

Szczecin, dn. 20.01.2016 r.

**znak sprawy: ZP/220/101/15**

w sprawie: udzielenie licencji oraz nadzór autorski nad pakietem oprogramowania InfoMedica/AMMS w SPSK-2.

## WYJAŚNIENIE NR 1 ORAZ MODYFIKACJA SIWZ NR 1

W związku z wpłynięciem do Zamawiającego pytań dotyczących treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający udziela wyjaśnień oraz informuje o dokonaniu modyfikacji treści SIWZ w następującym zakresie:

### Pytanie nr 1:

Proponujemy, aby do Projektu Umowy § 11 dodać ust 4 o następującym brzmieniu: „Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wynikająca z nienależytego wykonania przedmiotu Umowy ogranicza się do rzeczywistej straty Zamawiającego, bez utraconych korzyści, z jednoczesnym ograniczeniem do równowartości 100% wynagrodzenia otrzymanego przez Wykonawcę na podstawie niniejszej Umowy”.

### Uzasadnienie

Głównym powodem naszej prośby jest szczególny charakter świadczenia usług nadzoru autorskiego i specyficzne otoczenie legislacyjne związane z uwarunkowaniami zewnętrznymi i rozliczeniem szpitala z NFZ. Z punktu widzenia Wykonawcy jest to działanie konieczne, ponieważ nasza firma nie może brać odpowiedzialności za przychody szpitala z tytułu świadczeń rozliczanych i finansowanych przez NFZ. W otoczeniu legislacyjnym i corocznych problemach, zmianach i opóźnieniach z publikacją informacji niezbędnych dla tegoż rozliczenia, trudno jest nam brać pełną odpowiedzialność za terminowe rozliczenie szpitala z NFZ i w konsekwencji za tę część przychodów szpitala. Nasze coroczne starania, aby świadczone przez nas usługi były realizowane terminowo i należytą starannością, są niemalże zawsze wystawione na próbę.

Przedstawiając dalszą argumentację należy stwierdzić, że przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usług serwisu i nadzoru. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika powoduje powstanie obowiązku naprawienia szkody na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego i to prawo Zamawiający posiada. Możliwość żądania naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania odnosi się do wszystkich rodzajów zobowiązań. Chodzi w tym wypadku o tzw. odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i nast. k.c.) będącą jedną z dwóch podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej (obok odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych czyli odpowiedzialności deliktowej - to prawo również Zamawiający zachowuje).

Ponadto na bazie niniejszej umowy Zamawiający w sytuacji, gdy Wykonawca odpowiedzialny za niezachowanie należytej staranności (art. 472 k.c.), nienależycie wykonał przedmiot umowy odpowiada również kontraktowo, a podstawą jego odpowiedzialności jest jego wina. Wykonawca odpowiada więc za szkodę nie tylko wówczas, gdy wyrządził ją umyślnie, lecz również wtedy, gdy można mu postawić zarzut niedołożenia należytej staranności - to prawo również Zamawiający posiada. W takim wypadku Wykonawca nie musi udowadniać winy dłużnika. Brak należytej staranności jest bowiem domniemywany w sytuacji, gdy zobowiązanie nie zostało przez dłużnika wykonane lub wykonane zostało nienależycie.

Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, tel.: +48 17 888 55 55, fax: +48 17 888 55 50, e-mail: [info@asseco.pl](mailto:info@asseco.pl), NIP: 522-000-37-82, REGON: 010334578, Sąd Rejonowy w Rzeszowie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS: 0000033391. Kapitał zakładowy w wysokości 83 000 303,00 PLN jest opłacony w całości.

Nadto, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za inne osoby, którymi posługuje się przy wykonywaniu czynności (podwykonawców, pomocników). Odpowiada za czynności tych osób, tak jak za własne czynności.

Na mocy tej umowy w sytuacji, gdy Wykonawca dopuści się zwłoki w wykonaniu zobowiązania, Zamawiający będzie mógł wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (art. 491 par. 1 k.c.).

Na bazie niniejszej umowy, niezgodne z treścią jakiegokolwiek zobowiązania zachowanie się Wykonawcy będzie stanowiło podstawę do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

Możliwe jest także zastępcze spełnienie świadczenia. Jeżeli Wykonawca zwleka z wykonaniem świadczenia, wierzyciel może żądać upoważnienia go przez sąd do wykonania czynności na koszt Wykonawcy.

Podsumowując:

W naszej opinii, możliwość niezapłacenia Wykonawcy 100% wartości umowy za niewykonane lub nienależycie wykonane świadczenia to właściwe rozwiązanie tej kwestii.

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie dodatkowego zapisu. Zamawiający dokona stosownej modyfikacji SIWZ.**

#### **Pytanie nr 2:**

Proponujemy aby do §. 11 Projektu Umowy dodać ust 5 o następującym brzmieniu: „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”.

Uzasadnienie

Nie stosując polemiki z art. 55 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych Asseco zauważa, że celem umowy nadzoru i serwisu jest określenie wszystkich zobowiązań stron związanych z zapewnieniem prawidłowości pracy oprogramowania i umowa ta jest wyłącznym i jedynym dokumentem opisującym zakres zobowiązań wykonawcy, dlatego też stanowi wyłączną podstawę prawną i zastępuje zarówno gwarancję jak i rękojmię. Dlatego zapis o wyłączeniu roszczeń z tytułu rękojmi w ocenie Asseco jest słuszny i konieczny.

Asseco zwraca jednak uwagę, na przypadek nieuregulowany w niniejszej umowie tj. wytworzenie nowego utworu na skutek działań serwisowania, usprawniania i nadzorowania sytemu aplikacyjnego.

Z istoty niniejszej umowy (nadzór i serwis) i czynności jakie na jej bazie mają zostać wykonane Wykonawca alternatywnie wyłączył rękojmię, mając na uwadze sytuację, gdy podczas prac Wykonawcy zostanie wytworzony nowy utwór (powstanie domniemanie licencji), którego niewłaściwe działanie uszkodzi podstawową aplikację. W takiej sytuacji powstanie pytanie, czy rękojmia rozciągnie się na całą aplikację? Zapis został wprowadzony w celu zapobieżenia właśnie takim wątpliwością.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie dodatkowego zapisu.**

#### **Pytanie nr 3:**

Proponujemy aby do §. 12 Projektu Umowy dodać kolejne ustępy o następującym brzmieniu:

4) Zamawiający upoważnia Wykonawcę do pozyskania zanonimizowanych danych w zakresie:

- a) sposobu użytkowania systemu przez użytkowników
- b) danych medycznych opisujących proces leczenia pacjentów
- c) danych statystycznych w tym danych związanych z obsługą procesu leczenia

5) Anonimizacja w rozumieniu ust. 4 to proces polegający na usuwaniu przez moduł oprogramowania aplikacyjnego Wykonawcy danych umożliwiających zidentyfikowanie konkretnej osoby. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe przeprowadzenie procesu oraz gwarantuje, że dane będą zanonimizowane przed ich wysłaniem.

6) Zamawiający wyraża zgodę na przeprowadzenie procesu anonimizacji i wysłanie anonimizowanych danych do Wykonawcy. Zamawiającemu jako Administratorowi Danych Osobowych przysługuje prawo kontroli, polegające na możliwości sprawdzenia czy przesyłane do Wykonawcy dane nie noszą znamion danych osobowych (umożliwiających zidentyfikowanie konkretnej osoby).

7) Obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnienie aby dane o których mowa w ust. 4 powyżej nie zostały

przekazane podmiotom trzecim w postaci umożliwiającej identyfikację źródła ich pochodzenia.

8) Wykonawca oświadcza, że pozyskane anonimizowane dane będą wykorzystywane wyłącznie w celu ulepszenia i rozszerzenia oferty produktowej Wykonawcy (np. produkty z zakresu Benchmarkingu).

Uzasadnienie:

Asseco Poland od ponad 20 lat tworzy zaawansowane technologicznie oprogramowanie dla firm i instytucji z kluczowych sektorów gospodarki, w tym dla jednostek medycznych. Obecnie jesteśmy największą spółką informatyczną w Europie Środkowej oraz szóstym producentem oprogramowania w Europie. Tworzymy rozwiązania dla jednostek Narodowego Funduszu Zdrowia, Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, uzdrowisk, obsługujemy ponad 14 tys. przychodni i gabinetów lekarskich, a także ponad 420 szpitali.

Jako lider rozwiązań informatycznych dla jednostek medycznych chcielibyśmy nadal doskonalić nasze aplikacje. Dlatego proponujemy Państwu w umowach nadzoru rozszerzenie zapisów dotyczących paragrafu §8 Ochrona danych osobowych o zapisy, które pozwolą nam poszerzyć wiedzę na temat sposobu wykorzystania naszych aplikacji oraz umożliwią zwiększenie oferty produktowej.

Wszystkie informacje, które chcielibyśmy zbierać będą oczywiście podlegały anonimizacji, a odpowiedzialność za depersonalizację danych będzie leżała po stronie Asseco. Zobowiązujemy się nie ujawniać otrzymanych danych w postaci umożliwiającej wskazanie źródła ich pochodzenia. Wszystkie działania będą prowadzone zgodnie z ustawą o ochronie danych osobowych i pod nadzorem naszego biura prawnego.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie dodatkowego zapisu.**

**Pytanie nr 4:**

Zapis § 11 ust 2 mówi o możliwości naliczenia Wykonawcy kar. Prosimy, aby te zapisy uzyskały następujące brzmienie:

2) Zamawiający może naliczyć Wykonawcy kary umowne w wysokości:

- a) 2.000,00 zł - w przypadku zwłoki Wykonawcy w usunięciu błędu krytycznego za każdy dzień opóźnienia.
- b) 500,00 zł - w przypadku zwłoki w usunięciu błędu zwykłego za każdy dzień opóźnienia.
- c) W przypadku zwłoki w dokonaniu aktualizacji oprogramowania wynikającej z wejścia w życie nowych przepisów bądź ich nowelizacji - 1.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia
- d) W przypadku naruszenia obowiązku zachowania poufności, o którym mowa w § 13 - 10.000,00 zł za każdy przypadek naruszenia obowiązku zachowania poufności
- e) Z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca - w wysokości 10% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1

Uzasadnienie

Poziom kar umownych przewidzianych w SIWZ jest zdaniem Oferenta zbyt wysoki i spowodowałby przeniesienie wystąpienia ewentualnych ryzyk na cenę zaoferowaną przez oferenta. Podobnie rzecz ma się z naliczeniem kar umownych w przypadku opóźnienia w usunięciu błędu czy opóźnienia dokonania aktualizacji.

Wyprodukowanie aktualizacji czy poprawki jest uzależnione od wielu czynników zewnętrznych, w tym legislacji i publikacji zmian bez odpowiednio długiego vacatio legis. Wykonawca nie ma więc wpływu na większość czynników wpływających na możliwość naliczenia kar, a ewentualne kary nie mogą mieć charakteru represji.

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę jedynie na zmniejszenie kar umownych. Zamawiający dokona stosownej modyfikacji SIWZ.**

**Pytanie nr 5:**

Uprzejmie prosimy o wykreślenie § 3 ust. 7 oraz jednocześnie prosimy o dodanie do § 3 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych kolejnych ustępów o następującym brzmieniu:

10. Zamawiający wyraża zgodę na powierzenie realizacji niniejszej Umowy osobom trzecim, w tym na dalsze powierzenie tym osobom przetwarzania danych osobowych przy odpowiednim zastosowaniu zasad określonych w niniejszej umowie oraz na udostępnienie informacji poufnych Zamawiającego, uzyskanych w związku z realizacją niniejszej Umowy. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że za działania lub zaniechania osób trzecich, którym powierzono wykonanie umowy odpowiada jak za własne działania lub zaniechania.

11. Zamawiający udziela Wykonawcy pełnomocnictwa do powierzenia w imieniu Zamawiającego, przetwarzania danych osobowych, przy odpowiednim zastosowaniu zasad określonych w umowie, osobom trzecim, którym Wykonawca powierzył wykonanie przedmiotu niniejszej Umowy.

Uzasadnienie

Szczególny charakter świadczenia usług zdefiniowanych jako przedmiot zamówienia, w tym nadzoru autorskiego wymusza konieczność wprowadzenia powyższych zapisów.

**Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie dodatkowego zapisu. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że § 3 ust. 7 powołanej umowy daje możliwość Wykonawcy na etapie realizacji umowy w uzasadnionych przypadkach zwrócić się do Zamawiającego na piśmie z prośbą o wyrażenie zgody na powierzenie przetwarzania danych osobowych osobom trzecim.**

**Pytanie nr 6:**

Z uwagi na charakter pytań uprzejmie prosimy o zmianę terminu składania ofert na 03.02.2016 godz. 12.00

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na przesunięcie terminu.**

**Zamawiający dokonuje w następującym zakresie modyfikacji SIWZ:**

**1. Rozdział III § 11 dodaje się ust. 4 w brzmieniu:**

„4. Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wynikająca z nienależytego wykonania przedmiotu Umowy ogranicza się do rzeczywistej straty Zamawiającego, bez utraconych korzyści, z jednoczesnym ograniczeniem do równowartości 100% wynagrodzenia otrzymanego przez Wykonawcę na podstawie niniejszej Umowy”.

**2. Rozdział III § 11 ust. 2 otrzymuje nowe brzmienie:**

„§ 11

2) Zamawiający może naliczyć Wykonawcy kary umowne w wysokości:

- a) 2.000,00 zł – w przypadku opóźnienia Wykonawcy w usunięciu błędu krytycznego za każdy dzień opóźnienia.
- b) 500,00 zł – w przypadku opóźnienia w usunięciu błędu zwykłego za każdy dzień opóźnienia.
- c) W przypadku opóźnienia w dokonaniu aktualizacji oprogramowania wynikającej z wejścia w życie nowych przepisów bądź ich nowelizacji – 1.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia
- d) W przypadku naruszenia obowiązku zachowania poufności, o którym mowa w § 13 - 10.000,00 zł za każdy przypadek naruszenia obowiązku zachowania poufności
- e) Z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca – w wysokości 10% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1.”

Zamawiający niniejszym pismem nie wprowadził zmiany do SIWZ, które wymagają dodatkowego czasu na dokonanie zmian w przygotowywanych ofertach. Mimo wszystko **Zamawiający przedłuża termin składania i otwarcia ofert:**

**- składanie ofert do 03-02-2016 r. do godz. 12.00,**

**- otwarcie ofert: 03-02-2016 r. o godz. 12.30.**

Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe wyjaśnienia podczas sporządzania i składania ofert.

***Z poważaniem***