

Nr sprawy: **FZ-1/5429/MKO/20**

Katowice, 16.11.2020 r.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych **na udostępnienie w sieci internetowej (on-line) systemu informacji prawnej.**

Szanowni Państwo,

W związku z ogłoszeniem w/w postępowania przetargowego, do Zamawiającego wpłynęły pytania dotyczące treści SIWZ, na które Zamawiający, zgodnie z art. 38, ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), podaje odpowiedzi poniżej:

Pytanie 1:

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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmniejszenie wysokości kar umownych.

Pytanie 2:

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 i 2 i § 8 ust. 1 lit. a słów „opóźnienie” na słowa „zwłoka”;
- zmianę użytych w § 7 ust. 3 słów „z przyczyn niezależnych od ZAMAWIAJĄCEGO” na słowa „z przyczyn zawinionych przez WYKONAWCĘ”;
- zmianę użytych w § 8 ust. 1 słów „z przyczyn zależnych od WYKONAWCY” na słowa „z przyczyn zawinionych przez WYKONAWCĘ”.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe zmiany i dokonuje poprawek w treści SIWZ.

Pytanie 3:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie postanowienia ograniczającego zastosowanie § 2 ust. 5 i § 7 ust. 5 projektu umowy poprzez dodanie na końcu przed kropką § 2

GŁÓWNY INSTYTUT GÓRNICTWA

Jednostka Notyfikowana nr 1453

ust. 5 słów „do wysokości wartości brutto Umowy” oraz zmianę użytych w § 7 ust. 5 słów „do wysokości poniesionej szkody” na „do wysokości wartości brutto Umowy”.

Tego typu ograniczenie (a nawet całkowite wyłączenie odpowiedzialności) jest standardem rynkowym stosowanym przez wszystkich producentów oprogramowania.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe zmiany i dokonuje poprawek w treści SIWZ.

Pytanie 4:

W § 7 ust. 6 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 pisemną o zamiarze naliczenia kary umownej i o przyczynie jej naliczenia? Jeśli Zamawiający zgodziłby się na powyższe rozwiązanie, Wykonawca proponuje, by uzupełnić § 7 ust. 6 projektu umowy o zdanie drugie w następującym brzmieniu:

"Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) lub pisemną o zamiarze naliczenia kary umownej i o przyczynie jej naliczenia."

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe i dokonuje poprawek w treści SIWZ.

Pytanie 5:

W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż użyte w zapytaniu ofertowym pojęcie „dni robocze” oznacza dni od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy, a pojęcie „godziny robocze” oznacza godziny między 8:00 a 16:00 przypadające w dni robocze.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający potwierdza, iż użyte w SIWZ pojęcie „dni robocze” oznacza dni od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy, a pojęcie „godziny robocze” oznacza godziny między 8:00 a 16:00 przypadające w dni robocze.

Pytanie 6:

Dla zachowania równowagi praw i obowiązków Strony Wykonawca wnosi o nadanie nowego brzmienia na § 6 ust. 2 projektu umowy, tak aby obowiązek zachowania poufności dotyczył w równym stopniu Wykonawcę jak i Zamawiającego, tj. o nadanie mu następującego brzmienia:

„ZAMAWIAJĄCY i WYKONAWCA zobowiązani są jest do zachowania poufności wszelkich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższą zmianę i dokonuje poprawki w treści SWIZ.

Pytanie 7:

W odniesieniu do oczekiwanych przez Zamawiającego szkoleń Wykonawca podkreśla, że z uwagi na panującą obecnie sytuację epidemiczną i związane z nią uwarunkowania gospodarcze, w tym zaistniałe po stronie Wykonawcy (i wszystkich wykonawców na rynku) uwarunkowania natury organizacyjnej, a także z uwagi na zalecenia władz państwowych oraz możliwe do wystąpienia problemy w realizowaniu świadczeń wymagających osobistej obecności pracowników Wykonawcy (i wszystkich wykonawców na rynku), powszechnie kładzie się nacisk na realizowanie świadczeń umownych w drodze komunikacji online kiedy tylko jest to możliwe. Wykonawca postuluje zatem o umożliwienie takiej właśnie realizacji świadczeń umownych w niniejszym postępowaniu. W przeciwnym razie dochodzi do dość kuriozalnej sytuacji, w której świadczenie główne (udostępnienie programu) ma być wykonane w sposób bezpieczny, zgodnie z powszechnymi zaleceniami i oczekiwaniami, tj. w drodze online, tymczasem świadczenie dodatkowe (szkolenia, odbiory), mające przecież tylko charakter uboczny, posiłkowy, wymaga podejmowania ryzyka zdrowotnego, tj. osobistego spotkania przedstawicieli Wykonawcy z przedstawicielami Zamawiającego.

Nadto na ten moment wątpliwa wydaje się w ogóle możliwość zgodnego prawem przeprowadzenia szkolenia stacjonarnego dla grupy pracowników Zamawiającego z uwagi na obostrzenia związane z organizowaniem zgromadzeń.

Z uwagi na powyższe Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że oczekiwane przez Zamawiającego szkolenia będą mogły przybrać formę szkoleń online.

Wykonawca wnosi także o potwierdzenie, że podpisanie przewidzianego w projekcie umowy protokołu również będzie mogło odbyć się bez fizycznej obecności przedstawiciela Wykonawcy w siedzibie Zamawiającego.

Ww. postulaty nabierają tym większego znaczenia, że nie jest obecnie znana skala rozwijającej się epidemii w okresie, gdy wykonanie ww. czynności będzie miało nastąpić. Część specjalistów zakłada wręcz, że w okresie jesiennym sytuacja epidemiczna może ulec znacznemu pogorszeniu.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na przeprowadzenie szkoleń online oraz na podpisanie protokołu bez fizycznej obecności przedstawiciela wykonawcy.

Pytanie 8:

Wykonawca wnosi o wprowadzenie do projektu umowy postanowienia ograniczającego sumę możliwych do naliczenia kar umownych. Taki wymóg kreuje uchwalona a nieobowiązująca jeszcze nowa ustawa Prawo zamówień publicznych, która w art. 436 pkt 3 przewiduje, iż zawierana przez strony umowa obligatoryjnie musi w swej treści zawierać postanowienie, które określa „łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”. Co niezwykle istotne, co prawda wszczęcie niniejszego postępowania nastąpiło jeszcze pod rządami aktualnej ustawy Prawo Zamówień Publicznych, to jednak realizacja świadczeń umownych nastąpi w przeważającej większości już pod rządami nowych przepisów, które wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Stąd postulat Wykonawcy wydaje się w pełni zasadny i sprawiedliwy.

Wykonawca podkreśla przy tym, że wprowadzenie ww. wymogu określenia górnego limitu możliwych do naliczenia kar umownych stanowi odpowiedź na powszechnie przyjętą i akceptowaną potrzebę zagwarantowania równości Stron oraz potrzebę umożliwienia każdej z nich jasnego, precyzyjnego, możliwego do przewidzenia poziomu ryzyk umownych, które winny być uwzględnione zarówno przez Zamawiającego, jak i przez Wykonawcę (w ramach kalkulacji oferty).

GŁÓWNY INSTYTUT GÓRNICTWA

Jednostka Notyfikowana nr 1453

Jednocześnie Wykonawca proponuje aby limit łącznej wysokości kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego został określony na poziomie 20% wartości netto wynagrodzenia umownego. Pułap ten stanowi kompromis między potrzebą ochrony słusznym interesów Zamawiającego a nadmiernym ryzykiem umownym po stronie Wykonawcy. Taki też limit był zresztą przewidziany w zaproponowanej przez prawodawcę zmianie do nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych (projekt z dnia 20 czerwca 2020 r. ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych), wg której umowy zawierane w reżimie PZP powinny zawierać postanowienie przewidujące „łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, z tym, że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wartości netto umowy”.

Reasumując, Wykonawca wnosi o wprowadzenie do projektu umowy postanowienia ograniczającego łączną kwotę kar umownych możliwych do nałożenia na Wykonawcę do wysokości 20% wartości wynagrodzenia umownego netto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wyraża zgodę na ograniczenie wysokości kar umownych do 20% wartości netto wynagrodzenia umownego.

Pytanie 9:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację: Rozdz. XI pkt. 3 SIWZ, Rozdz. XXIV pkt. 1 SIWZ, Załącznika nr 1 formularz oferty pkt. 3 tiret trzecie, § 2 ust. 1 projektu umowy polegającą na tym, aby płatność za przedmiot zamówienia miała miejsce od daty wystawienia faktury a nie od daty jej otrzymania?

W przypadku zaoferowania w niecenowym kryterium oceny ofert przez wykonawcę terminu płatności 30 dni termin ten będzie biegł od daty otrzymania faktury, zaś zgodnie z przepisem art. 106i ust. 7 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług faktury VAT z tytułu udzielenia licencji nie mogą być wystawione wcześniej niż na 30 dni przed terminem zapłaty - trudno jest natomiast wystawić i dostarczyć fakturę VAT w tym samym dniu, w szczególności jeśli będzie wystawiona i przekazana Zamawiającemu w wersji papierowej.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dokonuje zmian w w/w zakresie. Faktura może zostać dostarczona do Zamawiającego w wersji papierowej jak i elektronicznie na wskazany adres mailowy.

Pytanie 10:

Czy oczekiwania Zamawiającego spełni system nie posiadający kalkulatora opłaty za pobór wód powierzchniowych i podziemnych, ale posiadający inne kalkulatory, w tym m.in. kalkulator opłaty za składowanie odpadów, biorąc pod uwagę fakt, iż żaden system na rynku nie spełnia tego wymogu? Z uwagi na małe zainteresowanie wśród Użytkowników Wykonawca wycofuje się ze wspierania tegoż kalkulatora z powodu niewspółmiernych kosztów jego utrzymania.

Odpowiedź Zamawiającego:

System powinien być pełny i powinien również zawierać kalkulator za pobór wód.

Pytanie 11:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający dopuści System, który spośród wymaganych komentarzy nie zawiera jedynie komentarzy do nieobowiązującej już od wielu lat Ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej oraz Ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wymaga komentarza do Ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Zamawiający dopuści System który nie posiada komentarza do Ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej.

Pytanie 12:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający dopuści System, który dla wymogu dotyczącego Prawa Ochrony Środowiska nie zawiera kalkulatora opłat za pobór wód powierzchniowych i podziemnych, praktycznych informacji publikowanych przez Ministerstwo Ochrony Środowiska oraz informatora teledresowego?

Odpowiedź Zamawiającego:

System powinien być pełny i zawierać kalkulator opłat za pobór wód oraz informator teledresowy.

Pytanie 13:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający dopuści System, który nie zapewnia możliwości uczestnictwa użytkownika w szkoleniach online w postaci webinarów z zakresu przepisów prawnych lecz zapewnia dostęp do poradni eksperckich w których Użytkownik uzyskuje indywidualne porady przygotowywane przez ekspertów, zawierające konkretne propozycje rozwiązań, wskazówki, które w zakresie Prawa Zamówień Publicznych dotyczą np. szacowania wartości zamówienia, oceny ofert, unieważnienia postępowania, wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, opisu przedmiotu zamówienia?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuści systemu który nie zapewnia możliwości uczestnictwa użytkownika w szkoleniach online w postaci webinarów z zakresu przepisów prawnych określonych w SIWZ.

Pytanie 14:

Czy dla wymogu dotyczącego projektów ustaw Zamawiający dopuści System, który umożliwia przeglądanie projektów w relacji do całego aktu prawnego, a nie do wybranej jednostki redakcyjnej?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuści takiego systemu.

Pytanie 15:

Czy dla wymogu dotyczącego oceny co aktualności cytatów/ tez z piśmiennictwa prawniczego Zamawiający dopuści System, który zawiera 18 572 pełne, specjalistyczne artykuły, które nie są oceniane co do aktualności? Wykonawca stoi na stanowisku, że artykuły te zachowują aktualność dla stanów prawnych w nich opisanych i dlatego nie dokonuje ich oceny, przyjmując że byłaby ona dowolna i arbitralna.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający oczekuje oceny co do aktualności cytatów.

Pytanie 16:

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie do umowy zapisu: „Łączna odpowiedzialność Wykonawcy z wszelkich możliwych tytułów ograniczona jest do wysokości wynagrodzenia brutto należnego mu w ramach niniejszej umowy.” Powszechnie uznaje się, że nie istnieje program komputerowy czy system elektroniczny, który funkcjonowałby bezbłędnie, zwłaszcza w sytuacji jego współdziałania z innym oprogramowaniem czy też sprzętem dostępnym na rynku. Z uwagi na powyższe, a także ze względu na bardzo częste zmiany środowiska komputerowego, wielu uznanych dostawców zupełnie wyłącza swoją odpowiedzialność za wady tworzonych przez siebie aplikacji. Wykonawca w tej sytuacji wnosi o ograniczenie odpowiedzialności do wysokości wynagrodzenia brutto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 3.

W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający powołując się na art. 12a Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), **przedłuża termin składania ofert na dzień 23.11.2020 r. o godz. 10:00, otwarcie ofert nastąpi 23.11.2020 r. o godzinie 11:00.**

Z poważaniem,

Przewodniczący Komisji Przetargowej

mgr Monika Wallenburg