

ZAMAWIAJĄCY:

Sąd Rejonowego w Tomaszowie Lubelskim
ul. Lwowska 55
22-600 Tomaszów Lubelski

DOTYCZY:

Adm-041-9/20

Zaproszenia do składania ofert *na usługę dostawy oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na potrzeby Sądu Rejonowego w Tomaszowie Lubelskim w okresie od 01 stycznia 2021 roku do 31 grudnia 2021 roku.*

W związku z wpływieniem zapytania do oferty *na usługę dostawy oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na potrzeby Sądu Rejonowego w Tomaszowie Lubelskim w okresie od 01 stycznia 2021 roku do 31 grudnia 2021 roku* uprzejmie udzielam wyjaśnień.

Pytanie 1

Zamawiający w § 6 ust. 7 pkt 2 projektu umowy wymaga naprawy dowolnego błędu programu w przeciągu 2 dni. Wykonawca, poprzez testy jednostkowe, automatyczne i manualne, dokłada wszelkich starań, żeby dostarczony produkt nie posiadał żadnych błędów. Niestety ze względu na praktycznie nieograniczoną różnorodność instalacji na urządzeniach użytkowników może zdarzyć się, że kolejna aktualizacja Systemu Informacji Prawnej może posiadać drobne usterki dla nietypowej konfiguracji użytkownika. Znalazienie i naprawa takiego błędu zajmuje najczęściej więcej niż 2 dni, a często wymaga współpracy z administratorami sieci Zamawiającego. Wymóg 2 dni na naprawę jest całkowicie uzasadniony dla błędów krytycznych, ale Wykonawca prosi o wydłużenie tego terminu do 5 dni roboczych dla usterek i błędów niekrytycznych.

Odpowiedź do pytania 1:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy zawartych w § 6 ust. 7 pkt 2.

Pytanie 2:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie postanowienia ograniczającego odpowiedzialność Wykonawcy do wysokości połowy 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 części wartości umowy.

W celu realizacji ww. postulatu Wykonawca proponuje naniesienie stosownych zmian treści do:

- § 2 ust. 13 poprzez nadanie mu brzmienia „Wykonawca odpowiada za szkody powstałe po stronie Zamawiającego na skutek istnienia wad dostarczonego oprogramowania na zasadach ogólnych, do wysokości połowy wartości umowy brutto”;

- § 7 ust. 7 poprzez nadanie mu brzmienia: „Odstąpienie od umowy i/lub wypowiedzenie umowy winno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Jednocześnie zastrzega się, że wysokość wszystkich odszkodowań i kar umownych ograniczona jest do połowy wartości brutto umowy”.

Odpowiedź do pytania 2:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy.

Dodatkowo wyjaśnia, że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za wady oprogramowania innych producentów. Zaoferowany produkt (SIP) musi współpracować z oprogramowaniem wskazanym w Wymaganiach dla Systemu Informacji Prawnej (załącznik Nr 1 do zaproszenia ofertowego) a mianowicie:

- *Dostęp do Systemu Informacji Prawnej realizowany będzie przez przeglądarkę internetową (WWW) oraz zgodną z przeglądarką Microsoft Edge wersja 85 oraz Google Chrome wersja 85 lub nowszą, poprzez publiczną sieć Internet.*

Wykonawca jest zobowiązany, żeby zaoferowany przez niego produkt działał na ww. przeglądarkach internetowych poprzez publiczną sieć Internet.

Szczegółowy wykaz wymagań sprzętowych pozwalających na uruchomienie SIP znajduje się na 2 stronie załącznika nr 1 do zaproszenia ofertowego **Wymagania dla Systemu Informacji Prawnej dla „Wersji On Line (Internet) – no-limit”**.

Pytanie 3:

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”.

Odpowiedź do pytania 3:

Zamawiający nie zgadza się na tą zmianę, ponieważ regulamin dotyczy konkretnego Wykonawcy i może dyskryminować innych Wykonawców. Dodatkowo wyjaśniamy, że używane loginy w postaci adresów e-mail użytkowników będą adresami służbowymi pracowników Zamawiającego a nie adresami e-mail prywatnymi.

Pytanie 4:

Wykonawca zwraca uwagę, że prawa i obowiązki związane z udzieleniem Zamawiającemu licencji na dostęp do oprogramowania, zostały sprecyzowane w samym projekcie umowy a nadto są one jeszcze dokładniej określone w treści OWU, o którym mowa w pytaniu poprzedzającym. Stąd zdaniem Wykonawcy zawieranie odrębnej „umowy licencyjnej” nie ma racji bytu. Wykonawca wnosi zatem o usunięcie z projektu umowy § 3 ust. 1. W razie braku zgody Zamawiającego Wykonawca zapytuje czy Zamawiający nie oczekuje tak naprawdę nie „umowy licencyjnej” a dokumentu licencji, tj. dokumentu, w którym Wykonawca wyspecyfikuje warunki licencji i dostarczenie takiego dokumentu zaspokoi oczekiwania Zamawiającego przewidziane w § 3 ust. 1.

Odpowiedź do pytania 4:

Zamawiający nie usunie zapisu § 3 ust. 1 w projekcie umowy. Zamawiający oczekuje „umowy licencyjnej” (formy nie określamy, może być również elektroniczna lub zawarta na stronie producenta), która pozwoli w sposób zgody z prawem korzystać z oprogramowania (dostępu do oprogramowania) zaoferowanego przez Wykonawcę.

Pytanie 5:

Nadto, w razie negatywnej odpowiedzi Zamawiającego na prośbę o usunięcie z projektu umowy § 3 ust. 1, Wykonawca prosi Zamawiającego o potwierdzenie czy dobrze interpretuje, iż dla wypełnienia obowiązku tam przewidzianego w zakresie przekazania pełnej instrukcji użytkownika i administratora SIP, wystarczy udostępnienie przez Wykonawcę instrukcji dostępnej dla wszystkich użytkowników z poziomu samego programu. Wykonawca nie praktykuje bowiem udostępniania użytkownikom dokumentacji w wersji papierowej.

Odpowiedź do pytania 5:

Tak wystarczy udostępnienie instrukcji dostępnej dla wszystkich użytkowników z poziomu samego programu.

Pytanie 6:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wyłączenie uprawnień z tytułu rękojmi, o których mowa w § 6 ust. 4 projektu umowy. Tego rodzaju wyłączenie stosowane jest przez niemal wszystkich dostawców i producentów w odniesieniu do oprogramowania komputerowego. Jednocześnie podkreślić należy, że dość powszechnie w doktrynie prawa cywilnego kwestionuje się możliwość stosowania rękojmi do udostępniania programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

- w przypadku udzielenia licencji na program komputerowy nie mamy do czynienia z umową sprzedaży;
- oprogramowanie nie jest rzeczą;
- 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 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.

Odpowiedź do pytania 6:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy zawartych w § 6 ust. 4 i nie wyłączy uprawnień z tytułu rękojmi.

Pytanie 7:

Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o usunięcie z § 6 ust. 5 projektu umowy możliwości zgłaszania awarii programu faksem. Obecnie, z uwagi na postęp technologiczny, jak również zmieniającą się dynamicznie sytuację epidemiczną w Polsce i podyktowane nimi powszechne odchodzenie od form komunikacji z wykorzystaniem papieru, wykonawcy - w tym wykonawca

kierujący ww. prośbę do Zamawiającego - nie korzystają z takich urządzeń jak faks. Nie ma również prawnego obowiązku posiadania tego rodzaju urządzenia i zapewnienia takiej formy komunikacji.

Odpowiedź do pytania 7:

Faks jest podany jako jedno z możliwych źródeł komunikacji. Jeżeli Wykonawca nie poda tego źródła to Zamawiający nie wpisze go do umowy wykonawczej (nie będzie to miało wpływu na badanie oferty). Zamawiający nie zmieni zapisów umowy zawartych w § 6 ust. 5 ale nie wymaga od Zamawiającego podawania nr faksu, jeżeli takim urządzeniem nie dysponuje lub nie chce w takiej formie kontaktować się z Zamawiającym.

Pytanie 8:

§ 7 ust. 4 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 § 7 ust. 4 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 do pytania 8:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy. Dodatkowo informuje, że §6 ust. 5 określa sposób zgłaszania wad lub nieprawidłowości w działaniu SIP Wykonawcy (również drogą elektroniczną e-mail lub telefoniczną lub faksem), a Wykonawca na usunięcie usterek ma czas wskazany w §6 ust. 7 i 8 umowy.

Pytanie 9:

Z uwagi na fakt, że kary umowne przewidziane w projekcie umowy naliczane są od całkowitej wartości wynagrodzenia umownego i zdaniem Wykonawcy są stosunkowo wysokie porównując je do standardów rynkowych, Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą do Zamawiającego o ich zmniejszenie o połowę.

Odpowiedź do pytania 9:

Zamawiający nie zmniejszy kar umownych.

Pytanie 10:

Wykonawca wskazuje na nadmierną restrykcyjność postanowienia § 7 ust. 2 projektu umowy. Zdaniem Wykonawcy postanowienia te są nadmiernie restrykcyjne, bowiem zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką rynkową wykonawcom należy dać możliwość usunięcia zgłoszonych uchybień (z których czasem nie zdają sobie oni sprawy), zanim ich klienci skorzystają ze stosownych uprawnień nakierowanych na odstąpienie od umowy. Nadmierna restrykcyjność ww. postanowienia wynika również z tego, że przewidziane w nich prawo do odstąpienia może nastąpić w przypadku każdego przypadku nienależytego wykonania umowy bez względu na istotność takiego uchybienia dla Zamawiającego, zawinienie Wykonawcy itd.

Wykonawca wnosi zatem o dodanie do § 7 ust. 2 projektu umowy postanowienia o treści:

„Przed skorzystaniem z tego uprawnienia Zamawiający zobowiązany jest wyznaczyć Wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie uchybień nie krótszy niż 5 dni roboczych. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powstanie po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu”.

Odpowiedź do pytania 10:

Zamawiający nie zmieni zapisów postanowień umowy wskazanych w ust. 2. Jednocześnie informuje, że Zamawiający będzie informował Wykonawcę o ewentualnych wadach zaoferowanego produktu i oczekiwał ich usunięcia (§ 6 projektu umowy) zanim odstąpi od umowy.

Pytanie 11:

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 użytych w § 7 ust. 1 pkt 1 projektu umowy słów „opóźnienie” na słowa „zwłoka”..

Odpowiedź do pytania 11:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy. Dodatkowo wyjaśnia, że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu kar umownych za okoliczności przez siebie niezawinione, o czym mówi §7 ust.1 pkt 2 umowy a na usunięcie usterek ma czas wskazany w §6 ust. 7 i 8 umowy.

Pytanie 12:

Wykonawca wskazuje na nadmierną restrykcyjność § 7 ust. 3 pkt 2 projektu umowy. Postanowienie to daje uprawnienie do odstąpienia od umowy nawet w sytuacji błahych, drobnych nieprawidłowości w działaniu oprogramowania. Wykonawca wnosi o zmianę treści tego postanowienia poprzez nadanie mu brzmienia: „w przypadku wielokrotnie powtarzających się rażących wad i nieprawidłowości w działaniu SIP”.

Odpowiedź do pytania 12:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy. Dodatkowo informuje, że §7 ust. 3 pkt 2 jedną z przesłanek odstąpienia od umowy jest wielokrotnie powtarzające się wady i nieprawidłowości w działaniu SIP.

Pytanie 13:

Wykonawca wnosi o zachowanie w treści umowy zasady równowagi praw i obowiązków Stron umowy. Zachwianie tej zasady wynika z przyznania jedynie Zamawiającemu uprawnień opisanych w § 8. Wykonawca wnosi zatem o przerehabilitowanie treści tego postanowienia, tak aby obu Stronom przysługiwały analogiczne uprawnienia i obowiązki.

Odpowiedź do pytania 13:

Zamawiający nie zmieni zapisów umowy w § 8. Dodatkowo informuje, że Wykonawca ma prawo wskazać jeszcze przed podpisaniem umowy jakie informacje zawarte w ofercie podlegają tajemnicy przedsiębiorcy (pkt 5 Oświadczenia na formularzu ofertowym) tj. „5. *Tajemnica przedsiębiorstwa została zawarta na następujących stronach oferty* Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP: *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli*

Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.”

Pytanie 14:

W przypadku braku zgody na załączenie do umowy OWU Wykonawcy, o co Wykonawca wnioskował w poprzednich pytaniach, Wykonawca zwraca się z prośbą o zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych wg sprawdzonego wzorca, który stosuje powszechnie z licencjobiorcami oprogramowania LEX. Wykonawca udostępni ww. wzorzec w terminie określonym przez Zamawiającego i kieruje pytanie czy Zamawiający godzi się na 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.

Odpowiedź do pytania 14:

Zamawiający zgodzi się na takie rozwiązanie o ile nie będzie ono sprzeczne z RODO i postanowieniami umowy.

Nadto informuję wszystkich zainteresowanych, że:

Zaproszenie do składania ofert na usługę dostawy oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na potrzeby Sądu Rejonowego w Tomaszowie Lubelskim w okresie od 01 stycznia 2021 roku do 31 grudnia 2021 roku prowadzone jest w trybie poza ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zgodnie z art. 4 pkt 8 PZP o wartości szacunkowej zamówienia nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.