



*Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji
z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii
w Olsztynie*

ZPZ - 2375 - 3815 /20

Olsztyn, dnia 12.06.2020 r.

Dotyczy: Przetarg nieograniczony „Rozwój elektronicznych usług publicznych w SP ZOZ MSWiA z W-MCO w Olsztynie – etap II”, nr sprawy ZPZ-16/04/20

W związku z zapytaniami uczestników postępowania, Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).

Pytanie 1

Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na „Rozwój elektronicznych usług publicznych w SP ZOZ MSWiA z W-MCO w Olsztynie – etap II

Zamawiający wymaga:

Usługa realizowana za pośrednictwem Wykonawcy przez Autora oprogramowania aplikacyjnego. Subskrypcja usługi zapewni Zamawiającemu poprawę jakości oraz poszerzenie zakresu funkcjonalnego oprogramowania aplikacyjnego, jak również dostosowanie tego oprogramowania do zmian czynników wewnętrznych organizacji Zamawiającego oraz zewnętrznych, będących efektem nowelizacji uwarunkowań prawnych (...) Wykonawca w czasie gwarancji dostosuje bezpłatnie oferowane moduły do zmian w przepisach prawa, z zastrzeżeniem, że wyżej wymienione zmiany zostaną udostępnione w terminach umożliwiających Zamawiającemu wywiązanie się z nowych lub zmienionych przepisów.

Wnosimy o szczegółowe doprecyzowanie lub usunięcie wskazanych zapisów. Zapisy dotyczące dostosowanie tego oprogramowania do zmian czynników wewnętrznych organizacji Zamawiającego oraz zewnętrznych, będących efektem nowelizacji uwarunkowań prawnych uniemożliwiają wykonawcy zdefiniowanie w dostatecznym stopniu szczegółowości warunków realizacji zamówienia, nie pozwalają na uprawdopodobnienie warunków świadczenia przedmiotu zamówienia i przenoszą całość ryzyka związanego z aktywnością ustawodawcy na Wykonawcę. Uniemożliwia to skalkulowanie oferty, gdyż Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć pracochłonności dostosowania do ewentualnych (nieokreślonych co do ilości) zmian. Przy tak skonstruowanych zapisach istnieje niebezpieczeństwo nieporównywalnych ofert, każdy z Wykonawców przyjmie inne założenia co do kalkulacji swojego wynagrodzenia.

Odpowiedź:

Zamawiający **podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ.**

Pytanie nr 2

§ 2 ust. 7 i § 4 ust. 6 wzoru umowy

Wykonawca jest zobowiązany do udzielania Zamawiającemu, na każde żądanie, wszelkich informacji o przebiegu wykonywania przez niego Umowy i umożliwienia przeprowadzenia kontroli na każdym etapie realizacji Umowy.

Zamawiający w każdym czasie trwania Umowy, ma prawo do kontroli prawidłowości wykonywania obowiązków Wykonawcy.

Wnosimy o szczegółowe doprecyzowanie warunków, zasad i terminów ewentualnych kontroli do których uprawniony będzie Zamawiający oraz wskazanie, że nie będzie to utrudniało pracy wykonawcy lub usunięcie wskazanych zapisów.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian i podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.

Pytanie nr 3

§ 4 ust. 3 wzoru umowy

Wykonawca wykona niniejszą Umowę w oparciu o informacje dostarczone przez Zamawiającego oraz decyzje przez niego podjęte w trakcie realizacji Umowy, które nie będą wykraczać poza warunki określone w dokumentacji Zamówienia, a w szczególności SIWZ.

Wnosimy o potwierdzenie, że wszelkie informacje niezbędne celem realizacji zamówienia Zamawiający zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z załącznikami), co jest wymogiem przepisów prawa zamówień publicznych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian i podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.

Pytanie nr 4

§ 6 wzoru umowy

Wnosimy o wyjaśnienie, czy istnieje możliwość wprowadzenia zapisów dotyczących zobowiązania Zamawiającego do podpisania protokołów odbioru, w przypadku gdy przedmiot umowy nie będzie posiadał wad istotnych uniemożliwiających jego użytkowanie. Takie rozwiązanie nakładające zobowiązania na obie strony umowy w zakresie procedury odbiorowej może usprawnić ten etap realizacji przedmiotu umowy, jak również pozwoli to na zachowanie równości stron oraz ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób proporcjonalny, co stanowi winno podstawę kształtowania postanowień umowy wzajemnej.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian i podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.

Pytanie nr 5

§ 8 wzoru umowy

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku:

odstąpienia przez którąkolwiek ze Stron od Umowy wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 15% łącznej kwoty brutto określonej w § 7 ust. 1;

opóźnienia Wykonawcy w wykonaniu Umowy w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto przysługującego Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia wskazanego w § 3 ust. 1;

opóźnienia Wykonawcy w wykonaniu każdego z zadań wyszczególnionych w Harmonogramie Realizacji Projektu w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto przysługującego Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia, licząc od wskazanego w Harmonogramie Realizacji Projektu dnia realizacji danego zadania;

opóźnienia w usunięciu wad w przedmiocie Umowy względem terminów wskazanych w §13 ust. 5 Umowy, stwierdzonych w okresie gwarancji, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;

Zwracamy się z zapytaniem do Zamawiającego o potwierdzenie, że na podstawie zapisów umowy nie będzie dochodzić do nakładania na wykonawcę kar umownych za wystąpienie tej samej okoliczności tj.

- w przypadku nieterminowej realizacji zamówienia i równoczesnego odstąpienia z tego tytułu,
- w przypadku nieterminowej realizacji każdego z zadań wyszczególnionych w Harmonogramie Realizacji Projektu i równocześnie nieterminowej realizacji zamówienia jako całości.

W świetle obowiązującego stanowiska doktryny i orzecznictwa Zamawiający nie jest uprawniony do kumulowania kar umownych z tytułu opóźnienia oraz z tytułu odstąpienia od umowy przy zaistnieniu tej samej przesłanki. Jak wskazano we wzorze umowy Zamawiający może bowiem odstąpić od Umowy w przypadku, gdy Wykonawca mimo otrzymania pisemnego wezwania i udzielenia terminu do prawidłowego wykonania Umowy nie wykonuje lub nienależyte wykonuje zobowiązania wynikające z Umowy. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu kar umownych, gdy dotyczą one de facto tej samej okoliczności, nie jest uprawniony do kumulowania kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, w tym kary umownej za nieterminową realizacją zobowiązania z karą umowną za niewykonanie zobowiązania (w przypadku wypowiedzenia, odstąpienia od umowy). Uznane jest, że nie istnieje możliwość jednoczesnego spełnienia wskazanych wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, podobnie wyrok SN z dnia 28 czerwca 2017 r., IV CSK 525/16). Nie może dochodzić do obu kar naraz, bo retroaktywność odstąpienia (natura stosunku prawnego odstąpienia) na to nie zezwala. Art. 494 k.c. ma charakter przepisu kogentywnego w części, w jakiej określa "naturę" stosunku prawnego odstąpienia; w związku z tym niedopuszczalne jest porozumienie stron, które tą naturę miałyby modyfikować. Potwierdzeniem powyższego jest również orzecznictwo. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2017 roku (I ACa 1259/16) wprost wskazano, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy*. Podobnie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt: III CZP 39/12).

Odpowiedź:

W odniesieniu do przypadku pierwszego, Zamawiający nie stwierdza w umowie regulacji uprawniających wykonawcę do takich wniosków. W odniesieniu do przypadku drugiego należy zauważyć należy, iż kary dotyczą dwóch odrębnych zdarzeń choć rodzajowo podobnych.

Zwracamy się z zapytaniem do Zamawiającego o możliwość uregulowania zapisów wzoru umowy w sposób nie naruszający zasady obowiązującej w oparciu o przepisy prawa cywilnego tj. art. 471 i nast. k.c., zgodnie z którą dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że są one następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności tj. poprzez możliwość nakładania na wykonawcę kar umownych w sytuacji zwłoki, a nie opóźnienia.

Okoliczność, że to Zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający – wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c., a interes publiczny nie nakazuje rozszerzenia odpowiedzialności do okoliczności niezależnych, od wykonawcy czyli poza wymóg należytej staranności wykonawcy.

Zgodnie z orzecnictwem wskazuje się na ograniczenie swobody umów w tym zakresie z uwagi na art. 56 k.c., zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, jak również z uwagi na art. 353¹ k.c., zgodnie z którym swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego: „*strony nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika*” (wyrok SN z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12). Ponadto w wyroku SN z dnia 6 maja 1970 r., I CR 145/70: *Granice dopuszczalności umownego rozszerzenia odpowiedzialności wyznaczają ogólne granice swobody umów (art. 353¹ k.c.) w postaci natury (właściwości) zobowiązania, przepisów ustawy oraz zasad współżycia społecznego – por. W. Popiołek (w:) Kodeks..., s. 51; T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 524; A. Rembieliński (w:) Kodeks..., s. 463; K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 850. Dlatego w judykaturze przyjmuje się, że przepis art. 473 § 1 k.c. zezwalający na umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika na takie oznaczone okoliczności, za które na mocy ustawy nie ponosi on odpowiedzialności, nie może być rozumiany w ten sposób, aby dopuszczalne było przerzucenie w całości na dłużnika odpowiedzialności za kary umowne, do których powstania przyczyniła się strona przeciwna. Umowa taka jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego byłaby nieważna (art. 58 § 2 k.c.)*. Również w orzecnictwie KIO wyrażone zostały podobne stanowiska, w wyroku KIO z dnia z dnia 18 maja 2015 roku (KIO 897/15) wskazano, że zamawiający w swoim działaniu nie może korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego. Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

Należy podkreślić, że niedozwolona klauzula określona w art. 433 pkt 1 nowelizowanej ustawy p.z.p. konstytuuje zasadę w postaci zakazu uzależniania odpowiedzialności wykonawcy od zaistnienia opóźnienia, chyba że zamawiający będzie w stanie wykazać, że wprowadzenie takiej klauzuli będzie uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Wskazane zapisy naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są zależne od Wykonawcy, co może prowadzić do ustalenia warunków złożenia oferty obciążonych ryzykiem uniemożliwiającym kalkulację, a tym samym powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na zasadzie winy, chyba strony postanowiły inaczej.

Pytanie nr 6

§ 13 ust. 1 wzoru umowy

W odniesieniu do Oprogramowania gwarancja biegnie od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego.

Wykonawca wnosi o możliwość dokonania zmian zapisu wzoru umowy poprzez dopuszczenie, iż bieg terminu gwarancji rozpocznie się z dniem podpisania przez Zamawiającego bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego lub uruchomienia produkcyjnego oprogramowania – w zależności od tego, które ze zdarzeń będzie miało miejsce wcześniej.



Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Pytanie nr 7

§ 13 ust. 11 wzoru umowy

W okresie ___ miesięcy od podpisania Końcowego Protokołu Odbioru w ramach gwarancji, Wykonawca świadczyć będzie usługę wsparcia technicznego polegającej na udzielaniu Zamawiającemu konsultacji telefonicznych lub za pośrednictwem poczty elektronicznej z zakresu użytkowania i administrowania Platformy e-usług - Konsultacje świadczone będą w wymiarze nie więcej niż 2 godziny dziennie w Dni Robocze w godzinach 08.00 – 16.00.

Wykonawca wnosi o możliwość dokonania zmian zapisu wzoru umowy poprzez doprecyzowanie i określenie maksymalnej miesięcznej liczby godzin świadczenia usługi wsparcia technicznego polegającej na udzielaniu konsultacji. Art. 29 ust. 1 ustawy PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Generalnie wskazane jest, aby w przypadku obowiązków wykonawcy, zostały one szczegółowo opisane oraz zostały objęte ustalonym przez strony wynagrodzeniem. Tylko jednoznaczne doprecyzowanie zapisów umownych w tym zakresie pozwoli na określenie czasochłonności i sporządzenie oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasową treść wzoru umowy.

Pytanie nr 8

§ 13 ust. 13 wzoru umowy

Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego z tytuł rękojmi za wady w okresie 24 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego.

Wykonawca wnosi o możliwość dokonania zmian zapisu wzoru umowy poprzez wyłączenie rękojmi wobec wprowadzenia szczegółowych postanowień gwarancyjnych, które powielają uprawnienia z tytułu rękojmi.

Odpowiedź:

Zamawiający odmawia dokonania zmiany z uwagi na odmienną regulację rękojmi i gwarancji w treści opisanej w umowie.

Pytanie nr 9

Wzór umowy

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający dokona modyfikacji zapisów wzoru umowy w ten sposób, że wprowadzi zapisy ograniczające odpowiedzialność stron (wykonawcy) do szkody rzeczywistej (z wyłączeniem odpowiedzialności za utracone korzyści). Jest to praktykowane w umowach IT, z uwagi na potrzebę wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony. Może to uniemożliwiać skalkulowanie oferty, gdyż Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i oszacować ryzyk. Przy tak skonstruowanych zapisach istnieje niebezpieczeństwo nieporównywalnych ofert.

Odpowiedź:

Zamawiający odmawia wprowadzenia zmiany.

Pytanie nr 10

Wzór umowy

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający dokona modyfikacji zapisów wzoru umowy w ten sposób, że wprowadzi zapisy o górnej granicy odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy na poziomie do 100 % wynagrodzenia z umowy. Pozwoli to na zachowanie równości stron oraz

ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób proporcjonalny, co stanowić winno podstawę kształtowania postanowień umowy wzajemnej. Przy braku limitacji Wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć ewentualnego zakresu swojej odpowiedzialności, a w konsekwencji właściwie oszacować ryzyk i prawidłowo skalkulować cenę oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanej zmiany do wzoru umowy.

Pytanie nr 11

§ 4 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Administrator ma prawo do kontroli przetwarzania przez Procesora powierzonych mu danych osobowych

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający dokona modyfikacji zapisów wzoru umowy poprzez ich doprecyzowanie w zakresie zasad przeprowadzania audytu tj. wskazanie, że audyt może być prowadzony: w siedzibach wykonawcy, w których są przetwarzane powierzone dane, z częstotliwością nie większa niż raz w roku oraz, że może być prowadzony przez upoważnionych audytorów nie prowadzących działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający odmawia wprowadzenia zmiany albowiem audyty wykonawcy najprawdopodobniej będą prowadzone w związku z audytami i kontrolami prowadzonymi wobec Zamawiającego. Jeżeli natomiast wykonawca wniesie zastrzeżenia co do bezstronności audytorów to w zakresie jakim Zamawiający ma wpływ na ich wybór, zastrzeżenie te zostaną rozpoznane.

Pytanie nr 12

§ 4 ust. 1 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych

Informacja o terminie i zakresie audytu, o którym mowa w ust. 1 powyżej, będzie przekazana Procesorowi z co najmniej 2-dniowym wyprzedzeniem.

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający dokona modyfikacji zapisów wzoru umowy poprzez wydłużenie terminu zawiadomienia o kontroli do 7 dni. Termin 2 dniowy może być terminem zbyt krótkim, nie pozwalającym na przygotowanie się do kontroli.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie nr 13

Dotyczy: OPZ - Wymagania Ogólne

Treść: Dostawa i instalacja oprogramowania w celu wdrożenia e-usług jest zadaniem, mającym na celu dostarczenie licencji, instalację i wdrożenie modułów oprogramowania, które będą uzupełnieniem i poszerzeniem posiadanego przez Zamawiającego systemu „AMMS” firmy Asseco Poland o dodatkowe funkcjonalności. Zamawiający nie dopuszcza wymiany już posiadanego oprogramowania a jedynie jego rozbudowę.

Wszystkie nazwy własne oprogramowania i sprzętu użyte w opisie przedmiotu zamówienia należy traktować, jako określenie standardów parametrów technicznych, użytkowych, funkcjonalnych i jakościowych oczekiwanych przez Zamawiającego i należy odczytywać wraz z wyrazami „lub równoważne”.

Pytanie: Pomimo zapisów o równoważności, obecne brzmienie zapisów opisu przedmiotu zamówienia stanowi rażące ograniczenie konkurencji - preferując tylko jednego Wykonawcę - producenta systemu HIS. Zamawiający w OPZ nie przedstawia specyfikacji interfejsów obecnego systemu HIS, a także wskazuje, że "nie przewiduje pośredniczenia w rozmowach z firmami trzecimi dotyczących integracji z ich systemami. Koszty integracji są częścią kosztu oferty składanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu."

W związku z tym prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuści wymianę systemu dziedzinowego AMMS firmy Asseco Poland w celu realizacji przedmiotu Zamówienia?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie takiej zmiany do SIWZ i nie dopuszcza wymiany posiadanego systemu na inny.

Pytanie 14

Zwracamy się z prośbą o zmianę treści punktu który brzmi: „10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem ww. terminu o który mowa powyżej , jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona tylko jedna oferta. Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż”

poprzez zmianę na:

„Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem ww. terminu o który mowa powyżej , jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona tylko jedna oferta. Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 14 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej”.

Odpowiedź:

Zamawiający koryguje omyłkę pisarską nadając treści Działu XIV pkt. 3 SIWZ następujące brzmienie:

„Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem ww. terminu, o którym mowa powyżej, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona tylko jedna oferta”.

Pytanie 15

Zwracamy się z prośbą o modyfikację poprzez dodanie możliwości dokonania Odbioru Jednostronnego przez Wykonawcę w sytuacji gdyby Zamawiający bezpodstawnie odmawiał odbioru.

poprzez dodanie:

„Jeżeli bez uzasadnionej przyczyny, Zamawiający nie przystąpi do procedury odbioru lub bez uzasadnionej przyczyny, odmówi podpisania jakiegokolwiek protokołu, Wykonawca ma prawo dokonania odbioru jednostronnego oraz jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu, który stanowić będzie podstawę płatności i stwierdzenia wykonania prac nim objętych”

Wykonawca wskazuje, że zwłoka Zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków dla Wykonawcy właściwie realizującego swoje zadania, wobec powyższego postanowienie jest niezbędne.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 16

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający zmodyfikuje §4 ust. 2 pkt f na treść jak poniżej:

„Wykonawca będzie realizował Przedmiot Umowy w sposób należyty, tj. m.in. z należytą starannością z zachowaniem standardów właściwych dla tego rodzaju prac.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 17

§ 2 ust. 6

„Wykonawca oświadcza, że Oprogramowanie opracowane będzie wolne od wszelkich wad, w tym wad fizycznych i prawnych, oraz praw zależnych osób trzecich.”

Wykonawca sugeruje wykreślenie wskazanego postanowienia, wskazując, iż jest nadmiarowe, nieadekwatne do specyfiki systemów IT.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 18

§ 8 ust. 3 KARY UMOWNE

Mając na uwadze ukształtowaną praktykę na rynku IT prosimy o modyfikację ust. 3 i nadanie mu brzmienia:

„Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest do wysokości 100% wartości z umowy netto.”

Wykonawca wskazuje, że przy uwzględnieniu warunków rynkowych, tak określony limit skutkuje możliwością skalkulowania oferty, korzystniejszej cenowo dla Zamawiającego. Zgodnie z zasadami funkcjonującymi u Wykonawcy, kwestie związane z nieograniczoną lub ograniczoną odpowiedzialnością, wpływają na ceny oferowanych usług. Jeżeli w umowie znajduje się ograniczenie do wysokości kontraktu, Wykonawca ma możliwość zaoferowania swoich produktów po niższej cenie.

Istotnym jest dodanie, że Urząd Zamówień Publicznych opublikował dokument pn. "Analizę dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 Osi POIG". Co ważne Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje wykorzystanie przekazanych dokumentów wszystkim Zamawiającym, niezależnie od pochodzenia źródła finansowania danego zamówienia publicznego, w tym – współfinansowania zamówienia ze środków europejskich. Jedną z istotniejszych rekomendacji, jest wprowadzanie zapisów, zgodnie z którymi:

- „Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo lub do wartości umowy”.

- „(...)standardowo w umowach IT, odpowiedzialność stron jest ograniczana do szkody rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 19

§ 8 ust. 4

Zamawiający ma prawo potrącenia kar umownych oraz innych wierzytelności z należnego Wykonawcy wynagrodzenia, na co Wykonawca wyraża zgodę. Sugerujemy wykreślić postanowienie.

Kodeks cywilny określa możliwość potrącenia wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy

Pytanie 20

§ 8 – KARY

Wykonawca sugeruje aby w §8 obecnie użyte słowa opóźnienie, zamienić na zgodne z cywilistycznymi zasadami pojęcie ZWŁOKI. Wskazać należy (co jest nagminnie akcentowane przez KIO w swoich orzeczeniach), że Wykonawca nie może odpowiadać za okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności, tak więc ewentualna odpowiedzialność Wykonawcy uzależniona jest od tego czy pozostaje w ZWŁOCE z wykonaniem zobowiązań.

Ponadto:

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający w §8 widzi możliwość dokonania zmian w zakresie wszelkich kar umownych poprzez wprowadzenie w miejsce słów „wartości brutto” słowa „wartości netto”.

Wykonawca wskazuje że wysokość kar umownych została określona na wysokim poziomie dodatkowo podając, że kary umowne określone postanowieniami umowy zostały określone w taki sposób, że są naliczane od kwoty „brutto” wynagrodzenia Wykonawcy. Zważywszy, że odszkodowanie wypłaca się zawsze od kwoty netto (podatek VAT nie jest składnikiem wynagrodzenia wykonawcy) powyższe powoduje że następuje nie uzasadnione podwyższenia wysokości kar umownych.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.

Pytanie 21

§ 4 ust. 1 Obowiązki Zamawiającego

Wykonawca sugeruje modyfikację postanowienia poprzez wskazanie konkretnego czasu tj. 3 dni robocze na „zapewnienie Wykonawcy” niezbędnej infrastruktury i informacji niezbędnych do wykonania Umowy.

Umowa wdrożenia jest umową o dzieło i niezbędne jest współdziałanie stron na każdym etapie realizacji tej umowy w określonym przez strony terminie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy wzoru umowy.

Pytanie 22

§ 9 ust. 3

Wykonawca sugeruje modyfikację postanowienia:

„W przypadku odstąpienia od umowy, Zamawiający dokona zapłaty wynagrodzenia za wykonaną w terminie do dnia, w którym odstąpienie stanie się skuteczne, część zamówienia.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 23

§ 2 ust. 7

„Wykonawca jest zobowiązany do udzielania Zamawiającemu, na każde żądanie, wszelkich informacji o przebiegu wykonywania przez niego Umowy i umożliwienia przeprowadzenia kontroli na każdym etapie realizacji Umowy.”

Zwracamy się z prośbą o modyfikację wskazanego postanowienia poprzez usunięcie :

„na każde żądanie”

Treść stosunku zobowiązaniowego została określona w sposób niejednoznaczny oraz nieprecyzyjny, poprzez wskazanie iż Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego ma udzielać wszelkich informacji. Umowa wdrożenia jest umową o dzieło i niezbędne jest współdziałanie stron na każdym etapie realizacji tej umowy w określonym przez strony terminie.



„Wykonawca jest zobowiązany do udzielania Zamawiającemu, w terminie 7 dni roboczych, wszelkich informacji o przebiegu wykonywania przez niego Umowy i umożliwienia przeprowadzenia kontroli na każdym etapie realizacji Umowy.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 24

§13

Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie zapisów w §13 poprzez wyłączenie rękojmi za wady i finalne wprowadzenia zapisu w brzmieniu:

„Strony oświadczają, że wszelka odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi, ulega wyłączeniu. Wykonawca za prawidłową realizację przedmiotu umowy odpowiada na zasadzie gwarancji udzielonej Zamawiającemu.”

Wykonawca argumentuje propozycję wykreślenia takiego zapisu tym, że skoro udziela Zamawiającemu szerokiej gwarancji na poprawne wykonanie oraz działanie przedmiotu umowy to zbyt dużym obciążeniem jest udzielanie rękojmi. Zwłaszcza, że nie ciężko jest sprecyzować o jakiej rękojmi możemy mówić w tym projekcie. Czy to będzie rękojmia z KC czy z prawa autorskiego? Co więcej zakres uprawnień z cywilistycznej rękojmi jest niedostosowany do rynku IT

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy

Pytanie 25

§ 8 – KARY

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 484 § 2: „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.”

Dokonując analizy wskazanego wzoru umowy, Wykonawca dochodzi do wniosku, że kary umowne są rażąco wygórowane. Mając na uwadze stanowisko judykatury, na karę powinna wpływać wartość wynagrodzenia i potencjalna szkoda. W wyroku z 11 października 2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie (sygn. akt I ACa 1673/15) stwierdził, iż przy ocenie, czy „zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela.”

Mając na uwadze wynagrodzenie oraz potencjalną szkodę wnosimy o zmianę wysokości kar według poniższego zestawienia:

1. § 8 ust. 1 pkt b – z kary 0,1% wartości wynagrodzenia na 0,05 %
2. § 8 ust. 1 pkt c - z kary 0,05% wartości wynagrodzenia na 0,02 %
3. § 8 ust. 1 pkt d - z kary 0,2% wartości wynagrodzenia na 0,1 %
4. § 8 ust. 1 pkt e - z kary 0,3% wartości wynagrodzenia na 0,1 %

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Z-CIA DYREKTORA US. LECZNICTWA
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji
z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii
w Olsztynie

dr n. med. Grzegorz Kade