



A/ZP/SZP.261-18/20

## **WYJAŚNIENIA I ZMIANA TREŚCI SIWZ**

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego znak A/ZP/SZP.261-18/20 na:

### **„Świadczenie usługi w zakresie nadzoru autorskiego i serwisu systemu informatycznego i dostawę licencji oprogramowania antywirusowego ESET”**

#### **Pytanie nr 1**

#### **Załączniki nr 5 do SIWZ - UMOWA NR A/ZP/SZP.261-18/20**

Wykonawca dokonując analizy wskazanej umowy dochodzi do wniosku, że jednym z podstawowych celów tego kontraktu jest „karanie” wykonawców. Katalog kar w stosunku do przedmiotu zamówienia jest drastycznie nieproporcjonalny. Dodatkowo wartości procentowe kar są rażąco wygórowane. 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.”

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 lub ich wykreślenie według poniższego zestawienia:

- § 7 ust. 2 „pierwsza kropka” o treści: „w przypadku niedotrzymania terminu błędów na poziomie krytycznym — Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 150,00 zł (sto pięćdziesiąt złotych) brutto za każdą pełną godzinę opóźnienia.”

i dodanie brzmienia

„w przypadku niedotrzymania terminu błędów na poziomie krytycznym — Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 250,00 zł (dwieście pięćdziesiąt złotych) brutto za każdy dzień zwłoki”

#### **Odpowiedź nr 1**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

#### **Pytanie nr 2**

Wykonawca wskazuje, że zasadnym byłoby dokonanie zmiany terminologii w § 7 umowy, poprzez dokonanie zmiany terminy „opóźnienie” na „zwłoka”. Prosta definicja wskazuje, że Opóźnienie to każde niewykonanie danej czynności w terminie. Zwłoka natomiast to kwalifikowana postać opóźnienia, bo łączy się z zawinieniem po

stronie wykonawcy czynności. Mając na uwadze powyższe niezasadne jest „karanie” wykonawcy za okoliczności przez niego nie zależne.

### **Odpowiedź nr 2**

Zamawiający zmienia termin „opóźnienie” na „zwłoka” tylko w § 7 ust. 2 we wzorze umowy.

### **Pytanie nr 3**

Prosimy o potwierdzenie, że ograniczenie kar wskazane w § 7 ust. 2 „druga kropka” dotyczy także kar naliczanych za błędy krytyczne.

### **Odpowiedź nr 3**

Zamawiający potwierdza powyższe.

### **Pytanie nr 4**

Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza 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 nr 4**

Zamawiający nie wyraża zgody na wyłączenie rękojmi za wady. Zamawiającemu przysługiwać będą uprawnienia w zakresie rękojmi wynikające z obowiązujących przepisów prawa.

### **Pytanie nr 5**

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający w §7 widzi możliwość dokonania zmian w zakresie wszelkich kar umownych poprzez wprowadzenie w miejsce słów „wynagrodzenia miesięcznego brutto” słowa „wynagrodzenia miesięcznego 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 nr 5**

Zamawiający podtrzymuje zapisy w § 7 wzoru umowy.

### **Pytanie nr 6**

Wykonawca zwraca się z prośbą o dodanie w §7 postanowienia w brzmieniu:

„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 nr 6**

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe z uwagi na istotę przedmiotu umowy.

### **Pytanie nr 7**

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie w §8 podmiotów/pracowników, którzy muszą być zatrudnieni na umowie o pracę. Wskazać należy, że nawet UZP wyrażało opinie, iż wykwalifikowani informatycy bardzo często sami nie chcą współpracować na podstawie umowy o pracę i niezasadne jest wskazanie tego jako warunek w SIWZ. Bardziej sensowne jest ustalenie tego kręgu podmiotów w oparciu np. o pracowników HelpDesk.

### **Odpowiedź nr 7**

Zamawiający dopuszcza pracowników HelpDesk w ramach zatrudniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę w okresie realizacji umowy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1040 z późn. zm.).

### **Pytanie nr 8**

Sugerujemy wykreślić postanowienie §7 ust.5, wskazując, iż Kodeks cywilny określa możliwość potrącenia wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Załącznik do Umowy – Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych (wzór)

1. Wykonawca zwraca się o wykreślenie postanowienia §5 ust. 4, argumentując, iż w RODO określona jest odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego dane osobowe, ponadto Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych, jest umową o charakterze nieodpłatny tym samym nieuzasadnione jest nakładanie kar umownych.

### **Odpowiedź nr 8**

Zamawiający dokonuje wykreślenia postanowienia §5 ust. 4 ze wzoru Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych.

### **Pytanie nr 9**

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie w §2 ust. 6 umowy definicji poziomu błędów w zakresie dotyczącym Części nr 1 – Opieka i nadzór serwisowy nad oprogramowaniem INFOMEDICA.

W Zał. nr 4 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - cz. 1, Zamawiający definiuje następujące zdarzenia (poziomy błędów) jak: awaria (całkowitego zatrzymanie systemu), błąd krytyczny (tj. taki, który uniemożliwia użytkowanie Oprogramowania Aplikacyjnego w zakresie jego podstawowej funkcjonalności wskazanej w dokumentacji użytkownika i prowadzi do zatrzymania jego eksploatacji, utraty danych lub naruszenia ich spójności, w wyniku których niemożliwe jest prowadzenie działalności z użyciem Oprogramowania Aplikacyjnego) i błąd zwykły (błędy Oprogramowania Aplikacyjnego inne niż błędy krytyczne).

Zwracamy się zapytaniem, czy Zamawiający dokona ujednoczenia definicji poziomu błędów we wzorze Umowy, załącznik nr 5, par 2 ust. 6 zgodnie z Zał. nr 4 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia?

**Odpowiedź nr 9**

Zamawiający dokonuje we wzorze umowy dla części nr 1 ujednoczenia definicji poziomu błędów poprzez zmianę §2 ust. 6 na:

6. Na potrzeby Umowy wprowadza się następującą definicję poziomów błędów:

- a) awaria (całkowitego zatrzymanie systemu),
- b) błąd krytyczny (tj. taki, który uniemożliwia użytkowanie Oprogramowania Aplikacyjnego w zakresie jego podstawowej funkcjonalności wskazanej w dokumentacji użytkownika i prowadzi do zatrzymania jego eksploatacji, utraty danych lub naruszenia ich spójności, w wyniku których niemożliwe jest prowadzenie działalności z użyciem Oprogramowania Aplikacyjnego)
- c) błąd zwykły (błędy Oprogramowania Aplikacyjnego inne niż błędy krytyczne).

*Sekretarz Komisji Przetargowej*

*Jolanta Woźniak*

Wyjaśnienia i zmiana treści SIWZ zostały zamieszczone na stronie Zamawiającego [www.imid.med.pl](http://www.imid.med.pl) w dniu 05 lutego 2020 roku.