

**DZP/08PN/2018**

**Wszyscy Wykonawcy**

Dotyczy: zapytania do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt.: „Świadczenie usług w zakresie nadzoru oprogramowania komputerowego AMMS/Infomedica w Szpitalu Specjalistycznym w Zabrze Sp. z o.o.” o sygn. **DZP/08PN/2018**

Szpital Specjalistyczny w Zabrze Sp. z o.o. informuje, że w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęło zapytanie jednego z wykonawców następującej treści:

**Odnosnie Załącznik nr 5 do SIWZ – Umowa - wzór**

**Pyt. 1**

Prosimy o zmianę w § 9 ust. 1 a i b KARY UMOWNE:

1. Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karami umownymi za:
  - a) opóźnienie względem terminów określonych w § 2 ust. 1 pkt a) i)-ii) - w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
  - b) rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach opisanych w § 5 ust. 2 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10 % całkowitego wynagrodzenia netto Wykonawcy.

**na następujące brzmienie:**

1. Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karami umownymi za:
  - a) zwłokę względem terminów określonych w § 2 ust. 1 pkt a) i)-ii) - w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki;
  - b) rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach opisanych w § 5 ust. 2 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 5 % całkowitego wynagrodzenia netto Wykonawcy.

Wykonawca, sugeruje aby dostosować wysokość kar umownych do powszechnie przyjętego w zamówieniach IT poziomu tj. czy zamawiający dopuszcza obniżenie wysokości kar do poziomu stawek w sektorze informatycznym. Wysokość kar określona w obecnym Wzorze Umowy znacznie przewyższa ceny funkcjonujące na rynku i istotnie wpłynie na wartość oferty. Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo. Wykonawca argumentuje, że słowo opóźnienie wskazuje, że Wykonawcę obciążać będą także kary umowne nawet w sytuacji braku winy po stronie Wykonawcy. Słowo zwłoka, jest słowem preferowanym przez ustawodawcę. Istota kar umownych sprowadza się do działania lub zaniechania za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w przypadku użycia pojęcia opóźnienie mogą mieć charakter zbyt represyjny.

**Ad. 1**

Zamawiający wyraża zgodę, tym samym dokona zmiany w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ

**Pyt. 2**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację w § 9 KARY UMOWNE:

**Modyfikacje ust. 2 poprzez nadanie mu nowego brzmienia:**

2. „Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie zapisów umowy nie przekroczy 20% wartości netto wynagrodzenia.”

Wykonawca argumentuje modyfikację powyższego ustępu, iż brak odpowiedniego ograniczenia musiałby skutkować przeszacowaniem umowy, która zasadniczo odbiegać będzie od obowiązujących realiów rynkowych. Zasady dobro-rynkowego partnerstwa, wskazują aby umowa, także w trybie Prawa Zamówień Publicznych czyniła zadość funkcjonującym zasadom rynku. W przypadku braku modyfikacji wskazanej powyżej klauzuli, Wykonawca będzie musiał znacznie podwyższyć wartość swojej oferty, kalkulując wszelkie ryzyka.

Ponadto Urząd Zamówień Publicznych przekazał dokumenty przygotowane na zlecenie Władzy Wdrażającej Programy Europejskie w ramach projektu POIG.070100-00-001/08 pn. "Projekt Systemowy dla wspierania działań w zakresie budowy elektronicznej administracji", współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu państwa, tj. m.in. "Analizę dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 Osi POIG". Przedmiotowe dokumenty zostały opracowane w oparciu o praktykę i doświadczenie zarówno wykonawców, jak i zamawiających, w tym przy udziale przedstawicieli Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, Fundacji Wolnego i Otwartego Oprogramowania, a także Urzędu Zamówień Publicznych. Podstawowym założeniem prac towarzyszących powstawaniu wyżej wymienionych dokumentów, było zrównoważenie ryzyk występujących po stronie wykonawcy i zamawiającego, w związku z przygotowywanym, a następnie realizowanym zamówieniem publicznym. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, opracowane materiały w sposób satysfakcjonujący spełniają ten warunek, proponując niejednokrotnie rozwiązania kompromisowe, tj. korzystne zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawcy. Z tych względów, Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje wykorzystanie przekazanych dokumentów wszystkim zamawiającym, niezależnie od pochodzenia źródła finansowania danego zamówienia publicznego, w tym – współfinansowania zamówienia ze środków europejskich. W dokumencie czytamy przykładowo, iż:

- „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.”

b) wprowadzenie dodatkowego ust. 4 o treści:

„4. Jeżeli kary umowne przewidziane w ust. 1 nie pokryją rzeczywistej szkody Zamawiającego, to przysługuje mu prawo żądania odszkodowania, z zastrzeżeniem, że całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest do wartości wynagrodzenia 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

DZP/08PN/2018 Strona 2 z 4

odpowiedzialnością, wpływają na ceny oferowanych usług. Jeżeli w umowie znajduje się ograniczenie do wysokości kontraktu, Wykonawca ma możliwość zaoferowania swoich produktów po niższej cenie.

**Ad. 2**

Zamawiający wyraża zgodę, tym samym dokona zmiany w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ

**Pyt. 3**

Wykonawca wnosi o weryfikację numeracji poszczególnych Załączników do Umowy wskazanych w Projekcie Umowy- Wzór – np. Załącznik nr 1 dotyczy zarówno modułów Oprogramowania Aplikacyjnego, jak i stanowi wzór formularza zgłoszenia naruszeń.

**Ad. 3**

Podana numeracja w załączniku nr 5 do SIWZ jest prawidłowa. Załącznik numer 1 do umowy dotyczy zarówno zgłoszenia błędu jak i modyfikacji oprogramowania.

**Pyt. 4**

Wykonawca wskazuje, że Wzór Umowy nie zawiera paragrafu dotyczącego Poufności, mimo, że w § 11. Projektu Umowy (Postanowienia Końcowe) odwołuje się do takich informacji poufnych.

**Ad. 4**

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.

**Odnośnie Załącznika nr 5a do Umowy- Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych na podstawie art. 28 RODO :**

**Pyt. 5**

Wykonawca zwraca się z zapytaniem do Zamawiającego, czy odnośnie Załącznika nr 5A do SIWZ DZP/08PN/2018 UMOWA POWIERZENIA PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH w § 3 Zamawiający nie przewiduje

- dodania zapisu w którym wyraża zgodę na podwykonawcę wskazanego w ofercie Wykonawcy jako podmiot, który będzie realizował przedmiot zamówienia.

Taka konstrukcja spowoduje, że pewne kwestie formalne zostaną uregulowane już na etapie podpisywania umowy wraz z załącznikami. Nie będzie konieczności powrotu do podpisywania dokumentów, które niekiedy przechodzą długą procedurę w trakcie wykonywania umowy, co powinno ułatwić współpracę stron.

**Ad. 5**

Zmiana zapisu nie jest konieczna. W przypadku skorzystania z podwykonawców zostanie podpisana jeszcze jedna umowa na podpowierzenie przetwarzania danych osobowych.

**Pyt. 6**

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację w § 4 ust. 3:

1. Powiadomienie zgodnie z zakresem załącznika nr 1 do umowy nastąpi nie później niż do 12 godzin od momentu stwierdzenia naruszenia na adresy poczty elektronicznej, papierowo bądź faksem.

**na następujące brzmienie:**

1. Powiadomienie zgodnie z zakresem załącznika nr 1 do umowy nastąpi nie później niż do 48 godzin od momentu stwierdzenia naruszenia na adresy poczty elektronicznej, papierowo bądź faksem.

Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 33 ust.1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) zwanego dalej „RODO”, termin zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych wynosi 72 godziny. Brak jest zatem podstaw do nałożenia na Wykonawcę 12 godzinnego terminu zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych. Termin wskazany przez Zamawiającego jest nieadekwatny do obowiązków wynikających wprost z RODO.

**Ad. 6**

Zamawiający wyraża zgodę, tym samym dokona zmiany w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 5A do SIWZ