



PREZYDENT MIASTA ZIELONA GÓRA

ul. Podgórna 22
65- 424 Zielona Góra



Fundusze Europejskie
Infrastruktura i Środowisko



Rzeczpospolita
Polska

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



DO-ZP.271.36.42.2022
RISS 5689904

Zielona Góra, 7 lipca 2022 r.

Wykonawcy
zainteresowani udziałem
w nw. postępowaniu

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **Budowa systemu ITS wraz z przebudową niezbędnej infrastruktury w Zielonej Górze.**

W dniu 10 czerwca 2022 r. wpłynęły pytania dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w niniejszym postępowaniu. Na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniem.

Pytanie 4.1.

„Niniejszym działając na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca zwraca się o udzielenie odpowiedzi do pytań dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") oraz dokonanie modyfikacji jej postanowień w zakresie wskazanym przez Wykonawcę:

I. Wzór umowy § 9 ust. 5

Zamawiający w § 9 ust. 5 wzoru umowy wskazał, że *"W przypadku wystąpienia konieczności (niezależnej od Wykonawcy) powierzenia realizacji niniejszej Umowy osobie innej niż wskazana w Ofercie, Wykonawca zobowiązany jest pisemnie uzasadnić tę zmianę i przedstawić propozycję nowej osoby do akceptacji Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego **w terminie 3 dni od chwili powzięcia informacji o okolicznościach uzasadniających zmianę.** W terminie 14 dni od dnia otrzymania ww. propozycji, Zamawiający, po otrzymaniu rekomendacji Inżyniera Kontraktu, może odmówić jej akceptacji w przypadku, gdy kwalifikacje zaproponowanej osoby nie będą co najmniej równe kwalifikacjom wymaganym przez Zamawiającego. Brak odpowiedzi Zamawiającego na propozycję zmiany w ww. terminie uznaje się za brak zgody na zmianę. Brak zgody Zamawiającego na dokonanie zmiany obliuguje Wykonawcę do przedstawienia kolejnej osoby."*

W ocenie Wykonawcy przyjęty przez Zamawiającego 3-dniowy termin na przedstawienie nowej osoby zdolnej do wykonania zamówienia, innej niż wskazana w Ofercie, jest terminem nierealnym.

Wskazania bowiem wymaga, że w analizowanej sytuacji mamy do czynienia z koniecznością przedstawienia kandydata, który spełnia określone przez Zamawiającego wymagania i kwalifikacje oraz posiada doświadczenie w zakresie wdrożenia systemów ITS. Wymagania Zamawiającego zostały określone na poziomie, który umożliwia udział w realizacji zamówienia jedynie wąskiemu kręgu osób posiadających specjalistyczną wiedzę oraz doświadczenie. Na rynku istnieje relatywnie

niewiele podmiotów, które legitymują się właściwymi, czyniącymi zadość oczekiwaniom Zamawiającego, kompetencjami.

Wykonawca w określonym przez Zamawiającego 3-dniowym terminie będzie obowiązany (i) zidentyfikować właściwą – nową – osobę oraz zweryfikować czy faktycznie spełnia ona warunki udziału w Postępowaniu, (ii) złożyć tej osobie ofertę współpracy (w tym przeprowadzić negocjacje w zakresie oferowanych warunków zaangażowania w wykonanie zamówienia), (iii) nawiązać z tą osobą relację (zawarcie umowy o współpracy), oraz (iv) przygotować formalny wniosek do Zamawiającego o jej akceptację. **Wykonanie powyższych czynności w tak krótkim terminie jest mało realistyczne.**

Powyższa sytuacja będzie generowała po stronie wykonawcy konieczność (i) albo dysponowania na tzw. *standby* dodatkowymi osobami, które będą mogły automatycznie zastąpić członka personelu wykonawcy w przypadku opisanym w przywołanej regulacji, albo (ii) będzie powodować konieczność - już momencie zawarcia umowy - przyjęcia na siebie ryzyka związanego z niedochowaniem obowiązku umownego (tj. ryzyka naliczenia kary umownej z § 23 ust. 1 pkt 1.8 wzoru umowy).

Każde z powyższych rozwiązań będzie bezpośrednio wpływać na wartość oferowanych przez wykonawców cen oraz będzie skutkować zwiększeniem kosztów realizacji zamówienia (konieczność wliczenia do ceny oferty kosztów utrzymywania dodatkowych pracowników i/lub konieczność wliczenia dodatkowej rezerwy na nieplanowane wydatki na poczet ewentualnych kar umownych). Określony przez Zamawiającego wymóg nie spełnia zatem zasady efektywności postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jak również będzie prowadzić do niecelowego gospodarowania środkami publicznymi pochodzącymi z otrzymanego dofinansowania.

Wykonawca zatem wnosi o wydłużenie terminu, o którym mowa powyżej. W ocenie Wykonawcy realnym terminem umożliwiającym Wykonawcy wywiązanie się z ustanowionego przez Zamawiającego obowiązku powinien być termin nie mniej niż 14 dni.

Wykonawca wnosi również o wyłączenie sankcji kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji tego obowiązku poprzez dodanie następującego postanowienia: „Zamawiający ma prawo do naliczania kary umownej, o której mowa w par. 23 ust. 1 pkt 1.8 Umowy, jedynie po upływie 14 dni od chwili powzięcia informacji o okolicznościach uzasadniających zmianę.”

II. Wzór umowy - § 12 ust. 2 – 4

W § 12 ust. 2 – 4 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że: "2. Wykonawca przedłożył Zamawiającemu opłaconą umowę ubezpieczeniową, o której mowa w ust. 1 przed podpisaniem Umowy.

3. Zamawiający dopuszcza zawarcie umowy ubezpieczeniowej na okres krótszy niż okres obowiązywania niniejszej Umowy z możliwością przedłużenia okresu jej obowiązywania pod warunkiem zachowania ciągłości ubezpieczenia.

W takim przypadku Wykonawca przedłoży w terminie do siedmiu dni od dnia, w którym nastąpiło przedłużenie terminu umowy ubezpieczenia (wykupienia nowego ubezpieczenia) **odpowiednią polisę** Zamawiającemu."

Wskazania po pierwsze wymaga, że dla Zamawiającego istotne winno być czy posiadane przez wykonawcę ubezpieczenie chroni interesy Zamawiającego w stopniu dostatecznym, a nie w jakiej formie ubezpieczenie zostało udzielone lub jakim dokumentem dysponuje wykonawca na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia.

Dokumenty ubezpieczenia takie jak np. Certyfikaty ubezpieczenia potwierdzają fakt zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia i chronią Zamawiającego w takim samym stopniu jak polisa

ubezpieczeniowa. Oba dokumenty są bowiem formą dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia pomiędzy gwarantem a ubezpieczonym obejmującym określone zdarzenia. Przyjęte przez Zamawiającego nazewnictwo narzuca wykonawcy obowiązek pozyskania dokumentu ubezpieczenia w określonej formie. Mając na względzie, że niektórzy wykonawcy mogą mieć już zawarte umowy ubezpieczenia z zagranicznymi ubezpieczycielami, którzy nie wydają polisy ubezpieczeniowej, ale certyfikaty ubezpieczenia, wprowadzone przez Zamawiającego wymaganie jest nieuzasadnione i ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Wymóg Zamawiającego w tym zakresie wydaje się być całkowicie nieuzasadniony oraz premiuje wykonawców z siedzibą i obszarem działalności w Polsce (terytorialna dyskryminacja wykonawców – bezpośrednia).

W świetle powyższego Wykonawca wnosi o umożliwienie wykazania się dokumentem ubezpieczenia w innej formie niż polisa, który spełnia wymagania określone w art. 215 ust. 1 przywołanej powyżej ustawy.

III. Wzór umowy - § 13 ust. 3 pkt 3.2

Zgodnie z § 13 ust. 3 pkt 3.2 wzoru umowy: "*W chwili uruchomienia Systemu, Wykonawca udziela Zamawiającemu nieograniczonej terytorialnie (do obszaru woj. lubuskiego), nieograniczonej w czasie oraz nieograniczonej dodatkowymi opłatami przez cały okres użytkowania licencji na korzystanie z dostarczonych protokołów komunikacji sieciowej i oprogramowania, które będą składową Systemu oraz pozostałe oprogramowanie i protokoły komunikacji sieciowej, które okażą się niezbędne dla prawidłowego i spójnego działania Systemu – na podstawie wskazań w dokumentacji powykonawczej) na następujących polach eksploatacji trwale rozporządzanie licencjami do nabytego oprogramowania w tym zwielokrotnianie kopii nabytego oprogramowania w całości lub części w celach własnych oraz przekazanie prawa do użytkowania innej spółce lub podmiotowi trzeciemu, z którą Zamawiający będzie mieć podpisaną umowę , a która w imieniu i na rzecz Zamawiającego będzie prowadzić usługę operowania Systemem oraz bieżącego utrzymania i konserwacji Systemu i wszelkich podsystemów i urządzeń wchodzących w jego skład."*

Korzystanie z utworów zgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2021.1062 t.j.; dalej jako: "*ustawa prawo autorskie*") następuje poprzez przeniesienie autorskich praw majątkowych lub poprzez udzielenie licencji na korzystanie z utworu.

Przywołany fragment wzoru umowy stanowi powielenie dyspozycji przepisu art. 74 ust. 3 ustawy prawo autorskie określa zakres autorskich praw majątkowych do korzystania z programu komputerowego. W przypadku, w jakim wykonawca udziela licencji do korzystania z programu komputerowego, co do zasady, stosuje się przepisy art. 75 ust. 2 przywołanej ustawy. Zgodnie z nim w zakresie udzielonej licencji jedynie wykonanie kopii zapasowej jest możliwe i dopuszczalne w świetle polskiego prawa autorskiego. Legalny posiadacz programu uprawniony jest jedynie do zwielokrotnienia programu w celu wykonania jego kopii zapasowej (ang. *back-up copy*), czyli duplikatu służącego odtworzeniu programu w razie utraty, zniszczenia lub uszkodzenia oryginalnych danych.

Istotą kopii zapasowej jest zabezpieczenie korzystania z programu przez jego użytkownika. Nie może więc ona służyć do rozpowszechniania programu. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za niedopuszczalne uznał zastąpienie kopią zapasową pierwotnego egzemplarza programu w ramach transakcji odsprzedaży programu komputerowego osobie trzeciej (vide wyrok Trybunału z 12 października 2016 r., w sprawie C-166/15, Aleksander Ranks i Jurijs Vasiljevič, ECLI:EU:C:2016:762).

Zależność kopii rezerwowej od losów "oryginału" potwierdza także wymóg usunięcia lub zniszczenia kopii zapasowej przez osobę odsprzedającą program. (vide Balicki [w:] red. Michałak, Komentarz do Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, legalis 2019).

Uprawnienia licencjobiorcy do dowolnego zwielokrotniania kopii oprogramowania i obrotu nimi nie da się pogodzić z prawem producenta oprogramowania do ochrony jego podstawowego

know-how. Utrzymanie pełnej kontroli nad wydawanymi licencjami do korzystania z oprogramowania oraz jego kopiami jest warunkiem funkcjonowania producenta oprogramowania na rynku i czerpania zysków z jego sprzedaży. Z powyższych względów producenci oprogramowania nie godzą się na brak ograniczeń w zakresie dowolnego zwielokrotniania kopii oprogramowania przez licencjobiorców. W konsekwencji ani Wykonawca, ani żaden inny podmiot potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu, nie będzie mógł przekazać Zamawiającemu uprawnień do kopiowania oprogramowania, których sam nie posiada.

W świetle polskiego prawa nie można zatem używać kopii zapasowej równocześnie z programem oryginalnym - ma ona służyć na wypadek, gdyby egzemplarz oryginalny uległ zniszczeniu bądź zaginął. Powyższe oznacza, że wraz z wyzbyciem się licencji Zamawiający musiałby usunąć posiadaną kopię oprogramowania.

Zatem, podtrzymanie przez Zamawiającego postanowień powyższej regulacji w aktualnym brzmieniu spowoduje, że żaden z producentów czy dostawców oprogramowania ITS nie złoży oferty w postępowaniu. Żaden bowiem podmiot nie będzie zainteresowany wyzbyciem się swojego *know-how*, które decyduje o jego funkcjonowaniu na rynku.

Wskazania wymaga, że dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego wystarczającym byłoby zobowiązanie wykonawców do udzielenia licencji w zakresie możliwości zwielokrotniania kopii zapasowej oprogramowania. Takie rozwiązanie byłoby "złotym środkiem" pomiędzy oczekiwaniami Zamawiającego oraz minimalizowaniem wszelkich ryzyk po jego stronie a możliwościami wykonawców działających na rynku.

Wykonawca wnosi zatem o zmianę sformułowania: „zwielokrotnianie kopii” na „wykonanie kopii zapasowej”. W ocenie Wykonawcy w umowie powinno również znaleźć się postanowienie, zgodnie z którym: „Wymogi producentów/wytwórców oprogramowania dostarczonego przez Wykonawcę w zakresie _ warunków licencyjnych nabytego oprogramowania w szczególności, co do sporządzania kopii oprogramowania, są nadrzędne w stosunku do wymogów Zamawiającego w powyższym zakresie, z zastrzeżeniem praw do korzystania z nabytego Oprogramowania autorskiego dla Systemu oraz oprogramowania dedykowanego.”

IV. Wzór umowy – §13 ust. 3 pkt 3.7

Wykonawca wskazuje, że zasadnym wydaje się dodatnie w §13 ust. 3 pkt 3.7 wzoru umowy zdania: „Przez „Oprogramowanie autorskie dla Systemu” Zamawiający rozumie „nabyte oprogramowanie dedykowane”, o którym mowa w § 22 ust 6 pkt 6.13 Umowy.”

W obecnym wzorze umowy Zamawiający używa pojęcia „Oprogramowanie autorskie dla Systemu”, które zdefiniowano w §13 ust. 3 pkt 3.7 wzoru Umowy oraz pojęcia oprogramowania dedykowane (§ 13 ust. 7 oraz § 22 ust. 6 pkt 6.13 wzoru umowy). Przy czym we wzorze umowy Zamawiający nie zawarł definicji „oprogramowania dedykowanego”, co może budzić wątpliwości interpretacyjne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe może rodzić znaczące utrudnienia na etapie

realizacji umowy, jak również na etapie eksploatacji systemu. Umowa w obecnym brzmieniu nie rozgranicza zakresu obu rodzajów oprogramowań jak również zakresu uprawnień ich użytkowania.

Dla wykonawców ustanowienie definicji obu pojęć (rodzajów oprogramowań) ma istotne znaczenie z tego względu, że przy użyciu obu wyżej wskazanych pojęć Zamawiający określił kluczowe obowiązki Wykonawcy w zakresie przekazania kodów źródłowych do oprogramowania dostarczanego przez Wykonawcę w ramach umowy.

I tak zgodnie z treścią §13 ust. 12 wzoru umowy:

"W ramach nabytych praw związanych z korzystaniem z licencji do oprogramowania, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu kody źródłowe (zapis programu komputerowego przy pomocy określonego języka programowania) do programów, które w wyniku analizy dokumentów będą zakwalifikowane przez Zamawiającego jako Oprogramowanie autorskie dla Systemu."

Wykonawca żąda doprecyzowania opisu przedmiotu umowy poprzez dodanie do wzoru umowy, że obowiązek przekazania kodów źródłowych do oprogramowania dedykowanego i dedykowanych protokołów komunikacyjnych, o których mowa w § 22 ust 6 pkt 6.13 Umowy dotyczy wyłącznie kodów źródłowych do „Oprogramowania autorskiego dla Systemu” oraz odnośnych protokołów zgodnie z definicją zawartą w §13 ust. 3 pkt 3.7 wzoru umowy.

Alternatywnie Wykonawca wnosi (i) o dodanie do umowy definicji "Oprogramowania dedykowanego" oraz regulacji, zgodnie z którymi (ii) przekazanie kodów źródłowych do Oprogramowania autorskiego dla systemu _ nastąpi na zasadach określonych w par. 22 ust. 6 pkt 6.13 Umowy dla oprogramowania dedykowanego.

Żądanie Wykonawcy wynika z potrzeby ograniczenia obrotu kodami źródłowymi oraz praw producenta oprogramowania do ochrony jego podstawowego *know-how*. Utrzymanie pełnej kontroli nad kodami jest warunkiem funkcjonowania producenta oprogramowania na rynku i jego przewagi konkurencyjnej. Wskazania wymaga, że przekazanie kodów źródłowych dla oprogramowania standardowego z uwagi na warunki licencjonowania programów komputerowych np. Microsoft nie będzie możliwe. Umowa w takim zakresie będzie niewykonalna, a żaden z wykonawców nie będzie mógł złożyć skutecznej oferty w postępowaniu.

V. Wzór umowy – § 23 ust. 1 pkt 1.8

Zgodnie z § 23 ust. 1 pkt 1.8 wzoru umowy: *"Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za niedopełnienie każdego z obowiązków niniejszej Umowy w wysokości 100 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek, za wyjątkiem tych w punktach 1.1 – 1.7 oraz 1.9 – 1.10"*.

Z przywołanego powyższej postawienia wzoru umowy nie sposób wywieść jakiego rodzaju uchybienia w realizacji obowiązków umownych będą uprawniały Zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej. Umowa w tym zakresie jest nieprecyzyjna oraz uniemożliwia wykonawcy w sposób dokładny określenie wszelkich ryzyk kontraktowych. Tego rodzaju regulacje dają również Zamawiającemu arbitralne uprawnienie do dokonywania subiektywnej oceny, czy dane zachowanie wykonawcy spełnia przesłanki do naliczenia mu kary umownej na podstawie powyższej regulacji. To w konsekwencji będzie kreować w całym okresie realizacji umowy po stronie wykonawcy stan niepewności, co do ewentualnych konsekwencji poszczególnych działań.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający nie dokonuje gradacji charakteru poszczególnych uchybień obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy – bez względu na to czy uchybienie będzie miało charakter formalny (np. niedopełnienie przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania

umowy w terminie w terminie), czy też będzie stanowiło rażące naruszenie umowy (np. niedopełnienie standardów bezpieczeństwa) kara umowna zawsze będzie miała tę samą wysokość.

Przepis 483 Kodeksu cywilnego wymaga, aby zastrzeżona kara umowna została określona w sposób precyzyjny i jasny.

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych: *"Kara umowna może zostać ustanowiona zarówno na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego w ogólności, jak i na wypadek określonych przejawów niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Może to dotyczyć zarówno obowiązków głównych, jak i ubocznych. W związku z tym, znaczenia jednak nabiera wymóg precyzyjnego sformułowania klauzuli dotyczącej kary umownej, tak aby nie było wątpliwości z jaką postacią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powiązany został obowiązek jej zapłaty."* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2019 r. VII AGa 1694/18)

Podobnie także: *"Kara umowna jest uznawana za swoisty ryczałt odszkodowawczy, pełniący funkcje delimitacyjną oraz sygnifikacyjną i z tej przyczyny jej zastrzeżenie powinno stwarzać możliwość obliczenia wysokości kary już w momencie zawarcia umowy. Nie rodzi to jednak obowiązku podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą określić karę pośrednio przez wskazanie podstawy jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte."* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 marca 2019 r. I AGa 201/18)

Oraz: *"Kara umowna, aby spełniała swe ustawowe funkcję winna odnosić się do ściśle określonych uchybień w obowiązkach z umowy. Elementem przedmiotowo istotnym zastrzeżenia kary umownej jest określenie zobowiązania albo pojedynczego obowiązku. Oznacza to, że strony ustalając karę umowną są zobowiązane oznaczyć obowiązek lub rodzaje obowiązków, które w razie naruszenia podlegają karze i to w sposób umożliwiający ich identyfikację. **Kara umowna nie może zabezpieczać obowiązków oznaczonych in abstracto.**"* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2017 r. I ACa 340/16)

Dodatkowo zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna umożliwia jej naliczenie również za przewinienia wykonawcy, które nie są związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (z uwagi na otwarty katalog przesłanek jej naliczenia). To z kolei prowadzi do sytuacji, w której mamy do czynienia z niedozwolonym na gruncie ustawy Pzp postanowieniem (klauzulą abuzywną). Zgodnie art. 433 pkt 2 ustawy Pzp *"Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem"*.

Zamawiający w tym zakresie naruszył przepisy bezwzględnie obowiązujące.

Wykonawca wnosi alternatywnie o:

- Wykreślenie z § 23 ust. 1 pkt 1.8 wzoru umowy;
- Doprecyzowanie zakresu uchybień objętych dyspozycją § 23 ust. 1 pkt 1.8 wzoru umowy."

Wyjaśnienie 4.1.

Zamawiający dokonał w dniu 6 lipca 2022 r. modyfikacji treści wzoru umowy.

Powyższe informacje stanowią integralną część SWZ i należy je uwzględnić w składanej ofercie.

z up. PREZYDENTA MIASTA

dr Dariusz Lesicki
Zastępca Prezydenta