



**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku
44-200 Rybnik, ul. Energetyków 46
www.szpital.rybnik.pl e-mail: sekretariat@szpital.rybnik.pl
Regon 272780323 NIP 642-25-85-351 KRS 0000067701**



ISO 9001

ISO 27001

Rybnik, dnia 27.03.2023r.

DIS-1-PN/10-2023.AR

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu

dot. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **Nadzór autorski i serwis systemu OPTIMED**, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 10.03.2023 r. pod numerem 2023/S 050-144690

INFORMACJA NR 1 (WYJAŚNIENIE I MODYFIKACJA TREŚCI SWZ)

W związku z otrzymanymi pytaniami odnośnie ww. postępowania, działając na podstawie art. 135 ust 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) Zamawiający przekazuje niniejszym treść otrzymanych zapytań oraz udzielonych odpowiedzi:

Pytanie 1

do wzoru umowy - § 2:

Niniejsza umowa obowiązuje do dnia 31.12.2027 r.. Miejscem realizacji przedmiotu Umowy jest siedziba Zamawiającego: Rybnik, 44-200, ul. Energetyków 46.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość doprecyzowania zapisu w następujący sposób:

Niniejsza umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia do dnia 31.12.2027 r.. Miejscem realizacji przedmiotu Umowy jest siedziba Zamawiającego: Rybnik, 44-200, ul. Energetyków 46.

Odpowiedź 1:

Zamawiający zmienia zapis w § 2 projektowanych postanowień umowy nadając mu następujące brzmienie: *Niniejsza umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia do dnia 31.12.2027 r.. Miejscem realizacji przedmiotu Umowy jest siedziba Zamawiającego: Rybnik, 44-200, ul. Energetyków 46.*

Pytanie 2

do wzoru umowy - § 4 ust. 2:

W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zapewnia rozwój oprogramowania objętego niniejszą Umową zgodnie ze zmieniającymi się przepisami prawa, w tym w szczególności: rozporządzeniami, ustawami, obowiązującymi wykładniami prawnymi lub wskazówkami jednostek nadrzędnych (np. Narodowy Fundusz Zdrowia, Ministerstwo Zdrowia, Samorządowy Wydział Zdrowia, inne), a także mogącymi ulec zmianie potrzebami Zamawiającego. Przekazanie Zamawiającemu informacji o nowych wersjach oprogramowania odbywać się będzie poprzez wysłanie pocztą elektroniczną na wskazany adres e-mail Zamawiającego: szpital@szpital.rybnik.pl oraz nieodpłatne udostępnienie uaktualnień oprogramowania objętego niniejszą umową na serwerze FTP lub poprzez witrynę internetową Wykonawcy.

Zwracamy się z pytaniem do Zamawiającego o doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem: obowiązujące wykładnie prawne lub wskazówki jednostek nadrzędnych. Wykładnia prawna oznacza

interpretację prawa, natomiast brak jest wskazania przez Zamawiającego jakiego podmiotu wykładania ma być wiążąca dla wykonawcy. Podobnie brak jest doprecyzowania, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „wskazówka”.

Dodatkowo wskazujemy, że pojęciem nieostrym i niedookreślonym jest wskazanie, że *w ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zapewnia rozwój oprogramowania zgodnie z mogącymi ulec zmianie potrzebami Zamawiającego*.

Wskazany zapis nie spełnia wymogów art. 99 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego jest integralną częścią SWZ, a jego postanowienia muszą w sposób jednoznaczny i precyzyjny określać obowiązki wykonawcy. Jeżeli wystąpi niejednoznaczność co do opisu przedmiotu zamówienia, to taka okoliczność nie może zostać uznana za nieistotną, a skutkiem może być zaktualizowanie się przesłanki obligującej Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Wskazany zapis nie spełnia wymogów ustawy Pzp ponieważ nie wskazuje jakie konkretnie zobowiązania związane z rozwojem oprogramowania nałożone będą na Zamawiającego, ponieważ *mogące ulec zmianie potrzeby Zamawiającego* mogą być bardzo różne.

Z uwagi na powyższe wnosimy o doprecyzowanie wskazanego zapisu lub jego modyfikacje w następujący sposób:

W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zapewnia rozwój oprogramowania objętego niniejszą Umową zgodnie ze zmieniającymi się przepisami prawa, w tym w szczególności: rozporządzeniami, ustawami, przepisami Narodowego Funduszu Zdrowia i Ministerstwa Zdrowia. Przekazanie Zamawiającemu informacji o nowych wersjach oprogramowania odbywać się będzie poprzez wysłanie pocztą elektroniczną na wskazany adres e-mail Zamawiającego: szpital@szpital.rybnik.pl oraz nieodpłatne udostępnienie uaktualnień oprogramowania objętego niniejszą umową na serwerze FTP lub poprzez witrynę internetową Wykonawcy.

Odpowiedź 2:

Zamawiający zmienia zapis w § 4 ust 2 projektowanych postanowień umowy nadając mu następujące brzmienie: *W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zapewnia rozwój oprogramowania objętego niniejszą Umową zgodnie ze zmieniającymi się przepisami prawa, w tym w szczególności: rozporządzeniami, ustawami, przepisami Narodowego Funduszu Zdrowia i Ministerstwa Zdrowia. Przekazanie Zamawiającemu informacji o nowych wersjach oprogramowania odbywać się będzie poprzez wysłanie pocztą elektroniczną na wskazany adres e-mail Zamawiającego: dis@szpital.rybnik.pl oraz nieodpłatne udostępnienie uaktualnień oprogramowania objętego niniejszą umową na serwerze FTP lub poprzez witrynę internetową Wykonawcy.*

Pytanie 3

do wzoru umowy - § 4 ust. 3:

Rozwój oprogramowania (dalej także – modyfikacja), o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie następował co najmniej na 7 dni przed wejście w życie przepisów prawa lub wskazówek jednostek nadrzędnych, które wymuszają modyfikację oprogramowania. W tym czasie winny się odbyć również Szkolenia pracowników Zamawiającego.

Zwracamy uwagę Zamawiającego, że zgodnie z zapisami ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych: w uzasadnionych przypadkach akty normatywne mogą wchodzić w życie w terminie krótszym niż czternaście dni, a jeżeli ważny interes państwa wymaga natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego i zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie, dniem wejścia w życie może być dzień ogłoszenia tego aktu w dzienniku urzędowym. Tym samym dotrzymanie wskazanego 7 dniowego terminu może nie być możliwe. Z uwagi na to zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Rozwój oprogramowania (dalej także – modyfikacja), o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie następował co najmniej na 7 dni przed wejście w życie przepisów prawa lub wskazówek jednostek nadrzędnych, które wymuszają modyfikację oprogramowania, chyba że względu na termin wejścia w życie przepisów lub obszerność zmian Wykonawca nie będzie w stanie ich uwzględnić w tym terminie wówczas strony wspólnie pisemnie uzgodnią inny termin wprowadzenia tych zmian. W tym czasie winny się odbyć również Szkolenia pracowników Zamawiającego.

Odpowiedź 3 :

Zamawiający zmienia zapis w § 4 ust 3 projektowanych postanowień umowy nadając mu następujące brzmienie: *Rozwój oprogramowania (dalej także – modyfikacja), o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie następował co najmniej na 7 dni przed wejście w życie przepisów prawa lub wskazówek jednostek nadrzędnych, które wymuszają modyfikację oprogramowania, chyba że względu na termin wejścia w życie przepisów lub obszerność zmian Wykonawca nie będzie w stanie ich uwzględnić w tym terminie wówczas strony wspólnie pisemnie uzgodnią inny termin wprowadzenia tych zmian. W tym czasie winny się odbyć również Szkolenia pracowników Zamawiającego.*

Pytanie 4

do wzoru umowy - § 4 ust. 5:

Oprogramowanie może być modyfikowane również na wniosek Zamawiającego o nowe funkcjonalności.

Zwracamy się do Zamawiającego o usunięcie przedmiotowego zapisu. Przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa nadzoru autorskiego i serwisu oprogramowania komputerowego OPTIMED. Nadzór, serwis, utrzymanie oprogramowania mogą polegać na modyfikacji oprogramowania po jego dostarczeniu ale wyłącznie w celu skorygowania błędów, aby poprawić wydajność lub inne własności systemu. Usługa nadzoru i serwisu nie może pozostać niedoprecyzowana, jak jest w przypadku wskazanego zapisu. Wykonawca przyjmuje do realizacji usługi nadzoru i serwisu oprogramowania, które w dniu zawarcia umowy posiada funkcje określone w dokumentacji. Usługa nie może więc polegać na wytworzeniu nowych funkcji, a jedynie na dostosowaniu istniejących już funkcji (albo funkcji wytworzonych w ramach umowy) do zmian przepisów prawa, o ile takie wystąpiły w okresie obowiązywania umowy, oraz o ile okaże się to niezbędne w celu zapewnienia zgodności Systemu z prawem. Przedmiot umowy, którym jest usługa nadzoru i serwisu, nie może uzasadniać dalej idących zobowiązań w ramach umówionego wynagrodzenia.

Odpowiedź 4 :

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Oprogramowanie może być modyfikowane również na wniosek Zamawiającego o nowe funkcjonalności, poprawiające wydajność lub ergonomię użytkownika oprogramowania.

Pytanie 5

do wzoru umowy - § 4 ust. 8:

Wykonawca zobowiązany jest współdziałać z Zamawiającym w przypadku migracji danych do innego oprogramowania

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Wykonawca w miarę swoich możliwości zobowiązany jest współdziałać z Zamawiającym w przypadku migracji danych do innego oprogramowania

Zapis jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny, nie wskazuje konkretnych obowiązków wykonawcy (co jest niezgodne wymogiem ustawy Pzp), tym samym wskazana modyfikacja pozwala na minimalne ograniczenie ryzyk po stronie wykonawcy i nałożenie na niego ewentualnych obowiązków, które będzie w stanie zrealizować.

Odpowiedź 5:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ. Wykonawca zobowiązany jest współdziałać z Zamawiającym w przypadku migracji danych do innego oprogramowania, pomagając mu wyeksportować dane z bazy danych.

Pytanie 6

do wzoru umowy - § 6 ust. 1:

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy przez zapłatę kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

- a) *Zamawiający ma prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej za nienależyte wykonanie obowiązków wskazanych w § 4 w wysokości 0,1 % kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek naruszenia;*
- b) *Zamawiający ma prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej za naruszenie terminów, o których mowa w § 4 ust 9 lit b) w wysokości 0,1 % kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia.*

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy przez zapłatę kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

Zamawiający ma prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej za naruszenie terminów, o których mowa w § 4 ust 9 lit b) w wysokości 0,1 % kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki.

Kara umowna jako sankcja finansowa winna wiązać się ze ściśle określonym obowiązkiem jaki nie został lub został nienależycie wykonany przez wykonawcę. W zapisie § 6 ust. 1 lit a) brak takiego określenia. Umowa winna zawierać opis okoliczności, w jakich dłużnik będzie zmuszony uiścić opłatę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, **vide** Wyrok SN z 17.12.2008r, sygn. akt I CSK 240 / 08 **postanowienia kontraktu łączące obowiązek zapłaty kary umownej z brakiem lub nieterminowym spełnieniem świadczenia pieniężnego powinny być traktowane, jako poczynione contra legem (art. 58 § 3 k.c.). Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zalicza się określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary.**

Dodatkowo wskazujemy, że zgodnie z art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, tym samym nie ma możliwości nakładania kar umownych z tytułu opóźnienia.

Odpowiedź 6:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Pytanie 7

do wzoru umowy - § 6 ust. 2:

Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie ewentualnych kar umownych z przysługującego mu wynagrodzenia.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu, z uwagi na to, że Wykonawca powinien mieć możliwość obrony swoich racji w przypadku, gdy kara umowna nie będzie w jego ocenie zasadnie nałożona, a Zamawiający nie powinien w sposób automatyczny potrącać kary z wynagrodzenia bez wyjaśnienia okoliczności związanych z jej nałożeniem.

Odpowiedź 7:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ, gdyż ten zapis nie ogranicza prawa wykonawcy do obrony swoich racji.

Pytanie 8

do wzoru umowy - § 6 ust. 3:

Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach przewidzianych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach przewidzianych w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, z zastrzeżeniem, że łączna maksymalna wysokość odszkodowania nie przekroczy wartości 100% wynagrodzenia umownego.

Zwracamy się z wnioskiem o dokonanie modyfikacji zapisów wzoru umowy w ten sposób, że wprowadzone zostaną 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.

Odpowiedź 8 :

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Pytanie 9

do wzoru umowy - § 7 ust. 4:

Na wykonaną usługę Wykonawca udziela 12 miesięcy gwarancji.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu, z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia jest usługa o charakterze ciągłym – wobec czego zapis w obecnym brzmieniu jest niedookreślony.

Odpowiedź 9 :

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Pytanie 10

do wzoru umowy - § 9 ust. 2:

Zamawiający dopuszcza wprowadzenie podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający może zażądać okazania umowy z podwykonawcą.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Zamawiający dopuszcza wprowadzenie podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia.

z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane.

Odpowiedź 10:

Zamawiający zmienia zapis w § 9 ust 2 projektowanych postanowień umowy nadając mu następujące brzmienie: *Zamawiający dopuszcza wprowadzenie podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia.*

Pytanie 11

do wzoru umowy - § 11 ust. 14:

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 13 powyżej Zamawiający przewiduje:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia Strony do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi co najmniej 15 % w stosunku do cen materiałów lub kosztów, na podstawie których sporządzona została oferta Wykonawcy,*
- 2) zmiana wysokości wynagrodzenia występować będzie nie częściej niż raz na 6 miesięcy, po raz pierwszy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy,*
- 3) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia nastąpi na podstawie średniorocznego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,*
- 4) łączna i maksymalna wartość zmian wynagrodzenia nie może przekroczyć 3% wysokości wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1 umowy. Po przekroczeniu danego limitu postanowień w zakresie waloryzacji nie stosuje się.*

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 13 powyżej Zamawiający przewiduje:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia Strony do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi co najmniej 10 % w stosunku do cen materiałów lub kosztów, na podstawie których sporządzona została oferta Wykonawcy,
- 2) zmiana wysokości wynagrodzenia występować będzie nie częściej niż raz na 6 miesięcy, po raz pierwszy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy,
- 3) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia nastąpi na podstawie średniorocznego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,
- 4) łączna i maksymalna wartość zmian wynagrodzenia nie może przekroczyć 10% wysokości wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1 umowy. Po przekroczeniu danego limitu postanowień w zakresie waloryzacji nie stosuje się.

Odpowiedź 11 :

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Pytanie 12

do wzoru umowy - § 12 ust. 3:

Wykonawca zobowiązuje się i przyjmuje do wiadomości co następuje:

- zapłata za świadczenia wykonane zgodnie z umową nastąpi tylko i wyłącznie przez Zamawiającego bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, i tylko w drodze przelewu na rachunek Wykonawcy;
- umorzenie długu Zamawiającego do Wykonawcy poprzez uregulowanie w jakiegokolwiek formie na rzecz innych podmiotów niż bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, może nastąpić wyłącznie za poprzedzającą to uregulowanie zgodą Zamawiającego wyrażoną w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności.

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Wykonawca zobowiązuje się i przyjmuje do wiadomości co następuje:

- zapłata za świadczenia wykonane zgodnie z umową nastąpi tylko i wyłącznie przez Zamawiającego bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, i tylko w drodze przelewu na rachunek Wykonawcy;
- umorzenie długu Zamawiającego do Wykonawcy poprzez uregulowanie w jakiegokolwiek formie na rzecz innych podmiotów niż bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, może nastąpić wyłącznie za poprzedzającą to uregulowanie **zgodą Wykonawcy** wyrażoną w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności.

Zapłata wynagrodzenia nie na rzecz wykonawcy, a na rzecz innego podmiotu winna nastąpić wyłącznie za zgodą wykonawcy. Przecież to Zamawiający płaci wynagrodzenie, więc wbrew zasadom logiki jest, aby wymagał od siebie zgody, natomiast konieczne jest w tym przypadku wyrażenie takiej zgody przez wierzyciela czyli wykonawcę. Zgodnie z KC to wierzyciel, a nie dłużnik może dokonać cesji wierzytelności na osobę trzecią.

Odpowiedź 12 :

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Pytanie 13

do wzoru umowy - § 12 ust. 4:

W razie naruszenia obowiązku opisanego wyżej w ust. 2 lub 3, Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości: 2 % wartości łącznej wskazanej w § 3 ust. 1 umowy za każdy przypadek naruszenia, co nie narusza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.

Zwracamy się o usunięcie zapisu, ponieważ narusza on przepisy ustawy Pzp, a tym samym objęty jest sankcją nieważności. Zgodnie z dyspozycją 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. Wskazane, obwarowane karami obowiązki, nie stanowią de facto realizacji przedmiotu umowy.

Odpowiedź 13

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

Treść udzielonych odpowiedzi stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Załącznik :

Projektowane postanowienia umowy (modyfikacja z dn. 27.03.2023r.)

DYREKTOR
SP ZOZ
Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego
Nr 3 w Rybniku
dr Jarosław Madowicz
dr Jarosław Madowicz

