



Kraków, dn. 21.10.2022 r.

wg rozdzielnika

NR POSTĘPOWANIA: DZP.271-41/22

Postępowanie pn. " Usługi nadzoru autorskiego wraz z dostarczeniem licencji i migracją/aktualizacją baz danych "

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. św. Ludwika w Krakowie działając na podstawie art. 284 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j.) udziela odpowiedzi na następujące pytania:

1) Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający w treści umowy powołuje się na załącznik nr 7 do umowy, podczas gdy nie został on dołączony do projektu umowy. Wykonawca wnosi o uzupełnienie projektu umowy o załącznik nr 7 celem umożliwienia jego weryfikacji.

Odpowiedź: Załącznik nr 7 do umowy to załącznik nr 6 do SWZ, został zamieszczony na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

2) Wykonawca wnosi o modyfikację § 2 ust. 1 lit. e projektu umowy, poprzez zmianę fragmentu: „1 wizyta to min. 8h realizacji przedmiotu umowy” na „1 wizyta to max. 8h realizacji przedmiotu umowy”. Zamawiający wskazuje, że wskazanie jedynie minimalnej ilości godzin jednej wizyty, bez zdefiniowania maksymalnego wymiaru jednej wizyty rodzi po stronie Wykonawcy realne ryzyko biznesowe. W rozumieniu obecnego postanowienia jedna wizyta może trwać zarówno 8, jak i 10, 12 czy 24 godziny, skoro jej maksymalny czas nie został ograniczony. Wobec powyższego Wykonawca wnosi o wprowadzenie zmiany o treści zaproponowanej wyżej.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na następującą modyfikację par. 2 ust. 1 lit. e umowy:

„Wykonawca w ramach serwisu zapewnia 18 wizyt w okresie trwania umowy (do wykorzystania w dowolnym dogodnym dla Zamawiającego terminie, w tym np. 12 wizyt w ciągu 1 msc, 1 wizyta to 8h realizacji przedmiotu umowy. Poprzez wizytę Zamawiający rozumie zarówno świadczenia wykonywane zdalnie jak i bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego. Wizyty będą rozliczane na podstawie faktycznie wykonanych prac, z zaokrągleniem do 15 minut. Czyli Prace zdalne trwające 55 minut zostają zaokrąglone do 1 h. Po zsumowaniu każde 8h świadczeń będzie stanowiło 1 wizytę.) przy czym limit wizyt nie obejmuje analizy i usuwania błędów opisanych w pkt a), a w szczególności.”

3) Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod stwierdzeniem „bieżące optymalizowanie konfiguracji Oprogramowania Aplikacyjnego”, którym Zamawiający posługuje się z § 2 ust. 1 lit. e pkt. iii.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że pod pojęciem „bieżące optymalizowanie konfiguracji Oprogramowania Aplikacyjnego” rozumie: czynności potrzebne do prawidłowego, stabilnego i wydajnego działania oprogramowania aplikacyjnego, związane bezpośrednio i pośrednio z oprogramowaniem aplikacyjnym. Czyli np. zmiana ustawień, parametrów serwera jboss, serwera apache, docker zgodnie z wytycznymi, zaleceniami producenta oprogramowania aplikacyjnego aplikacyjnego.

4) Wykonawca wnosi o uzupełnienie projektu umowy w § 3 o ustęp 2 następującej treści:

„2. Jeśli Zamawiający nie wywiąże się z obowiązków wymienionych powyżej, okoliczność ta traktowana będzie jako zwłoka Zamawiającego, a Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za dotrzymanie terminów przewidzianych Umową.”

Wykonawca zwraca uwagę, że prawidłowa realizacja obowiązków nałożonych na niego na podstawie umowy, nie będzie możliwa bez współpracy Zamawiającego, rzetelnego i terminowego wypełniania przez niego obowiązków, do których zobowiązał się na gruncie umowy. Proponowane postanowienie ma na celu zmotywowanie Zamawiającego do terminowego wypełniania jego obowiązków.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następującą propozycję zmian.

5) Wykonawca wnosi o modyfikację § 4 ust. 1, 3, 4 projektu umowy poprzez określenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy w kwocie netto albo netto i brutto, a nie wyłącznie brutto. Wykonawca wskazuje, że na kwotę brutto składa się także podatek VAT, który nie jest składnikiem wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca tym samym chciałby uniknąć sytuacji, w której, w przypadku zwiększenia stawki podatku VAT, zmiana ta nie będzie wpływać na kwotę brutto zdefiniowaną w umowie, a spowoduje zmniejszenie kwoty wynagrodzenia netto Wykonawcy. Wobec powyższego Wykonawca wnosi jak na wstępie.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę w związku z czym:

1) Par. 4 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„Za realizację przedmiotu niniejszej Umowy określonego w §1 pkt. 1 Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy łączne wynagrodzenie ryczałtowe, za cały okres obowiązywania niniejszej umowy, w wysokości: zł netto, tj. brutto zł.”

2) Par. 4 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 płatne będzie częściami miesięcznie, w kwocie zł netto, tj. brutto zł. miesięcznie przelewem, na podstawie faktur wystawionych w ostatnim dniu miesiąca kalendarzowego, w terminie do 30 dni od dnia wystawienia przez Wykonawcę faktury, na konto w niej wskazane.”



3) Par. 4 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„Za wizyty dodatkowe, o których mowa w §2 ust. 2 Umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie w wysokości ustalonej przy zastosowaniu stawki roboczodnia zł netto, tj. brutto zł.. Wynagrodzenie za wizyty dodatkowe będzie płatne na podstawie osobnej faktury w terminie określonym w ust. 3. Podstawą do wystawienia faktury będzie miesięczny raport wizyt dodatkowych, podpisany przez Strony, wskazujący zakres usług w ramach wizyty, datę wizyty. Wzór raportu stanowi załącznik nr 5 do Umowy. „

6) Wykonawca wnosi o modyfikację § 4 ust. 9 lit. a i c projektu umowy poprzez zmianę odniesienia z „par. 4 ust. 1” na „par. 4 ust. 3” projektu umowy. Tym samym kary umowne liczone byłyby w oparciu o procent wynagrodzenia miesięcznego, a nie procent łącznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi nadzoru. Wykonawca wskazuje, że model ustalania kary umownej zaproponowany w obecnym kształcie, prowadzi do naliczenia kary w wysokości nieproporcjonalnie wysokiej, a tym samym premiuje w nieuprzywilejowany sposób pozycję Zamawiającego. Stąd wniosek o zmianę zgodnie z propozycją na wstępie.

Wykonawca wnosi o uzupełnienie § 4 projektu umowy o ustęp 1 i jednoznaczne stwierdzenie, iż wynagrodzenie wskazane w tym postanowieniu nie obejmuje modyfikacji, o których mowa w § 2 ust. 4 projektu umowy. Wykonawca wskazuje, że proponowana modyfikacja stanowi konsekwencję redakcji § 2 ust. 4 umowy i ma na celu jedynie jednoznaczne wskazanie, że wynagrodzenie za modyfikacje płatne będzie ustalane odrębnie. Tym samym Wykonawca proponuje następującą treść § 4 ust. 1 projektu umowy uwzględniającą powyższe zmiany.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następującą propozycję zmian.

7) W umowie znajduje się jasno i szeroko sprecyzowana odpowiedzialność z gwarancji. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wprowadzenie w § 6 ust. 2 postanowienia o treści jak poniżej, argumentując iż nadmiernym byłoby dublowanie odpowiedzialności Wykonawcy:

„2. Strony oświadczają, że wszelka odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne na podstawie art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jak i na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego, ulega wyłączeniu”.

Ponadto mając na uwadze, iż 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, i 576 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.



Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następującą propozycję zmian.

8) Wykonawca wnosi o wykreślenie § 11 ust. 6 projektu umowy w całości. Wykonawca wskazuje, iż możliwość zawierania umów licencyjnych bez prawa do wypowiedzenia licencji jest krytykowana przez przedstawicieli doktryny prawa autorskiego. Koncepcja taka jest sprzeczna z podstawową zasadą prawa prywatnego – prawa każdej ze stron umowy kreującej stosunek o charakterze ciągłym do jednostronnego "uwolnienia się" od tej umowy. Wskazuje się, że strony nie mogą wiązać się stosunkami umownymi "wieczyście", gdyż to zbyt ograniczałoby ich wolność i godziło w podstawową sferę wolności jednostki (E. Ferenc-Szydełko (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2021). Wykonawca wskazuje, ponadto, Zamawiający nie może oczekiwać od Wykonawcy zagwarantowania, iż producenci oprogramowania zrzekną się prawa do wypowiedzenia umowy licencyjnej, ponieważ prawo takie stanowi uprawnienie podmiotu, który licencji udziela i Wykonawca nie ma wpływu realizację takiego prawa przez licencjodawcę.

W dalszej kolejności Wykonawca wskazuje, że żądanie Zamawiającego do zapewnienia mu przez Wykonawcę własnym kosztem i we własnym zakresie nowej licencji, w przypadku wypowiedzenia licencji udzielonej na podstawie umowy, albo pokrycia kosztów zakupu takiej licencji przez Wykonawcę, jest żądaniem bezpodstawnym i mającym na celu nieuprawnione premiowanie pozycji Zamawiającego kosztem potencjalnego wykonawcy. Wykonawca wskazuje, że takie postanowienie umowne obarcza potencjalnych wykonawców ryzykiem konieczności sfinansowania licencji, w każdym przypadku, także wówczas, jeżeli wypowiedzenie licencji dotychczasowej, było skutkiem zawinionego działania samego Zamawiającego np. wykorzystywania oprogramowania niezgodnie z warunkami licencji udzielonej przez producenta oprogramowywania.

Wobec takiej redakcji § 11 ust. 6 projektu umowy, stanowiącej niezwykle poważne ryzyko biznesowe, Wykonawca kategorięcznie wnosi o wykreślenie całego ust. 3 w § 11 umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następującą propozycję zmian.

Odpowiedzi do pytań wprowadzone niniejszym pismem stanowią integralną część SWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

- ✓ strona internetowa prowadzonego postępowania
- ✓ a/a

Załącznik:

- ✓ Załącznik nr 4 do SWZ (Projekt umowy – po zmianie 2)