**Warszawa, 3 luty 2020 r.**

**Wykonawcy ubiegający się o zamówienie**

**Dotyczy: zaproszenia do składania ofert na udzielenie dostępu do elektronicznej bazy danych profilowanej w zakresie zamówień publicznych w trybie on-line zawierającej aktualne i archiwalne orzecznictwo KIO, sądów administracyjnych, SN, NSA, SO**

W nawiązaniu do pytań, skierowanych do Zamawiającego, Zamawiający uprzejmie wyjaśnia:

**Pytanie nr 1**

W modelu biznesowym Wykonawcy, jak i w modelach biznesowych wielu (większości) podmiotów udostępniających analogiczne do Wykonawcy oprogramowanie, przyjęto, iż choć zasadą jest, że Wykonawca nabywa i posiada prawa autorskie co do niemal wszystkich elementów składowych składających się na system, niekiedy (w wyjątkowych sytuacjach) dochodzi do uzyskania od twórców licencji (z prawem ich dalszego udostępniania klientom Wykonawcy bez ograniczeń), zamiast nabywania autorskich praw majątkowych na własność. Z perspektywy Zamawiającego jest to okoliczność zupełnie nieistotna, bowiem to Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby wszelkie elementy składowe Systemu były udostępnianie zgodnie z prawem i to na Wykonawcy a nie na Zamawiającym ciąży ewentualne ryzyko uchybień w tym zakresie. Wykonawca zwraca przy tym uwagę, że dodatkowe zabezpieczenie interesów Zamawiającego kreuje w tym kontekście również postanowienie § 4 ust. 6 projektu umowy. Dla uniknięcia wątpliwości Wykonawca wnosi zatem o zmianę treści § 3 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu następującego brzemienia:

„Wykonawca oświadcza, że przysługują mu autorskie prawa majątkowe lub licencje do treści zawartych w systemie oraz, że charakter stosunków prawnych łączących go z twórcami poszczególnych składowych systemu powoduje, że nabywa on takie prawa lub licencje do każdej zaktualizowanej wersji systemu.”

**Odpowiedź na pytanie 1**

Zamawiający zmienia brzmienie § 3 ust. 5) na następujące:

„Wykonawca oświadcza, że przysługują mu autorskie prawa majątkowe lub licencje do treści zawartych w systemie oraz, że charakter stosunków prawnych łączących go z twórcami poszczególnych składowych systemu powoduje, że nabywa on takie prawa lub licencje do każdej zaktualizowanej wersji systemu.”

**Pytanie nr 2**

W kontekście zapisów zawartych w § 3 ust. 6 projektu Umowy Wykonawca zawraca uwagę na fakt, iż zapis ten jest nadmiernie restrykcyjny w stosunku do realiów rynkowych. Trudno zaakceptować stanowisko, wg którego nawet najdrobniejsze nieuciążliwe dla Zamawiającego niezawinione przez Wykonawcę uchybienie będzie traktowane jako „niedotrzymanie przez Wykonawcę istotnych warunków umowy”. Wykonawca wnosi zatem o usunięcie § 3 ust. 6 lub nadanie mu następującego brzmienia (lub innego uznanego przez Zamawiającego za właściwie łagodzącego wydźwięk § 3 ust. 6):

„Rażące naruszenie przez Wykonawcę któregokolwiek z zapisów umowy, w sytuacji braku jego zaprzestania pomimo wyznaczenia Wykonawcy odpowiedniego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze, traktowane będzie jako niedotrzymanie przez Wykonawcę istotnych warunków umowy.”

**Odpowiedź na pytanie 2**

Zamawiający zmienia brzmienie § 3 ust. 6) na następujące:

„Naruszenie przez Wykonawcę któregokolwiek z zapisów umowy, w sytuacji braku jego zaprzestania pomimo wyznaczenia Wykonawcy stosownego terminu, traktowane będzie jako niedotrzymanie przez Wykonawcę istotnych warunków umowy”.

**Pytanie nr 3**

Wykonawca wnosi o zmianę treści § 4 ust. 10 bowiem najwyraźniej wkradła się do niego omyłka natury pisarskiej. Wykonawca uważa, że w zamyśle Zamawiającego w postanowieniu tym miała być mowa o przesunięciu terminu wskazanego w ust. 9 a nie w ust. 1 (ust. 1 nie zawiera żadnego terminu).

**Odpowiedź na pytanie 3**

Zamawiający zmienia brzmienie § 4 ust. 10 na następujące:

„Zamawiający może udzielić zgody na przesunięcie terminu wskazanego w ust. 9 w sytuacjach szczególnie uzasadnionych.”

**Pytanie nr 4**

W § 8 ust. 5 projektu umowy Zamawiający przewidział dla siebie prawo do potrącenia kar umownych. 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 wraz z podaniem przyczyny naliczenia tej kary? Jeśli Zamawiający zgodziłby się na powyższe rozwiązanie, Wykonawca proponuje, by uzupełnić ww. postanowienie o zdanie w następującym brzmieniu:

"Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) lub pisemną o zamiarze naliczenia kary umownej wraz z podaniem przyczyny do naliczenia tej kary."

**Odpowiedź na pytanie 4**

Zamawiający zmienia brzmienie § 8 ust. 5 na następujące:

„Zamawiający jest uprawniony do potrącenia naliczonych kar umownych z przysługującej Wykonawcy należności na podstawie noty księgowej wystawionej przez Zamawiającego, a Wykonawca wyraża zgodę na powyższe potrącenie. Zamawiający informuje Wykonawcę drogą elektroniczną (e-mail) lub pisemną o naliczeniu kary umownej wraz z podaniem przyczyny naliczenia tej kary.”

**Pytanie nr 5**

Z uwagi na fakt, że wszystkie kary umowne przewidziane w istotnych postanowień umowy naliczane są od całkowitej wartości umowy 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 na pytanie 5**

Odnośnie zapisów § 8 ust.1 patrz odpowiedź nr 7 i 8.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie przewiduje zmiany umowy.

**Pytanie nr 6**

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zgodziłby się na wprowadzenie postanowienia ograniczającego odpowiedzialność Wykonawcy do wysokości wartości brutto Umowy.

Wiedzą powszechną jest bowiem, że nie istnieje program komputerowy czy publikacja elektroniczna, która funkcjonowałaby bezbłędnie, a zwłaszcza współdziałała poprawnie z każdym oprogramowaniem i sprzętem dostępnym w sprzedaży. Powyższe stwierdzenie znajduje uzasadnienie w stosowanych przez wielu uznanych dostawców aplikacji wyłączeniach odpowiedzialności za wady programu. Dostawcy 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 (nowy sprzęt, nowe oprogramowanie), z reguły wyłączają w ogóle swoją odpowiedzialność, w tym w szczególności za szkody wynikłe z jego wad, z rzadka oferując odpowiedzialność ograniczoną do wartości umowy.

W celu realizacji ww. postulatu Wykonawca proponuje o stosowne zmiany treści § 8 ust. 3 i 4 projektu umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„3. Przewidziane kary umowne nie wyłączają możliwości dochodzenia przez Strony odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych na zasadach ogólnych do wysokości kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust 1.

4. Wykonawca zobowiązuje się pokryć wszystkie straty poniesione przez Zamawiającego lub osoby trzecie, powstałe w czasie wykonywania niniejszej umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wynikłe z nieterminowego i nienależytego wykonania umowy, przy czym odpowiedzialność”.

**Odpowiedź na pytanie 6**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w § 8 ust. 3 i 4 projektu umowy.

**Pytanie nr 7 i 8**

7. W kontekście § 8 ust. 1 Wykonawca zwraca uwagę, że przewidziana tam kwota kary umownej jest rażąco wygórowana i nijak nie przystaje do realiów rynkowych. Postanowienie przewidujące karę umowną w wysokości 0,5% wartości umowy za każdą godzinę niedostępności systemu (po upływie pierwszych 24 godzin) sprawia, że już po 9 dniach ewentualnego braku dostępu (który może być wywołany różnymi, nie zawsze zawinionymi przez Wykonawcę okolicznościami) kwota wynagrodzenia zrówna się z kwotą kary umownej. Tak wysoki pułap kary umownej jest zupełnie niespotykany w praktyce kontraktowania z jaką Wykonawca spotyka się na co dzień. Wykonawca wnosi zatem o zmianę treści ww. § 8 ust. 1 poprzez zamianę słów „każdą rozpoczętą godzinę” na słowa „każdy kolejny rozpoczęty dzień”.

**8.** Z analogicznych przyczyn jak wskazane powyżej Wykonawca wnosi o wprowadzenie ograniczeń w maksymalnej kwocie kar umownych, co jest praktyką przyjętą powszechnie przy tego rodzaju usługach jakie świadczy Wykonawca. Wykonawca wnosi w tym zakresie o dodanie do § 8 ust. 1 na końcu przed kropką słów „przy czym maksymalna wysokość kary umownej z tego tytułu nie może przekroczyć 100% kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust 1”

**Odpowiedź na pytanie 7 i 8**

Zamawiający zmienia brzmienie § 8 ust. 1 na następujące:

Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w przypadku przerwy w dostępie do systemu z winy Wykonawcy, trwającej jednorazowo, bez przerwy powyżej 24 godzin, za każdą rozpoczętą godzinę w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia brutto, przy czym maksymalna wysokość kary umownej z tego tytułu nie może przekroczyć 100% kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust 1”.

**Pytanie nr 9**

Z uwagi na brzmienie § 9 ust. 6 projektu umowy Wykonawca zwraca uwagę, iż przepisy Rozporządzenia RODO nakładają na Wykonawcę obowiązek pozyskiwania upoważnień do przetwarzania danych i prowadzenia stosownego rejestru upoważnień. Jednocześnie specyfika prowadzonej przez Wykonawcy działalności, w której obsługuje on tzw. klienta masowego, wyklucza prowadzenie odrębnych rejestrów i stosowanie odrębnych wzorów upoważnień dla każdego klienta Wykonawcy. Jednocześnie fakt, iż Wykonawca musi stosować i stosuje ww. wymogi Rozporządzenia RODO, tj. wydaje stosowne upoważnienia i prowadzi ich rejestr, w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Wykonawca prosi o potwierdzenie, iż Zamawiający wyraża zgodę, aby Zamawiający wypełniał obowiązki wskazane w § 9 ust. 6 projektu umowy przy wykorzystaniu własnych wzorów dokumentów a nie tych, które przygotował Zamawiający.

**Odpowiedź na pytanie 9**

Zamawiający uzna wymóg za spełniony, gdy posiadane przez Wykonawcę dokumenty, rejestry, etc. zawierają co najmniej te informacje, które podane są we wzorach.

**Pytanie nr 10**

W odniesieniu do § 9 ust. 8 projektu umowy, z uwagi na fakt, że Wykonawca korzysta z usług stałych podwykonawców, a konieczność każdorazowego uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego na dalsze powierzenie (podpowierzenie), mogłaby wręcz paraliżować wywiązywanie się przez Wykonawcę z obowiązków przewidzianych w umowie głównej (np. realizacji obowiązków związanych z usuwaniem awarii – w przypadku zgłoszenia takowej przez Zamawiającego, przed przystąpieniem do działań naprawczych przez współpracowników Wykonawcy, koniecznym byłoby czekanie na indywidualną zgodę Zamawiającego na powierzenie danych osobowych), Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę treści § 9 ust. 8 i nadanie mu brzmienia następującego:

„Jeżeli Wykonawca realizując umowę zleci podwykonawcom prace, w trakcie których będą przetwarzane dane osobowe, odpowiednio powierzy im, za zgodą Zamawiającego, w drodze umowy zawartej na piśmie przetwarzanie tych danych na warunkach zgodnych z niniejszą umową. W przypadku zlecenia prac podwykonawcom, Wykonawca odpowiada za szkody, jakie powstaną wobec Zamawiającego lub osób trzecich na skutek przetwarzania przez podwykonawców danych osobowych niezgodnego z niniejszą umową lub przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający wyraża niniejszym zgodę na powierzenie przetwarzania danych osobowych podmiotom udostępniającym serwery, za pomocą których Wykonawca świadczy usługi objęte umową oraz współpracownikom Wykonawcy, którzy realizują usługi wsparcia technicznego w zakresie objętym umową lub są podwykonawcami Wykonawcy w innym zakresie”.

**Odpowiedź na pytanie 10**

Zamawiający zmienia brzmienie § 8 ust. 5) na następujące:

„Jeżeli Wykonawca realizując umowę zleci podwykonawcom prace, w trakcie których będą przetwarzane dane osobowe, odpowiednio powierzy im, za zgodą Zamawiającego, w drodze umowy zawartej na piśmie przetwarzanie tych danych na warunkach zgodnych z niniejszą umową. W przypadku zlecenia prac podwykonawcom, Wykonawca odpowiada za szkody, jakie powstaną wobec Zamawiającego lub osób trzecich na skutek przetwarzania przez podwykonawców danych osobowych niezgodnego z niniejszą umową lub przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający wyraża niniejszym zgodę na powierzenie przetwarzania danych osobowych, w drodze umowy zawartej na piśmie przetwarzanie tych danych na warunkach zgodnych z niniejszą umową, podmiotom udostępniającym serwery, za pomocą których Wykonawca świadczy usługi objęte umową oraz współpracownikom Wykonawcy, którzy realizują usługi wsparcia technicznego w zakresie objętym umową lub są podwykonawcami Wykonawcy w innym zakresie”

**Pytanie nr 11**

W nawiązaniu do § 9 ust. 9 projektu umowy Wykonawca zwraca się z prośbą, aby z uwagi na zabezpieczenie jego słusznych interesów, do których należy m.in. prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, Zamawiający wyraził zgodę na dodanie na końcu następującego zdania: „Zastrzega się, że kontrolującym nie może być podmiot (lub osoba będąca pracownikiem lub współpracownikiem w jakimkolwiek zakresie takiego podmiotu) prowadzący w sposób pośredni lub bezpośredni działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy.

Nadto zgodnie z powszechnie przyjętymi standardami dotyczącymi uprawnień do audytowania podmiotów przetwarzających dane przez powierzających przetwarzanie, Wykonawca wnosi o wprowadzenie do § 9 ust. 9 projektu umowy postanowienia gwarantującemu Wykonawcy, iż kontrola może być dokonana za uprzedzeniem dokonanym przez Zamawiającego na co najmniej 7 dni przed datą jej przeprowadzenia. Nie sposób bowiem przyjąć za właściwe i słuszne uprawnienia do dokonywania przez Zamawiającego nagłych, niespodziewanych kontroli u Wykonawcy, które w mniejszym lub większym stopniu mogą paraliżować jego działalność, angażować zasoby, pracowników itd.

**Odpowiedź na pytanie 11**

Zamawiający wyraża zgodę, aby podmiot kontrolujący Wykonawcę nie prowadził działalności konkurencyjnej w stosunku do niego. W pozostałym zakresie pytania Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie nr 12**

Z uwagi na brzmienie § 9 ust. 10 projektu umowy Wykonawca zwraca uwagę na precyzyjne wskazania przepisów RODO, które przesądzają, że to na administratorze ciąży obowiązek informacyjny a także inne obowiązki wskazane w Rozdziale III Rozporządzenia RODO. Zamawiający zwraca się z prośbą o usunięcie § 9 ust. 10 projektu umowy bowiem trudno przyjąć za właściwe i sprawiedliwe przenoszenie ciężaru wypełniania ww. obowiązku z Zamawiającego na Wykonawcę.

**Odpowiedź na pytanie 12**

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę i zapis zostanie usunięty z umowy.

**Pytanie nr 13**

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z pytaniem, czy ze względu na fakt, że do programów stanowiących przedmiot umowy Wykonawca stosuje powszechnie standardowe (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, szczególnie z uwagi na określenie minimalnego zakresu uprawnień względem korzystania z systemu i ochrony przed ew. roszczeniami, zwłaszcza podmiotów trzecich.

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 na pytanie 13**

Zamawiający nie wyraża zgody na dołączenie do umowy jako załącznika Ogólnych Warunków Umowy.

**Pytanie nr 14**

Z uwagi na charakter publikacji online objętej zapytaniem ofertowym ogłoszonym przez Zamawiającego nie budzi wątpliwości, że przedmiotem przyszłej umowy zawartej przez Strony jest udzielenie Zamawiającemu przez Wykonawcę niewyłącznych i niezbywalnych licencji na korzystanie z tej publikacji przez czas oznaczony, tj. w oznaczonym umową okresie abonamentowym. Publikacje objęte zamówieniem są bowiem przedmiotem autorskich praw majątkowych i praw wyłącznych przysługujących Wykonawcy zarówno na mocy ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak i ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych.

Tymczasem, w treści zapytania ofertowego Wykonawca nie odnalazł postanowień dot. udzielenia licencji. Mając zatem na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z uprzejmą prośbą o doprecyzowanie § 1 ust. 1 poprzez zmianę jego zdania pierwszego i nadaniu mu następującego brzmienia:

„Przedmiotem zamówienia jest udzielenie przez Wykonawcę w okresie obowiązywania umowy niewyłącznych i niezbywalnych licencji na dostęp do elektronicznej bazy danych profilowanej w zakresie zamówień publicznych w trybie on-line zawierającej aktualne i archiwalne orzecznictwo KIO, sądów administracyjnych, SN, NSA, SO (zwanej dalej bazą lub systemem), uprawniających do korzystania z ww. bazy danych Zamawiającego, w tym jego pracowników, bez możliwości udostępniania podmiotom trzecim.”

**Odpowiedź na pytanie 14**

Zamawiający dotychczasowej treści w § 1 nadaje oznaczenie ust. 1 i dodaje ust.2 o następującej treści:

„2. Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej i niezbywalnej licencji na korzystanie z przedmiotu umowy w okresie jej obowiązywania.”

**Pytanie nr 15**

Z uwagi na posłużenie się przez Zamawiającego przy formułowaniu OPZ pojęciem zapewnienia Zamawiającemu „nieograniczonego dostępu” dla uniknięcia wątpliwości i ryzyk związanych z opatrznym jego rozumieniem Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje udostępniania wskazanego oprogramowania na zasadach przewidzianych przez Wykonawcę w standardowej obowiązującej jego klientów użytkujących analogiczne oprogramowanie dokumentacji danego oprogramowania, w tym instrukcjach i regulaminach.

**Odpowiedź na pytanie nr 15**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie takich zmian.

W związku z wprowadzonymi zmianami Zamawiający zmienia termin składania ofert na dzień **4 lutego 2020 roku na godzinę 11:00.**