkodowania za utracone korzyści zamawiającego.

Pytanie 16

§ 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie, że w zakresie wszelkich wymienionych kar umownych chodzi o dni robocze.

Pytanie 17

§ 18 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Wykonawca zwraca się o potwierdzenie, czy w zakresie wszelkich kar umownych określonych w tym paragrafie, w przypadku wymienionej wysokości wynagrodzenia, chodzi o wynagrodzenie brutto.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, Wykonawca wnosi o zmianę polegającą na tym, że wszelkie kary umowne określone w Umowie, w tym w szczególności w tym paragrafie będą obliczane od wartości netto wynagrodzenia. Należy wskazać, że sama kara umowna nie podlega opodatkowaniu podatkiem VAT, ponieważ nie stanowi ona ani dostawy towaru ani wykonania usługi. Ponadto na karę umowną nie wystawia się faktury, lecz notę księgową, tak więc nieuzasadnione jest odwoływanie się do kwoty brutto wynagrodzenia.

Pytanie 18

§ Przetwarzanie danych osobowych

Czy Zamawiający w ramach realizacji umowy planuje powierzać Wykonawcy do przetwarzania dane osobowe. Jeżeli Zamawiający przewiduje powierzenie Wykonawcy przetwarzanie danych osobowych, w umowie powinny znaleźć się odpowiednie postanowienia dotyczące m.in. celu, zakresu i sposobu przetwarzania powierzonych danych (obecnie brak takich postanowień w umowie), ewentualnie powinien być udostępniony odrębny wzór umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Wykonawca wnosi o udostępnienie wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.



Pytanie 19

§ 17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy

Zgodnie z § 17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy „ Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne) oraz przedsiębiorstwa i spółki prawa handlowego, w których Zamawiający posiada akcje lub udziały).

Przy tak sformułowanym postanowieniu Wykonawca nie jest w stanie oszacować ilości potrzebnych licencji dla nieokreślonego kręgu podmiotów oraz liczby użytkowników.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację aktualnego brzmienia §17 ust. 20 Załącznika nr 11 do SWZ – Wzór umowy na następujące brzmienie:

„ Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: Zamawiającego i tworzone przez niego jednostki organizacyjne, instytucje kultury, a także inne samorządowe osoby prawne).

**Zamawiający informuje, że na podstawie art. 255 ust.6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) unieważnił w dniu 09.11.2021r. przedmiotowe postępowanie z uwagi na to, iż omyłkowo nie wstawiono ogłoszenia o zamówieniu na miniportal.uzp.gov.p. Zamawiający w dniu 09.11.2021r. ogłosił nowe postępowanie Nr OI.271.2.2021r. na zadanie pn.: Dostawa oprogramowania eUsług oraz sprzętu wraz z usługą wdrożenia dla Gminy Augustów.**

**WÓJT**

*mgr inż. Zbigniew Buksiński*