

Kraków dnia: 06.03.2023 r.

Nr sprawy: ZP/2/2023

Szpital Miejski Specjalistyczny
im. Gabriela Narutowicza w Krakowie
ul. Prądnicka 35-37
31-202 Kraków

WYKONAWCY

ubiegający się o zamówienie publiczne

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ - 1

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetarg nieograniczony na **"Dostosowanie, modernizacja lub dostawa oprogramowania HIS w ramach projektu Małopolski System Informacji Medycznej"** – znak sprawy **ZP/2/2023**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami:

W związku z pojawieniem się nieścisłości dotyczących niniejszego postępowania, prosimy o wyjaśnienia w zakresie przedmiotu zamówienia:

Pytanie nr 1 – definicje we wzorze umowy

Wadzie - należy przez to rozumieć *Błędy Krytyczne, Błędy Zwykłe, Usterki Programistyczne Oprogramowania*.

Zamawiający wskazuje, że wadą jest m.in. usterka programistyczna oprogramowania, jednak Zamawiający nie definiuje usterki programistycznej oprogramowania – w związku z tym prosimy o potwierdzenie, że pod tym pojęciem Zamawiający rozumie zdefiniowane usterki lub o zamieszczenie definicji.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza i dokonuje modyfikacji Załączników nr 1 i nr 4 do SWZ w powyższym zakresie

Pytanie nr 2 - § 1 ust. 3 wzoru umowy:

W razie konieczności przeniesienia danych z istniejącego i użytkowanego oprogramowania Zamawiającego, na Wykonawcy spoczywa obowiązek zapewnienia właściwej jakości danych i dokonanie ich przetworzenia do postaci akceptowalnej przez Oprogramowanie dostarczane lub modernizowane przez Wykonawcę.

Zwracamy się z pytaniem, co Zamawiający rozumie pod pojęciem jakości danych. Zwracamy uwagę, że przenoszone mogą być takie dane jakie wykonawcy otrzyma, zachowanie poprawności danych winno być po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający pod pojęciem jakości danych rozumie przeniesienie danych (migracje) w sposób spełniający wymogi postawione w Rozdziale XIII Opis zakresu czynności w przypadku wymiany systemu Załącznika nr 1 do SWZ

Pytanie nr 3 - § 3 ust. 3 wzoru umowy:

Płatność należności z tytułu realizacji Umowy będzie dokonana po podpisaniu przez strony Protokołu Uruchomienia Systemu, o którym mowa w § 6 ust. 5 Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, w terminie do 60 dni od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury do Zamawiającego.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Płatność należności z tytułu realizacji Umowy będzie dokonana po podpisaniu przez strony Protokołu Uruchomienia Systemu, o którym mowa w § 6 ust. 5 Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, w terminie do 30 dni od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury do Zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na skrócenie terminu płatności.

Pytanie nr 4 - § 4 ust. 1 wzoru umowy:

Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania akceptacji Kierownika Informatyki i Administracji Sieci Komputerowej (nr tel., email:.....) na planowane terminy instalacji i konfiguracji Systemu w tym migracji danych z istniejącego systemu¹ do Systemu.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu z uwagi na to, że narusza on przepisy ustawy Pzp. Zamawiający winien ukształtować przedmiot zamówienia tak, aby nie utrudniać uczciwej konkurencji, co może mieć miejsce w przedmiotowym przypadku. **Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, a taką przeszkodą może być konieczność uzyskiwania wskazanej w zapisie zgody. Ponadto brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, aby wykonawca zwracał się do pracownika Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, o wyrażenie zgody na możliwość realizacji prac. Zamawiający winien zapewnić warunki możliwe do realizacji przedmiotu umowy.** Ponadto wskazujemy, że obecny zapis w sposób nieuprawniony przerzuca odpowiedzialność na wykonawcę za skutki okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, stanowiących zagrożenie dla prawidłowej realizacji prac objętych przedmiotem Umowy. Natomiast zgodnie z postanowieniami art. 433 Prawa zamówień publicznych takie postanowienia umowne są zakazane.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji Załącznika nr 4 do SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 5 - § 6 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy

Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w Protokole Uruchomienia Systemu na swój koszt i ryzyko zgodnie z poniższymi zasadami:

jeżeli wady i usterki nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają korzystanie z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, wówczas Zamawiający może żądać dostarczenia przedmiotu Umowy po raz drugi, zachowując prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia, bez względu na wysokość kosztów powtórnego wykonania lub odstąpić od umowy w terminie 90 dni liczonych od dnia stwierdzenia wad lub usterek i naliczyć karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy. Postanowienia § 15 ust. 1 pkt. 2 oraz ust. 4 - 7 Umowy stosuje się odpowiednio.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w Protokole Uruchomienia Systemu na swój koszt i ryzyko zgodnie z poniższymi zasadami:

jeżeli wady i usterki nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają korzystanie z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, wówczas Zamawiający może żądać dostarczenia przedmiotu Umowy po raz drugi, zachowując prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, bez względu na wysokość kosztów

powtórniego wykonania lub odstąpić od umowy w terminie 90 dni liczonych od dnia stwierdzenia wad lub usterek i naliczyć karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy. Postanowienia § 15 ust. 1 pkt. 2 oraz ust. 4 - 7 Umowy stosuje się odpowiednio.

Wskazane powyżej w zapisie sankcje finansowe nie mogą być w przypadku opóźnienia, a jedynie w przypadku zwłoki. Zgodnie z art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, tym samym nie ma możliwości odstąpienia, nakładania kar umownych z tytułu opóźnienia, jak również żądania innych roszczeń.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje modyfikacji Załącznika nr 4 do SWZ w powyższym zakresie.

Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w Protokole Uruchomienia Systemu na swój koszt i ryzyko zgodnie z poniższymi zasadami:

jeżeli wady i usterki nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają korzystanie z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, wówczas Zamawiający może żądać dostarczenia przedmiotu Umowy po raz drugi, zachowując prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, bez względu na wysokość kosztów powtórniego wykonania lub odstąpić od umowy w terminie 90 dni liczonych od dnia stwierdzenia wad lub usterek i naliczyć karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy. Postanowienia § 15 ust. 1 pkt. 2 oraz ust. 4 - 7 Umowy stosuje się odpowiednio

Pytanie nr 6 - § 6 ust. 7 pkt 3 wzoru umowy

Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszystkich wad i usterek stwierdzonych w Protokole Uruchomienia Systemu na swój koszt i ryzyko zgodnie z poniższymi zasadami:

jeżeli wady i usterki nie nadają się do usunięcia, lecz umożliwiają korzystanie z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający ma prawo do obniżenia wynagrodzenia za wykonany przedmiot Umowy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej i technicznej.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu lub taką modyfikację wzoru umowy, aby nie było wątpliwości w jaki sposób ustalane będą okoliczności i na jakich zasadach możliwe będzie obniżenie wynagrodzenia. Obecne zapisy są nieprecyzyjne i niejasne.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 7 - § 6 ust. 8 wzoru umowy:

Odpowiedzialność z tytułu utraty lub uszkodzenia Systemu będącego przedmiotem Umowy, przechodzi na, przechodzi na Zamawiającego z chwilą podpisania bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Stron Protokołu Zamawiającego z chwilą podpisania bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Stron Protokołu Uruchomienia Systemu.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu. Może zaistnieć sytuacja, że już po wykonaniu przedmiotu umowy i dostarczeniu Zamawiającemu, procedura odbiorowa będzie się przedłużać lub Zamawiający z różnych przyczyn nie podpisze protokołu odbioru. Ciężary i ryzyka związane z utratą lub uszkodzeniem systemu, który będzie dostarczony Zamawiającemu nie powinny pozostawać po stronie wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 8 - § 10 ust. 2 wzoru umowy:

Licencje powinny uprawniać do używania Oprogramowania przez czas nieokreślony (chyba, że inny okres licencji przewidziano w umowie lub załącznikach), na terenie RP na wszystkich polach eksploatacji określonych w art. 50 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych obejmujących, w szczególności:

- w zakresie oprogramowania, rozwinięć, uaktualnień – na polach eksploatacji obejmujących prawo trwałego lub czasowego zwielokrotniania programów komputerowych w pamięci komputera z prawem do zmian w konfiguracji Systemu (bez ingerencji w kod źródłowy) w zakresie, w jakim jest to niezbędne do korzystania*

z oprogramowania zgodnie z jego przeznaczeniem i funkcjonalnością określoną w dokumentacji, nie mniejszą niż w OPZ z uwzględnieniem ewentualnych ograniczeń takiego korzystania wynikających z dokumentów licencyjnych;

- *w zakresie dokumentacji – na polach eksploatacji obejmujących prawo zwielokrotniania egzemplarzy dokumentacji, wyłącznie w zakresie, w jakim jest to niezbędne do zgodnego z postanowieniami dokumentów licencyjnych korzystania z oprogramowania.*

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Licencje powinny uprawniać do używania Oprogramowania przez czas nieokreślony (chyba, że inny okres licencji przewidziano w umowie lub załącznikach), na terenie RP na następujących polach eksploatacji:

- *w zakresie oprogramowania, rozwinięć, uaktualnień – na polach eksploatacji obejmujących prawo trwałego lub czasowego zwielokrotniania programów komputerowych w pamięci komputera w zakresie, w jakim jest to niezbędne do korzystania z oprogramowania zgodnie z jego przeznaczeniem i funkcjonalnością określoną w dokumentacji, nie mniejszą niż w OPZ z uwzględnieniem ewentualnych ograniczeń takiego korzystania wynikających z dokumentów licencyjnych;*
- *w zakresie dokumentacji – na polach eksploatacji obejmujących prawo zwielokrotniania egzemplarzy dokumentacji, wyłącznie w zakresie, w jakim jest to niezbędne do zgodnego z postanowieniami dokumentów licencyjnych korzystania z oprogramowania.*

Wykonawca wskazuje, że artykuł 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wymienia pola eksploatacji utworów kształtujące treść majątkowych praw autorskich, zawiera ogólny katalog czynności eksploatacyjnych, które uznane zostają a priori za odrębne pola eksploatacji utworu. Tym samym nie jest zasadne odwoływanie się w treści umowy do wskazanego przepisu. Ponadto istotne jest szczegółowe uregulowanie pól eksploatacji w przypadku udzielanych zamawiającemu licencji (nie praw majątkowych autorskich) do oprogramowania.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 9 - § 11 ust. 4 wzoru umowy;

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe w związku (bezpośrednim lub pośrednim) z realizacją Umowy, a w szczególności szkody powstałe w systemie HIS Zamawiającego.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie swoje działania/zaniechania związane z realizacją Umowy.

Obecny zapis kształtuje odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Natomiast obowiązującą zasadą odpowiedzialności zgodnie z przepisami prawa cywilnego jest odpowiedzialność na zasadzie zawinienia, a **obowiązek naprawienia szkody pojawia się, gdy sprawca za jej powstanie ponosi winę**

Odpowiedź: Zamawiający zmienia zapis na następujący „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe w związku (bezpośrednim lub pośrednim) z realizacją Umowy, a w szczególności szkody powstałe w systemie HIS Zamawiającego, chyba, że są one wynikiem siły wyższej lub powstały z wyłącznej winy Zamawiającego”

Pytanie nr 10 - § 12 ust. 2 pkt 2 i 3 wzoru umowy:

Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy (umowne odstąpienie) bez wyznaczania terminu dodatkowego i bez żadnych w stosunku do niego konsekwencji w przypadku: Wykonawca pomimo pisemnego wezwania opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem realizacji przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne aby zdołał go ukończyć w umówionym terminie,

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy (umowne odstąpienie) bez wyznaczania terminu dodatkowego i bez żadnych w stosunku do niego konsekwencji w przypadku:

- *Wykonawca pomimo pisemnego wezwania jest w zwłoce z rozpoczęciem lub zakończeniem realizacji przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne aby zdołał go ukończyć w umówionym terminie,*
- *zwłoka Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 2 wyniesie co najmniej 30 dni,*

Odstąpienie od umowy obwarowane jest karami umownymi, a jako okoliczności uzasadniające odstąpienie Zamawiający wskazał przypadki opóźnienia wykonawcy, natomiast zgodnie z art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, tym samym nie ma możliwości, aby Zamawiający miał prawo do odstąpienia od umowy z naliczeniem kar umownych w przypadku opóźnienia wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 11 - § 12 ust. 3 wzoru umowy:

W razie odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy na skutek okoliczności, za które ponosi wyłączną odpowiedzialność Wykonawca, Wykonawca będzie obciążony obowiązkiem naprawienia szkody jaką poniósł Zamawiający w związku z odstąpieniem od Umowy i powierzeniem jej wykonania innemu Wykonawcy. Ponadto Zamawiający uprawniony będzie do naliczenia kar umownych, o których mowa w § 15 ust. 1 pkt. 1 Umowy.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość usunięcia zapisu. Odstąpienie od umowy z brakiem zapłaty wynagrodzenia stanowi wystarczającą sankcję dla wykonawcy, brak jest uzasadnienia aby wykonawcy zobowiązani byli dodatkowo ponosić koszty i ryzyko związane z wykonaniem zastępczym, zwłaszcza z uwagi na brak możliwości oszacowania kosztów w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 12 - § 15 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 wzoru umowy:

- *niezachowania terminów określonych w Umowie - w wysokości 0,2% kwoty brutto określonej w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem pkt 4 i 5 niniejszego paragrafu;*
- *zwłoki w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,3% kwoty brutto określonej w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,*
- *za niedochowanie terminów wskazanych w § 8 ust.3 umowy nr 1 do Umowy:*
 - w odniesieniu do Błędu krytycznego – 3000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*
 - w odniesieniu do Błędu zwykłego – 400,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.*
 - w odniesieniu do czasu usunięcia Usterki - 200,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*
 - w odniesieniu do czasu realizacji Konsultacji - 200,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*
 - w odniesieniu do czasu reakcji na Zgłoszenie serwisowe – 50,00 PLN za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki*

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

- *niezachowania terminów określonych w Umowie - w wysokości 0,1% kwoty brutto określonej w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem pkt 4 i 5 niniejszego paragrafu;*
- *zwłoki w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 - w wysokości 0,2% kwoty brutto określonej w § 3 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,*
- *za niedochowanie terminów wskazanych w § 8 ust.3 umowy nr 1 do Umowy:*
 - w odniesieniu do Błędu krytycznego – 1000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;*
 - w odniesieniu do Błędu zwykłego – 200,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.*
 - w odniesieniu do czasu usunięcia Usterki - 100,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*

- i) w odniesieniu do czasu realizacji Konsultacji - 100,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki
- j) w odniesieniu do czasu reakcji na Zgłoszenie serwisowe – 30,00 PLN za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki

Ustanowione na wskazanym we wzorze umowy poziomie kary umowne są karami zbyt wygórowanymi, natomiast zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, a tym samym prowadzi to do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki, a nie opóźnienia, a także określony został maksymalny limit kar umownych (30%). Zapisy nie mają więc na celu wypracowania zysku dla Zamawiającego, lecz mają zapewnić należyte i terminowe wykonanie umowy.

Pytanie nr 13 - § 15 ust. 2 wzoru umowy:

W przypadku powstania szkody przenoszącej wysokość kar umownych określonych w niniejszej umowie, Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia naprawienia szkody na zasadach ogólnych, określonych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

Zwracamy się z prośbą o dokonania 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 ryzyko.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 14 - § 15 ust. 7 wzoru umowy:

Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kary umownej z wierzytelnością wynikającą z faktury wystawionej przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy, bez oddzielnego wezwania do zapłaty. Zamawiający może też naliczyć kary umowne, o których mowa w niniejszym paragrafie, odrębnym wezwaniem do zapłaty z 7 dniowym terminem płatności.

Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisu na:

Zamawiający może naliczyć kary umowne, o których mowa w niniejszym paragrafie, odrębnym wezwaniem do zapłaty z 7 dniowym terminem płatności.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

Paweł Szczuka