

**Do Zainteresowanych**

Wrocław, dnia 16.03.2021r.

WZP.271.1.6.2021
ZP/PN/7/2021/WOK/760

Dotyczy: postępowania na „Świadczenie usługi serwisu i Hotline, modyfikacji systemu do posiadającego przez Zamawiającego Systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją zrealizowanego w projekcie „Digitalizacja archiwum miejskiego we Wrocławiu wraz z elektronicznym zdalnym systemem dostępu do dokumentacji” o znaku ZP/PN/7/2021/WOK

Działając w trybie art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Zamawiający odpowiada na pytania z dnia 10.03.2021r.

Pytanie nr 2

Dotyczy: § 7 ust. 3 wzoru umowy

Prosimy o usunięcie fakturowania i wypłaty wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług serwisu i Hotline i modyfikacji systemu w oparciu o podpisane przez obie Strony protokoły odbioru. Wskazujemy, że usługi objęte umową są usługami o charakterze ciągłym. Zgodnie z zasadą ogólną wynikającą z art. 19a ust. 1 ustawy o VAT, obowiązek podatkowy powstaje w momencie dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi. Zgodnie z art. 19a ust. 3 zd. 1 ustawy o VAT "Usługę, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego okresu, do którego odnoszą się te płatności lub rozliczenia, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi(...)". W związku z powyższym, w stosunku do usługi ciągłej, obowiązek podatkowy powstaje z nadejściem ostatniego dnia każdego kolejnego okresu rozliczeniowego. Płatność za takie usługi nie odbywa się na podstawie podpisanych protokołów odbioru, albowiem obowiązek podatkowy powstaje w innym momencie. W związku z tym, wnosimy o usunięcie ww. zapisu.

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający pozostaje przy zapisach we wzorze umowy.

Pytanie nr 3

Dotyczy: § 7 ust. 5 wzoru umowy

Prosimy o dostosowanie ww. postanowienia do ogólnych zasad wykonywania zobowiązań pieniężnych (jako tzw. „długów oddawczych”) w następujący sposób: „Terminem dokonania płatności będzie data uznania rachunku bankowego Wykonawcy.”.

Odpowiedź na pytanie nr 3

Zamawiający pozostaje przy zapisach we wzorze umowy.

Pytanie nr 4

Dotyczy: § 12 ust. 5, 7 wzoru umowy

Co Zamawiający rozumie przez: „wszelką drogę postępowania polubownego”, którą Strony zobowiązują się wyczerpać w razie powstania sporu?

Czy w celu wyczerpania „wszelkiej drogi postępowania polubownego” wystarczające będzie uprzednie skierowanie do Strony pisma opisującego ewentualne roszczenie?

Czy konieczne będzie uprzednie zawezwanie drugiej Strony do próby ugodowej zgodnie z procedurą cywilną?

W związku z brakiem umowy o mediację, wnosimy o potwierdzenie, że mediacja nie będzie uznawana za „wszelką drogę postępowania polubownego” w rozumieniu ust. 5. Prosimy także o usunięcie mediacji z ust. 7.

W związku z brakiem zapisu na sąd polubowny, wnosimy o potwierdzenie, że postępowanie arbitrażowe nie będzie uznawane za „wszelką drogę postępowania polubownego” w rozumieniu ust. 5.

Odpowiedź na pytanie nr 4

Zamawiający modyfikuje § 12 ust.7. Otrzymuje on brzmienie:

7. Jeżeli Strona odmówi uznania roszczenia, nie udzieli odpowiedzi na roszczenie, w tym na wniosek o zawezwanie do próby ugodowej przed sądem, w terminie, o którym mowa w ust. 6 niniejszego paragrafu lub nie wyrazi zgody na mediację albo od mediacji odstąpi, to spór będzie rozstrzygany przez sąd właściwy dla siedziby Zamawiającego.

Pytanie nr 5

Dotyczy: Załącznika nr 1 do wzoru umowy

Czy Zamawiający zgodzi się na wprowadzenie zapisu do ust. 5 Procedury określonej w Załączniku nr 1 do umowy: „Liderzy wsparcia serwisowego po stronie Wykonawcy i Zamawiającego mogą ustalić dłuższy czas realizacji zgłoszenia.”? Wskazujemy, że niekiedy realizacja poszczególnego zgłoszenia (w tym czynności weryfikującej zgłoszenie) może być utrudniona lub niezwykle pracochłonna. Wprowadzenie powyższego postanowienia umożliwi Stronom elastyczne reagowanie na różne niemożliwe do przewidzenia okoliczności, które mogą zdarzyć się w toku realizacji umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 5

Opis w załączniku jest elastyczny. Ustalona jest zasada w pkt. 7.5

Obejście (rozwiązanie tymczasowe)

Jeżeli Naprawa wady w przewidzianym czasie jest niemożliwa lub znacznie utrudniona, Strony dopuszczają zastosowanie Obejścia.

Zastosowanie Obejścia nie wyłącza zobowiązania Wykonawcy do Naprawy wady. W przypadku zastosowania Obejścia, Czas Naprawy zostanie ustalony indywidualnie dla danego Zgłoszenia w porozumieniu z Zamawiającym.

W przypadku gdy Wykonawca nie usunie Wady bądź nie zaproponuje Obejścia w umówionym terminie Zamawiający może wyznaczyć Wykonawcy dodatkowy termin, poza terminami napraw wskazanymi w punkcie Czas dostępności wraz z czasami realizacji usług.

Pytanie nr 6

Dotyczy: Załącznika nr 1 do wzoru umowy

Czy w związku z tym, że przedmiotem Umowy jest świadczenie usług asysty technicznej, Zamawiający potwierdza, że rękojmia jest wyłączona?

Ewentualnie – czy Zamawiający zgodzi się na wyłączenie rękojmi?

Usługi asysty technicznej zostały określone bardzo szeroko. W związku z powyższym, nieproporcjonalne jest przysługiwanie Zamawiającemu równoległe uprawnień z tytułu rękojmi. Tego rodzaju wyłączenie stosowane jest przez niemal wszystkich dostawców i producentów w odniesieniu do oprogramowania komputerowego. Jednocześnie podkreślić należy, że 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, 570-572 i 576 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.

Odpowiedź na pytanie nr 6

Zamawiający potwierdza, że rękojmia co do usług świadczonych na podstawie umowy i ich efektów jest wyłączona.

Pytanie nr 7

Dotyczy: wzoru uppdo - Załącznika nr 3 do wzoru umowy

Czy Zamawiający potwierdza, że do Załącznika nr 3 do wzoru umowy – wzoru uppdo zastosowanie znajduje § 5 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „Całkowita odpowiedzialność Stron ze wszelkich tytułów zostaje ograniczona do wysokości 100% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy.”?

Ewentualnie, prosimy o wprowadzenie tożsamej limitacji odpowiedzialności do wzoru uppdo. Brak ograniczenia odpowiedzialności uniemożliwia Wykonawcom wycenę ryzyk związanych z realizacją umowy, a w dalszej kolejności złożenie oferty.

Odpowiedź na pytanie nr 7

Zapisy umowy uppdo oraz umowy głównej pozostają bez zmian.

Pytanie nr 8

Dotyczy: wzoru uppdo – Załącznika nr 3 do wzoru umowy

Wzór umowy uppdo zakłada szczegółową weryfikację Podmiotu przetwarzającego poprzez uzupełnienie tzw. listy kontrolnej, stanowiącej załącznik nr 2 do uppdo.

Żądanie uzupełnienia listy kontrolnej w tak szczegółowym zakresie należy uznać za rażąco nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Lista kontrolna wymaga wskazania szeregu informacji, a także skanów dokumentów, których Wykonawcy nie przekazują z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. W zamówieniach publicznych z branży IT brak jest zwyczaju żądania od wykonawców uzupełnienia tak szczegółowej listy kontrolnej. Wykonawca zdaje sobie sprawę, że Zamawiający chce korzystać z usług podmiotów przetwarzających, którzy zapewniają wystarczające gwarancje – w szczególności jeżeli chodzi o wiedzę fachową, wiarygodność i zasoby – wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych odpowiadających wymogom RODO. Chęć taka nie może jednak korespondować z nałożeniem na Wykonawcę obowiązku przedstawienia tak szczegółowych, nieproporcjonalnych informacji związanych z organizacją Wykonawcy, która stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa (np. skanu dokumentów z audytów podmiotów trzecich). Przepisy pzp nie dają Zamawiającemu takiej możliwości.

W związku z powyższym, wnosimy o usunięcie obowiązku uzupełnienia przez Podmiot przetwarzający Załącznika nr 2 do uppdo, a wprowadzenie obowiązku przedstawienia przez Podmiot przetwarzający własnego opisu środków organizacyjnych i technicznych, które Podmiot przetwarzający stosuje.

Ewentualnie – wnosimy, aby Zamawiający dopuścił w poszczególnych odpowiedziach na pytania, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, możliwość powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa i brak obowiązku przedstawiania odpowiednich dokumentów.

Odpowiedź na pytanie nr 8

Zamawiający dopuszcza możliwość jedynie wskazania jakimi dokumentami (bez konieczności ich przedkładania) potwierdzającymi spełnienie wymagań, o których mowa w liście kontrolnej, dysponuje Wykonawca. Zamawiający nie dopuszcza jednak możliwości powołania się w tym zakresie przez Wykonawcę na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyjaśniając tą ostatnią kwestię. Po wyborze wykonawcy i podpisaniu umowy głównej, PZP nie wyklucza możliwości żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy określonych dokumentów, zwłaszcza jeżeli wynika to z innych przepisów. W wypadku listy kontrolnej tymi przepisami są m.in. przepisy art. 28 ust. 1 RODO, które obligują administratora do wyboru "(...) podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyj-

nych, by przetwarzanie spełniało wymogi niniejszego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą z RODO". Zamawiający ma zbadać wiarygodność Wykonawcy, w oparciu o ustalone według jego uznania (ale nie wykraczające poza treść art. 28 RODO) kryteria. Zamawiający realizuje to badanie poprzez załączoną do umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych ankietę. W ocenie Zamawiającego żadne z pytań zawartych w rzeczonyj ankiecie nie wykracza poza zakres wiedzy niezbędnej administratorowi do oceny podmiotu przetwarzającego. Jednocześnie żądanie przedłożenia (a co najmniej wskazania) określonych dokumentów, realizując nałożony na administratora obowiązek rozliczalności nałożony w art. 5 ust. 2 RODO. Zamawiający nie będzie miał możliwości zapewnienia rozliczalności, jeżeli Wykonawca nie udostępni mu niezbędnych dokumentów (powołując się np. na tajemnicę przedsiębiorstwa). Nie kwestionując jednak prawa Wykonawcy do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania z Wykonawcą stosownej umowy o zachowaniu poufności.

Pytanie nr 9

Dotyczy: § 12 ust. 3 wzoru uppdo – Załącznika nr 3 do wzoru umowy

Wykonawca wskazuje, że miesiąc na przeprowadzenie audytu to bardzo długi termin – audyt nie może prowadzić do utrudnień w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa Wykonawcy. Prosimy o skrócenie ww. okresu do dwóch tygodni.

Prosimy także o wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym audyt może zostać przeprowadzany raz w ciągu trwania umowy, z zastrzeżeniem sytuacji, o której mowa w § 12 ust. 7 wzoru uppdo.

Odpowiedź na pytanie nr 9

Zamawiający zmienia treść umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, w ten sposób że:

- 1) w § 12 ust. 3 zd. 2 otrzymuje brzmienie: "Audyt nie może trwać dłużej niż dwa tygodnie od jego rozpoczęcia",
- 2) w § 12 dodaje się ust. 10 w brzmieniu: "10. Audyt może zostać przeprowadzany jeden raz w ciągu trwania umowy. Ograniczenie ilościowe, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie dotyczy inspekcji, o których mowa w ust. 7".

Pytanie nr 10

Dotyczy: § 12 ust. 4 wzoru uppdo – Załącznika nr 3 do wzoru umowy

Prosimy o potwierdzenie, że Podmiot przetwarzający będzie uprawniony do zawarcia umowy o zachowaniu poufności z upoważnionymi audytorami.

Odpowiedź na pytanie nr 10

Zamawiający wskazuje, że jeżeli zajdzie taka potrzeba możliwe jest podpisanie umowy o zachowaniu poufności w której wskażemy że tajemnicę/poufność obejmują pracowników Urzędu i inne podmioty, za pomocą których wykonujemy nasze zadania/czynności lub którym powierzyliśmy wykonywanie tych zadań, w szczególności audytorów.