Kraków, dnia 20.01.2021 r.

Nr sprawy: DFP.271.179.2020.AM

***Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu***

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z wdrożeniem aplikacji mobilnej do obsługi pacjenta wraz z integracją ze Szpitalnym Systemem Informatycznym HIS AMMS.*

Zgodnie z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przekazuję odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz modyfikuję specyfikację.

Pytanie 1

Dot. § 5 (4)
Czy Zamawiający w definicjach w związku z § 1 5 (4) doda definicję Personelu Wykonawcy?
Uzasadnienie
Wykonawca wykonuje prace personelem, w którego skład wchodzą pracownicy ale też osoby pracujące na podstawie stałych umów o współpracy (działalność gospodarcza na własne nazwisko). Podkreślamy, że osoby te pracują na sprzęcie Wykonawcy i korzystają ze wszystkich zabezpieczeń takich samych jak pracownicy. Przy braku definicji Personelu Wykonawcy zaistnieje wątpliwość, czy osoby te są podwykonawcami, w rozumieniu umowy.
Dlatego prosimy o zdefiniowanie Personelu Wykonawcy poprzez dodanie zapisu np.: „osoby wykonujące pracę na rzecz Wykonawcy na podstawie umów o pracę lub na podstawie umów cywilnoprawnych o stałej współpracy (B2B)”

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian. Zamawiający informuje jednocześnie, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych zawierają definicję umowy o podwykonawstwo.**

Pytanie 2

Czy Zamawiający przewiduje zmianę w § 7 ust. 2, 3, 4, 5, 6 w odniesieniu do „Wynagrodzenia” słowa „brutto na słowo „netto”?
Uzasadnienie:
Zamawiający planuje naliczać karu od wartości umowy brutto czyli również od pobranego do przekazania Skarbowi Państwa podatku VAT. Tymczasem jeśli kara ma być proporcjonalna do wynagrodzenia Wykonawcy to powinna się odnosić do wartości netto, ponieważ podatek VAT nie jest wynagrodzeniem Wykonawcy, tylko podatkiem pobranym do odprowadzenia do urzędu skarbowego. Wykonawca nie zarabia na VATcie. VAT nie należy do Wykonawcy tylko do budżetu państwa. Wynagrodzeniem Wykonawcy jest kwota netto.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.**

Pytanie 3

Wykonawca zwraca się z zapytaniem, czy Zamawiający widzi możliwość ustalenia w § 7 ust. 7 łącznego limitu odpowiedzialności do 100% wynagrodzenia netto oraz wyłączenia odpowiedzialności za utracone korzyści, poprzez dodanie zdania o następującym brzmieniu:
„Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy, wynikająca z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy, ogranicza się do rzeczywistej straty Zamawiającego, bez utraconych korzyści, z jednoczesnym ograniczeniem do równowartości 100% należnego Wykonawcy wynagrodzenia umownego netto.”
Wykonawca argumentuje dodanie powyższego ustępu tym, że brak takich ograniczeń musiałby skutkować znaczącym podwyższeniem wartości ofert i samej umowy. W konsekwencji, wartość umowy znacząco odbiegałaby od obowiązujących realiów rynkowych. Zasady dobro-rynkowego partnerstwa, wskazują aby umowa, także w trybie Prawa Zamówień Publicznych czyniła zadość funkcjonującym zasadom rynku.
Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z Kodeksem dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT (dokument przygotowany na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych, aktualna treść pod adresem:
https://www.uzp.gov.pl/\_\_data/assets/pdf\_file/0016/24244/Analiza\_dobrych\_praktyk\_w\_zakresie\_realizacji\_umow\_IT.pdf): „odpowiedzialność stron winna być ograniczana do szkody rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona (tu Wykonawca – przypis Pytającego) będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony”. To samo dotyczy wprowadzenia limitu odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy - Wykonawca nie powinien ponosić ryzyka przewyższającego całkowitą wartość projektu IT, jak również ponosić odpowiedzialności odszkodowawczej o wartości, która mogłaby prowadzić do przysporzenia Zamawiającego (niezgodne z zasadami kształtującymi odpowiedzialność odszkodowawczą na gruncie Kodeksu cywilnego).
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 zaproponowaną zmianę wzoru umowy, jednocześnie Zamawiający wprowadza do wzoru umowy § 7 ust. 12, który otrzymuje następujące brzmienie:**

**„*12. Odpowiedzialność Wykonawcy wynikająca z nienależytego wykonania przedmiotu Umowy, w tym z tytułu kar umownych, ogranicza się do równowartości 100% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 niniejszej Umowy.* „**

Pytanie 4

Czy Zamawiający doprecyzuje w § 7 ust. 3 jakie naruszenia umowy zagrożone są karą 10% wynagrodzenia, poza przypadkami z ust. 2, 4, 5?
Uzasadnienie
Jest to bardzo wysoka kara a przypadek jej zastosowania nie jest wskazany. Czy można rozumieć, że 1 każdy jeden dzień opóźnienia w realizacji umowy, powoduje naliczenie 10% kar i rozwiązanie umowy- po 60 dniach? Kara taka jest nieproporcjonalnie wysoka, a zastosowanie wypowiedzenia z 60cio dniowym opóźnieniem spowoduje rozwiązanie umowy po jej wykonaniu. Wykonawca nie ma jasności czy taki jest zamiar Zamawiającego.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian. Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, że kara umowna o której mowa w § 7 ust 2 dotyczy nie przystąpienia do wykonania umowy w ogóle.**

Pytanie 5

Czy Zamawiający doprecyzuje, ze kary i odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy sytuacji, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność a nie opóźnienia (na zasadzie ryzyka)?
Uzasadnienie
Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar na zasadnie ryzyka, kiedy Zamawiający nie poniósł żadnej szkody za opóźnienia powstałe choćby z przyczyn od Wykonawcy niezależnych jest sprzeczne z postanowieniem art. 433 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który zakazuje ustalania odpowiedzialności za opóźnienie i jako takie nieważne.
Brak jest uzasadnienia do obciążania Wykonawcy takim ryzykiem, zwłaszcza gdy dotyczy to kar, czyli sytuacji kiedy Zamawiający nie poniesie żadnej straty.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian.**

Pytanie 6

Czy Zamawiający dopuści załączenie na zasadzie wzajemności także klauzuli informacyjnej Wykonawcy dla personelu Zamawiającego poprzez dodanie nowego załącznika do umowy o treści :
„Klauzula Informacyjna
Klauzula informacyjna dla osób wskazanych do kontaktu w celu realizacji Umowy
Administrator danych:
Administratorem Pani/Pana danych jest Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (administrator).
Dane kontaktowe:
Z administratorem można się skontaktować poprzez e-mail: iod@asseco.pl lub pisemnie na adres siedziby administratora./
Z inspektorem ochrony danych można się kontaktować we wszystkich sprawach dotyczących przetwarzania danych osobowych oraz korzystania z praw związanych z przetwarzaniem danych.
Cele oraz podstawa prawna przetwarzania danych, prawnie uzasadnione interesy administratora:
Pani/Pana dane osobowe będą przetwarzane w celu wykonania umowy zawartej pomiędzy administratorem a Zamawiającym a także – w zakresie prawnie usprawiedliwionego interesu administratora – w celu ustalenia, dochodzenia lub obrony przed roszczeniami z umowy, na podstawie odpowiednio art. 6 ust. 1 lit. c oraz art. 6 ust. 1 lit. f Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO). Podstawą prawną przetwarzania danych jest niezbędność przetwarzania do realizacji prawnie uzasadnionego interesu administratora. Uzasadnionym interesem administratora jest możliwość wykonywania umów z kontrahentami oraz możliwość kontaktowania się w związku z wykonywaniem umowy.
Źródła i zakres danych pozyskiwanych od podmiotów trzecich:
Administrator pozyskał Pani/Pana dane osobowe: imię, nazwisko, stanowisko, nazwa i adres firmy, nr telefonu, adres e-mail od Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. Św. Ludwika w Krakowie- Zamawiającego
Okres, przez który dane będą przetwarzane:
Pani/Pana dane osobowe będą przechowywane do momentu przedawnienia roszczeń z tytułu umowy zawartej pomiędzy administratorem a Zamawiającym
Odbiorcy danych:
Pani/Pana dane mogą:
• organom państwowym lub innym podmiotom uprawnionym na podstawie przepisów prawa,
• osobom upoważnionym przez administratora,
• podmiotom przetwarzającym dane osobowe na zlecenie administratora celem wykonania ciążących na administratorze obowiązków, m.in.:
o podwykonawcom,
o podmiotom prowadzącym działalność pocztową lub kurierską,
• podmiotom wspierającym administratora w prowadzonej działalności na jego zlecenie, w szczególności dostawcom zewnętrznych systemów wspierającym działalność administratora,
– przy czym takie podmioty przetwarzają dane na podstawie umowy z administratorem i wyłącznie zgodnie z poleceniami administratora.

Przekazywanie danych osobowych poza EOG:
Dane osobowe będą przechowywane na serwerach zlokalizowanych w Unii Europejskiej i mogą być przekazane - na podstawie standardowych klauzul ochrony danych - do państwa trzeciego w związku z korzystaniem przez administratora z rozwiązań chmurowych dostarczanych przez firmę Microsoft. Stosowane przez Microsoft standardowe klauzule umowne zgodne z wzorcami zatwierdzonymi przez Komisję Europejską, dostępne są pod adresem: https://www.microsoft.com/en-us/licensing/product-licensing/products.aspx w części Online Services Terms (OST).

Prawa osoby, której dane dotyczą:
Przysługuje Pani/Panu prawo dostępu do Pani/Pana danych oraz prawo żądania ich sprostowania, ich usunięcia lub ograniczenia ich przetwarzania. W zakresie, w jakim podstawą przetwarzania Pani/Pana danych osobowych jest przesłanka prawnie uzasadnionego interesu administratora, przysługuje Pani/Panu prawo wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania Pani/Pana danych osobowych. W celu skorzystania z powyższych praw należy skontaktować się z administratorem danych lub z inspektorem ochrony danych. Przysługuje Pani/Panu również prawo wniesienia skargi do organu nadzorczego zajmującego się ochroną danych osobowych.

Profilowanie
Informujemy, że nie podejmujemy decyzji w sposób zautomatyzowany i Pani/Pana dane nie są profilowane.”?

Uzasadnienie
Również Wykonawca musi dostarczyć pracownikom Zamawiającego swoją klauzulę. Byłoby praktyczne i uzasadnione logistycznie, by na zasadzie wzajemności Zamawiający także przyjął tę klauzulę do przekazania swoim pracownikom.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody, wzór umowy pozostaje bez zmian. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zapisy wzoru umowy nie stoją na przeszkodzie doręczeniu przez Wykonawcę takiej klauzuli, jeśli Wykonawca będzie chciał ją przekazać Zamawiającemu.**

Pytanie 7

Dot. § 3 pkt. 6– nowy ustęp
Zwracamy się z prośbą o 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, wzór umowy pozostaje bez zmian.**

W załączeniu przekazuję wzór umowy (stanowiący załącznik nr 3 do specyfikacji) uwzględniający powyższe odpowiedzi i wprowadzone zmiany.