



Katarzyna Prus - Stachyra
Dyrektor Generalny
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Warszawa, 17.12.2020 r.

BBA-2.262.42.2020

Wszyscy uczestnicy postępowania

W nawiązaniu do prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę opieki serwisowej systemu kadrowo-płacowego i systemu finansowo-księgowego informuję, że wpłynęły zapytania dotyczące zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) o następującej treści:

Pytanie 1:

ZAŁĄCZNIK NR 1 DO SIWZ – SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (SOPZ):

Część II Definicje, punkt 16:

OBEJŚCIE PROBLEMU - prowizoryczne rozwiązanie błędu ze względu na pilność sprawy. Zamawiający może zgodzić się na takie rozwiązanie tylko wyjątkowo. Zastosowanie obejścia nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku dostarczenia rozwiązania końcowego.

PYTANIE numer 1: Czy Zamawiający dopuszcza zmianę powyższej treści poprzez nadanie jej brzmienia:

OBEJŚCIE PROBLEMU - prowizoryczne rozwiązanie błędu ze względu na pilność sprawy. Zamawiający może zgodzić się na takie rozwiązanie tylko wyjątkowo. Zastosowanie obejścia nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku dostarczenia rozwiązania końcowego, z zastrzeżeniem, że dostarczenie Zamawiającemu Obejścia Problemu wstrzymuje Czas napraw?

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 2:

Część IV Opis wymagań, punkt 1 podpunkt 5:

Instalacja aktualizacji powinna być wykonywana bez przerywania bieżącej pracy użytkowników Systemu. Instalacja aktualizacji wymagająca przerwy w użytkowaniu Systemu wymaga zgody Zamawiającego.

PYTANIE numer 2: Zwracamy się z prośbą o usunięcie niniejszego punktu z uwagi na możliwość zainstalowania aktualizacji Systemu przez służby informatyczne Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 3:

Cześć IV Opis wymagań, punkt 2 podpunkt 1:

Do błędów związanych z działaniem Systemu objętych usługą opieki serwisowej zalicza się jednorazowe lub powtarzające się zakłócenie obejmujące:

- *działanie Systemu niezgodne z jego dokumentacją, jak i niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami,*
- *błędne działanie Systemu będące wynikiem awarii sprzętu,*
- *błędne działanie Systemu będące wynikiem działania oprogramowania systemowego,*
- *błędne działanie Systemu w związku z niewłaściwą obsługą przez jego użytkowników.*

PYTANIE numer 3: Czy Zamawiający dopuszcza zmianę powyższej treści poprzez nadanie jej brzmienia:

Do błędów związanych z działaniem Systemu objętych usługą opieki serwisowej zalicza się jednorazowe lub powtarzające się zakłócenie obejmujące:

- *działanie Systemu niezgodne z jego dokumentacją, jak i niezgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami?*

Wykonawca zwraca uwagę, że odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu błędów związanych z działaniem Systemu winna ograniczać się wyłącznie do jego błędnego działania, niezgodnego z dokumentacją oraz aktualnie obowiązującymi przepisami prawa.

Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za pozostałe przypadki, które zostały wskazane przez Zamawiającego w przywołanym punkcie, ponieważ nie mają one związku z Systemem w sposób bezpośredni, a są zależne wyłącznie od Zamawiającego - jego służb informatycznych oraz specyfiki infrastruktury informatycznej, która pozostaje w posiadaniu Zamawiającego.

Ponadto Wykonawca podkreśla, że nie może również ponosić odpowiedzialności za błędy Systemu, które wynikają z niewłaściwego sposobu korzystania z Systemu przez jego użytkowników, ponieważ realizując zobowiązania związane z aktualizowaniem dokumentacji Systemu, umożliwia wszystkim pracownikom Zamawiającego zapoznanie się z nią i z właściwym sposobem korzystania z Systemu

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 4:

Cześć IV Opis wymagań, punkt 2 podpunkt 1 litera g:

migrację serwera Systemu na nowy serwer wirtualny z systemem Windows Serwer 2016 lub nowszym.

PYTANIE numer 4: Wykonawca prosi o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „serwer Systemu”, na czym ma polegać operacja migracji serwera Systemu oraz czy przedmiotową usługę ma realizować Wykonawca, czy wystarczającym będzie

świadczenie wsparcia pracowników Zamawiającego podczas przenoszenia serwera Systemu na nowy serwer wirtualny?

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że Zamawiający uruchomi w swojej infrastrukturze serwery wirtualne Windows 2016 - produkcyjny i testowy oraz przekaze Wykonawcy dostęp do ich pulpitu zdalnego. Wykonawca będzie zobowiązany do przeniesienia aplikacji QNT z obecnych serwerów na nowe.

Pytanie 5:

ZAŁĄCZNIK NR 6 DO SIWZ – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY:

§ 9, ust. 3, 4, 5, 6, 9 i 10:

- 3. W przypadku zwłoki w usunięciu Awarii ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.*
- 4. W przypadku zwłoki w usunięciu Usterki ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.*
- 5. W przypadku zwłoki w usunięciu Wady ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.*
- 6. W przypadku zwłoki w wykonaniu zlecenia rozbudowy lub modyfikacji ponad termin wynikający z harmonogramu, o którym mowa pkt IV.4 Opisu Przedmiotu Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% kwoty miesięcznego wynagrodzenia netto określonego w § 4 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień (24 godziny) zwłoki.*
- 9. W przypadku naruszenia zobowiązań, o których mowa w § 7, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% kwoty łącznego wynagrodzenia brutto określonej w § 4 ust. 1, za każde naruszenie.*
- 10. W przypadku zwłoki w dokonaniu aktualizacji w stosunku do terminów wynikających z § 3 ust. 6 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Kara ta może być stosowana niezależnie od kary za zwłokę w usunięciu wady Systemu powstałej w związku z niedokonaniem aktualizacji.*

PYTANIE numer 5: Czy Zamawiający dopuszcza redukcję wysokości kar zawartych w przytoczonych zapisach i nadanie temu fragmentowi następującego brzmienia:

- 3. W przypadku zwłoki w usunięciu Awarii ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% miesięcznego*



wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.

4. W przypadku zwłoki w usunięciu Usterki ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.

5. W przypadku zwłoki w usunięciu Wady ponad termin określony w § 3 ust. 5 pkt 2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,15% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki.

6. W przypadku zwłoki w wykonaniu zlecenia rozbudowy lub modyfikacji ponad termin wynikający z harmonogramu, o którym mowa pkt IV.4 Opisu Przedmiotu Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,25% kwoty miesięcznego wynagrodzenia netto określonego w § 4 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień (24 godziny) zwłoki.

9. W przypadku naruszenia zobowiązań, o których mowa w § 7, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,25% kwoty łącznego wynagrodzenia brutto określonej w § 4 ust. 1, za każde naruszenie.

10. W przypadku zwłoki w dokonaniu aktualizacji w stosunku do terminów wynikających z § 3 ust. 6 Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,15% miesięcznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Kara ta może być stosowana niezależnie od kary za zwłokę w usunięciu wady Systemu powstałej w związku z niedokonaniem aktualizacji?

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 6:

PYTANIE numer 6: Czy Zamawiający dopuszcza wprowadzenie w *Istotnych postanowieniach Umowy* dodatkowego paragrafu o następującej treści:

1. **ZAMAWIAJĄCY** przez cały okres obowiązywania Umowy, a także przez okres 12 miesięcy od daty jej rozwiązania lub wygaśnięcia zobowiązuje się wobec **WYKONAWCY**:
 - a. nie oferować bezpośrednio lub pośrednio pracownikom **WYKONAWCY** zatrudnienia ani nie zatrudniać pracowników **WYKONAWCY**, którzy uczestniczą lub uczestniczyli w wykonaniu przedmiotu Umowy,
 - b. nie nakłaniać pracowników **WYKONAWCY**, którzy uczestniczą lub uczestniczyli w realizacji przedmiotu Umowy do rozwiązywania umów z **WYKONAWCĄ** i zatrudnienia się u **ZAMAWIAJĄCEGO** lub u osób trzecich;
 - c. nie nakłaniać osób trzecich do oferowania lub przyjmowania ofert zatrudnienia oraz zatrudniania pracowników **WYKONAWCY**, którzy uczestniczą lub uczestniczyli w wykonaniu przedmiotu Umowy.

2. Zobowiązania **ZAMAWIAJĄCEGO** określone w niniejszym paragrafie Umowy stosuje się odpowiednio do osoby lub osób wykonujących pracę na rzecz **WYKONAWCY** na innych podstawach niż stosunek pracy według definicji sformułowanej w Kodeksie pracy.
3. W przypadku naruszenia przez **ZAMAWIAJĄCEGO** zobowiązań wynikających z postanowień ust. 1 i 2 powyżej, **ZAMAWIAJĄCY** zobowiązuje się zapłacić na rzecz **WYKONAWCY** karę umowną w wysokości 100.000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych) za każdy przypadek takiego naruszenia.
4. Jeżeli poniesiona przez **WYKONAWCĘ** szkoda przewyższa wysokość kary umownej zastrzeżonej w niniejszym paragrafie, **WYKONAWCA** uprawniony jest do żądania i dochodzenia od **ZAMAWIAJĄCEGO** odszkodowania uzupełniającego.
5. **ZAMAWIAJĄCY** zobowiązuje się zapłacić naliczoną karę umowną w terminie 14 dni od dnia doręczenia **ZAMAWIAJĄCEMU** noty obciążeniowej, chyba że wystawiona nota przewiduje inny termin zapłaty?

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 7:

ZAŁĄCZNIK NR 6 DO SIWZ – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY (Załącznik nr 6 do Umowy nr Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych):

§ 8 Rozwiązanie umowy, punkt 4:

nie powiadomił Administratora o swojej niezdolności do wypełnienia umowy, a w szczególności wymagań określonych w § 3 ust. 1.

PYTANIE numer 7: Z uwagi, że art. 28 Rozporządzenia oraz inne regulacje nie nakładają takiego obowiązku, a nadto z uwagi na wyjątkowo nieprecyzyjne sformułowanie regulacji, Wykonawca **wnosi o jego usunięcie.**

Wykonawca zwraca się o wskazanie podstawy prawnej wprowadzenia tejże regulacji do Umowy.

W dniu zawarcia Umowy Wykonawca składa - wystarczającą w tym przedmiocie - deklarację w § 3 ust. 1 Umowy. Ponadto w trakcie wykonania Umowy Zamawiający zastrzegł odpowiednie uprawnienia kontrolne, jak również zobowiązanie do udzielenia wszelkich informacji niezbędnych do wykazania spełnienia obowiązków określonych w art. 28 Rozporządzenia (§ 4). Niewywiązanie się z tych obowiązków stanowi już podstawę do rozwiązania Umowy, na podstawie § 8 pkt 1 Umowy.

Uzasadnia to w szczególności art. 7 ustawy PZP, zgodnie z którym wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia powinny być **proporcjonalne** do przedmiotu zamówienia,



a nadto należy je konstruować z poszanowaniem zasady konkurencji i równym traktowaniem stron.

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Pytanie 8:

§ 10 Kary umowne:

- 1. Podmiot przetwarzający jest odpowiedzialny za udostępnienie lub wykorzystanie danych osobowych niezgodnie z umową, a w szczególności udostępnienie osobom trzecim. W takim przypadku Administrator jest uprawniony do nałożenia kary umownej w wysokości 50 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych). Kara będzie należna Administratorowi, bez konieczności wykazywania wysokości poniesionej szkody przez Administratora.*
- 2. W przypadku nałożenia na Administratora prawomocnej kary, zgodnie z Rozporządzeniem w związku z niezgodnym z prawem przetwarzaniem danych osobowych przez Podmiot przetwarzający, Podmiot przetwarzający poniesie wobec Administratora odpowiedzialność w wysokości 100% kary nałożonej na Administratora.*
- 3. Administrator jest uprawniony do dochodzenia naprawienia szkody w wysokości przewyższającej karę umowną.*

PYTANIE numer 8: Wykonawca wnosi o usunięcie z Umowy regulacji dotyczących kar umownych, zawartych w § 10 Umowy.

Zasady odpowiedzialności stron są w kompleksowy sposób regulowane przez art. 82 Rozporządzenia, a nadto § 6 Umowy. Zasady te zostały uznane przez ustawodawcę za adekwatne do potencjalnych naruszeń, które zostały stwierdzone w związku z przetwarzaniem powierzonych danych osobowych. W szczególności Zamawiający dysponuje stosownymi roszczeniami regresowymi do pełnej wysokości poniesionej szkody z winy Wykonawcy.

Wykonawca zwraca uwagę, że obecnie zastrzeżona kara wydaje się być rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego.

Szczególnie jest to widoczne, jeśli bierze się pod uwagę to, że zobowiązania wynikające z niniejszej Umowy - na mocy § 11 - nie są świadczone przez Wykonawcę za odrębnym wynagrodzeniem, a w ramach wynagrodzenia przewidzianego za wykonanie przedmiotu Umowy o współpracę.

W rezultacie wprowadzanie tego rodzaju rozwiązań w ramach zamówień publicznych ogranicza - ze względu na możliwości i ryzyko finansowe - w przypadku poszczególnych oferentów ich prawo do złożenia oferty i zawarcia umowy na równych warunkach, w ramach udzielanego zamówienia publicznego. Szczególnie jeśli wziąć pod uwagę to, że przedmiotowa umowa nie dotyczy zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu



zamówienia *sensu stricte*, a jedynie dodatkowych obowiązków, które są związane z udzielanym zamówieniem.

Wniosek ten jest uzasadniony szczególnie w kontekście art. 7 ustawy PZP, zgodnie z którym wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia powinny być **proporcjonalne** do przedmiotu zamówienia, a nadto z uwagi na to, że wymagania te należy konstruować z poszanowaniem zasady konkurencji i równego traktowania stron

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że pozostaje przy dotychczasowych zapisach SIWZ.

Powyższe odpowiedzi stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dotychczasowy termin składania oraz otwarcia ofert nie ulega zmianie. **Oferty należy składać do dnia 23 grudnia 2020 r. do godz. 11:00. Termin otwarcia ofert 23 grudnia 2020 r. godz. 11:30.**

DYREKTOR GENERALNY
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Katarzyna Prus - Stachyra

