

Kraków, dn. 06.11.2023r.

wg rozdzielnika

NR POSTĘPOWANIA: DZP.271-33/23

Przetarg nieograniczony pn. „Objęcie nadzorem autorskim oraz opieką serwisową modułów oprogramowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego InfoMedica/AMMS/ADMX/MPI firmy Asseco Poland S.A oraz opieką serwisową oprogramowania bazodanowego Oracle na którym działa oprogramowanie aplikacyjne”

ODPOWIEDZI DO PYTAŃ_1 (I) ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ_3 (II)

I.

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. św. Ludwika w Krakowie działając na podstawie art. 284 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j..) udziela odpowiedzi na następujące pytania:

PYTANIA I.

- 1) Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod stwierdzeniem „bieżące optymalizowanie konfiguracji Oprogramowania Aplikacyjnego”, którym Zamawiający posługuje się z § 2 ust. 1 lit. e pkt. iii.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że pod pojęciem „bieżące optymalizowanie konfiguracji Oprogramowania Aplikacyjnego” rozumie: czynności *potrzebne do prawidłowego, stabilnego i wydajnego działania oprogramowania aplikacyjnego, związane bezpośrednio i pośrednio z oprogramowaniem aplikacyjnym. Czyli np. zmiana ustawień, parametrów serwera jboss, serwera apache, docker zgodnie z wytycznymi, zaleceniami producenta oprogramowania aplikacyjnego aplikacyjnego.*

- 2) Wykonawca wnosi o uzupełnienie projektu umowy w § 2 o ustęp 2 następującej treści:
„2. Jeśli Zamawiający nie wywiąże się z obowiązków wymienionych powyżej, okoliczność ta traktowana będzie jako zwłoka Zamawiającego, a Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za dotrzymanie terminów przewidzianych Umową.”

Wykonawca zwraca uwagę, że prawidłowa realizacja obowiązków nałożonych na niego na podstawie umowy, nie będzie możliwa bez współpracy Zamawiającego, rzetelnego i terminowego wypełniania przez niego obowiązków, do których zobowiązał się na gruncie umowy. Proponowane postanowienie ma na celu zmotywowanie Zamawiającego do terminowego wypełniania jego obowiązków.

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na następująca propozycje zmian.*

- 3) Mając na uwadze ukształtowaną praktykę na rynku IT prosimy o modyfikację § 4 ust. 9 i nadanie mu brzmienia:

„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% wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy na podstawie niniejszej Umowy.”

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.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody w powyższym zakresie.

- 4) Proponujemy do Projektu Umowy wprowadzić dodatkowy paragraf w brzmieniu jak poniżej:
1. *Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe do Oprogramowania Aplikacyjnego, którego dotyczy niniejsza Umowa oraz posiada prawo do czerpania wynagrodzenia za korzystanie z niego przez osoby trzecie.*
 2. *Oprogramowanie Aplikacyjne, którego dotyczy niniejsza Umowa jest chronione prawem autorskim wynikającym z przepisów Ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. jedn. Dz. U. 2017 r. poz. 880). Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się do respektowania tych praw niezależnie od powstałych okoliczności.*
 3. *Zasady korzystania z Oprogramowania Aplikacyjnego reguluje odrębna umowa licencyjna.*

Kwestie wskazane powyżej nie znalazły uregulowania w Projekcie Umowy, celem Umowy nadzoru jest określenie wszystkich zobowiązań stron. Z uwagi na istotę kwestii Praw Autorskich oraz ich ochrony wnosimy o dodanie nowego paragrafu.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na powyższą propozycję. W związku z powyższym w projekcie umowy (załącznik nr 4 do SWZ) wprowadza się §5A o treści jak w pytaniu.

- 5) Wykonawca wnosi o modyfikację § 5 ust. 7 lit. a i c projektu umowy poprzez zmianę odniesienia z „par. 4 ust. 1” na „par. 5 ust. 3” projektu umowy. Tym samym kary umowne liczone byłyby w oparciu o procent wynagrodzenia miesięcznego, a nie procent łącznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi nadzoru. Wykonawca wskazuje, że model ustalania kary umownej zaproponowany w obecnym kształcie, prowadzi do naliczenia kary w

wysokości nieproporcjonalnie wysokiej, a tym samym premiuje w nieuprzywilejowany sposób pozycję Zamawiającego. Stąd wniosek o zmianę zgodnie z propozycją na wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następująca propozycje zmian.

- 6) W umowie znajduje się jasno i szeroko sprecyzowana odpowiedzialność z gwarancji. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wprowadzenie w § 7 ust. 2 postanowienia o treści jak poniżej, argumentując iż nadmiernym byłoby dublowanie odpowiedzialności Wykonawcy:

„2. Strony oświadczają, że wszelka odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne na podstawie art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jak i na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego, ulega wyłączeniu”.

Ponadto mając na uwadze, iż dość powszechnie w doktrynie prawa cywilnego kwestionuje się możliwość stosowania rękojmi do udostępniania programów komputerowych, argumentując to przede wszystkim tym, że:

- w przypadku udzielenia licencji na program komputerowy nie mamy do czynienia z umową sprzedaży;
- oprogramowanie nie jest rzeczą;
- art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów do art. 561, 563, 564, 568, i 576 k.c. wyłączając tym samym ich zastosowanie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na następująca propozycje zmian.

PYTANIA II

1. Ze względu na błędne odniesienie do par. w przesłanym pytaniu nr 5 – poniżej przedkładamy poprawione pytanie nr 5 :

Wykonawca wnosi o modyfikację § 5 ust. 7 lit. a i c projektu umowy poprzez zmianę odniesienia z „par. 5 ust. 1” na „par. 5 ust. 3” projektu umowy. Tym samym kary umowne liczone byłby w oparciu o procent wynagrodzenia miesięcznego, a nie procent łącznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi nadzoru. Wykonawca wskazuje, że model ustalania kary umownej zaproponowany w obecnym kształcie, prowadzi do naliczenia kary w wysokości nieproporcjonalnie wysokiej, a tym samym premiuje w nieuprzywilejowany sposób pozycję Zamawiającego. Stąd wniosek o zmianę zgodnie z propozycją na wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

2. Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o modyfikację postanowienia w § 2 ust. 1 pkt d projektu Umowy poprzez wprowadzenie postanowienia o poniższej treści :

„ d) gotowość przyjmowania i rozpatrywania indywidualnych żądań zmian (tj. modyfikacji płatnych) Oprogramowania Aplikacyjnego objętego niniejszą Umową (propozycji jego

udoskonalen, modyfikacji i rozwoju) oraz zmian obejmujących dodanie nowej funkcjonalności Oprogramowania Aplikacyjnego objętego niniejszą Umową, w zakresie wymaganym zmianami powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub przepisów prawa wewnętrznie obowiązujących Zamawiającego, wydanych na podstawie delegacji ustawowej, przy czym realizacja powyższych żądań będzie wykonywana za dodatkowym wynagrodzeniem Wykonawcy; zgłoszenia żądania zmiany należy dokonywać poprzez witrynę Centralnego Help-Desk'u lub na formularzu, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do niniejszej Umowy, z zastrzeżeniem, że zasady realizacji zgłoszonych żądań i wysokość odpłatności dla Wykonawcy będą każdorazowo uzgadniane pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym. Zasady przesyłania i akceptacji formularza Strony ustalą w trybie roboczym. W zakresie nieuzgodnionym przez Strony do zasad realizacji modyfikacji płatnych stosuje się odpowiednio postanowienia niniejszej Umowy.”

Wykonawca wskazuje, iż modyfikacje o których mowa w pkt d są modyfikacjami dodatkowymi, dodatkowo płatnymi, a nie jak wskazano w pierwotnym brzmieniu pkt d – modyfikacjami stanowiącymi zakres Umowy :

„ d) przyjęcie i rozpatrzenie indywidualnych zmian (tj. modyfikacji) Oprogramowania Aplikacyjnego objętego niniejszą Umową (propozycji jego udoskonalen, modyfikacji i rozwoju), przy czym modyfikacje ustalonych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym zmian stanowić będzie zakres niniejszej umowy, Wykonawca zobowiązany jest zrealizować modyfikację w terminie ustalonym przez Strony.”

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

3. Jeżeli Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie Wykonawcy czynności wskazane przez Zamawiającego, wówczas Zamawiający jest obowiązany w świetle art. 95 ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

1) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp;

2) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający powinien dokonać oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy.

Istotnym jest dodanie, iż Opinia dotycząca art. 95 ust.1 ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. zgodnie z którą :

„(...) Pomocniczo należy wskazać na istotne ustalenia sądów pracy określające charakter umowy o pracę:

- o tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. III AUa 235/16 i wcześniejsze),
- stosunek pracy istnieje nawet wtedy, gdy strony w dobrej wierze zawierają umowę cywilnoprawną, lecz jej treść lub sposób realizacji odpowiada cechom stosunku pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2008 r., sygn. I PK 311/07),
- umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. III AUa 490/16 i wcześniejsze),
- kwalifikując konkretną umowę [umowa o dzieło] należy badać w pierwszej kolejności czy świadczenie będące przedmiotem zobowiązania ma cechy dzieła - polega na osiągnięciu w przyszłości z góry określonego, samoistnego, obiektywnie osiągalnego i subiektywnie pewnego rezultatu ludzkiej pracy czy twórczości, mającego postać materialną lub też niematerialną, ale ucieleśnioną. (...) z takim założeniem co do zasady nie koresponduje wykonywanie czynności powtarzalnych [charakteryzujące umowę o pracę] (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 listopada 2015 r. sygn. III AUa 770/15).

Podnieść należy, że jest to katalog przykładowy i otwarty, a jego konkretyzacja następuje w odniesieniu do stanu faktycznego zamówienia. **Do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, help desku, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu).** Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.”

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o dokładne sprecyzowanie w **§11 ust. 1** które czynności będą polegać na świadczeniu pracy, powołane jak dotychczas szerokiego katalogu polegającego na wskazaniu wszystkich osób bez określonego limitu świadczących usługi help desku jest niezgodne z wytycznymi Prezesa w przedmiotowej kwestii. Nie każda z usług ma charakter czynności polegającej na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, w szczególności w tak specyficznej branży, jaką jest branża IT. Wykonawca zwraca uwagę, iż niejednokrotnie czynności tj.

instalacja oprogramowania, migracja danych, integracja systemu, opracowanie dokumentacji, konserwacja czy szkolenia z nowych funkcjonalności, naprawa usterek oprogramowania wymagają szczególnej wiedzy, są świadczone przez osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające specjalistyczne certyfikaty, niejednokrotnie czynności te nie przedkładają się na konieczność zawierania umów o pracę z uwagi na to iż czynności te zgodnie z wytycznymi Prezesa UZP oraz w rozumieniu Kodeksu pracy nie polegają na świadczeniu pracy. Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający wymaga złożenia oświadczeń potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, bez dokładnego sprecyzowania wymaganej ilości osób zatrudnionych na podstawie Umowy o pracę. Wnosimy o wyjaśnieni, sprecyzowanie postanowienia i jego odpowiednią modyfikacje w oparciu o powyższą argumentację.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż wykreśla §11 z projektu umowy (załącznika nr 4 do SWZ).

PYTANIA III

Szanowni Państwo, poniżej przesyłam dodatkowe pytanie dot. zał. nr 2 (OPZ): Zamawiający w Zał nr 2 napisał : Miesięczny koszt nadzoru autorskiego oraz opieki serwisowej modułów oprogramowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego InfoMedica/AMMS/ADMX/MPI firmy Asseco Poland S.A eksploatowanych w jednostkach organizacyjnych Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. św. Ludwika w Krakowie oraz Wizyty dodatkowe o których mowa w par. 2 ust. 2 oraz par. 5 ust. 4 umowy. Nie zawarł pozycji dotyczącej „wsparcie techniczne świadczone przez 8h miesięcznie nad użytkowanym przez Zamawiającego oprogramowaniem systemowym i bazodanowym Oracle”. Czy Wykonawca ma zawrzeć koszty tych prac w pozycji 1 dot.: Miesięczny koszt nadzoru autorskiego oraz opieki serwisowej modułów oprogramowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego InfoMedica/AMMS/ADMX/MPI firmy Asseco Poland S.A eksploatowanych w jednostkach organizacyjnych Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. św. Ludwika w Krakowie?

Odpowiedź: Tak.

II.

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. św. Ludwika w Krakowie działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zmienia treść SWZ w zakresie:

- 1) załącznika nr 4 do SWZ projektu umowy, który otrzymuje brzmienie jak w załączniku do niniejszego pisma. Zmiana dotyczy:
 - 1.1. dodanie do projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ) §5A.
 - 1.2. §2 ust.2 projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ);
 - 1.3. §5 ust. 7 projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ);
 - 1.4. wykreślenie §11 projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ);
- 2) załącznika nr 5 do umowy który otrzymuje brzmienie jak w załączniku do niniejszego pisma.
- 3) Działu X pkt 1, który otrzymuje brzmienie:
„1. Wykonawca będzie związany złożoną ofertą do dnia **09.12.2023 r.**”
- 4) Działu XII pkt 1, który otrzymuje brzmienie:

„1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy umieścić na platformazakupowa.pl pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/dzieciecyszpital> do dnia **10.11.2023r.** do godz. **09:30.**”

5) Działu XII pkt 7, który otrzymuje brzmienie:

„7. Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. **10.11.2023r. godz. 10:00**”

6) Działu III pkt 5, który otrzymuje brzmienie:

„5. Wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę:

5.1. Nie dotyczy.”

Odpowiedzi do pytań oraz zmiana treści SWZ wprowadzona niniejszym pismem stanowi integralną część SWZ i jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Otrzymują:

- strona internetowa prowadzonego postępowania
- a/a