

Kraków, dn. 18.10.2021 r.

wg rozdzielnika

NR POSTĘPOWANIA: DZP.271-28/21

Przetarg nieograniczony pn. **"Usługi nadzoru autorskiego modułów oprogramowania aplikacyjnego InfoMedica, AMMS, SPI, EDM/ADMX, mHosp oraz dostarczenie licencji na moduł oprogramowania aplikacyjnego Gospodarka magazynowa i funkcjonalność Import pliku XLS do modułu FK"**

### ODPOWIEDZI NA PYTANIA ORAZ ZMIANA TREŚCI SWZ

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.2019.2019 ze zm.) udziela odpowiedzi na następujące pytania:

1. Jeżeli Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymaganie 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 ust. 1) 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 spełnienia 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 §10 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 usług, ilość osób. Wnosimy o wyjaśnienie i sprecyzowanie zapisu.

***Odpowiedź: Zamawiający mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację modyfikuje treść:***

- a) *ust. 1 w par. 10, który otrzymuje brzmienie:*

***„Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące usługi związane z obsługą help-desk były zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (z wyłączeniem czynności określonych w par. 2 pkt 1 ppkt f umowy).”***

- b) pkt. 6 w Rozdziale III SWZ, który otrzymuje brzmienie:

***„Wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę:***

***1.1. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp, Zamawiający wymaga od Wykonawcy (lub podwykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 27) Pzp) zatrudnienia na podstawie stosunku***

**pracy osób wykonujących wszelkie czynności związane z obsługą help-desk (z wyłączeniem czynności określonych w par. 2 pkt 1 ppkt f projektu umowy).**

**1.2. Sposób dokumentowania zatrudnienia ww. osób, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań określa projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 do SWZ.”**

2. Mając na uwadze ukształtowaną praktykę na rynku IT prosimy o modyfikację § 4 ust. 10 i nadanie mu brzmienia:

„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.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie wprowadził regulacji dotyczących limitów całkowitej odpowiedzialności Wykonawcy. Powyższe działanie uniemożliwia precyzyjne określenie granic ryzyk projektowych. Wykonawca wskazuje w tym miejscu na dokument pn. Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych (...) - dokument opublikowany na stronie Urzędu Zamówień publicznych w sekcji Repozytorium Wiedzy/Dobre praktyki/Dobre praktyki w branży IT (Rozdział IV. Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy IT / 2. Granica odpowiedzialności umownej / 6. Kary umowne oraz nową ustawę Prawo zamówień publicznych, która obowiązuje od 1 stycznia 2021 roku.

„Art. 436. Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:(...) 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony

***Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody w powyższym zakresie.***

3. Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający w § 4 ust. 8 widzi możliwość dokonania zmian w zakresie wszelkich kar umownych poprzez wprowadzenie w miejsce słów „wartości brutto” słowa „wartości 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: Zamawiający wyraża zgodę w powyższym zakresie.***

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

**„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 w powyższym zakresie.***

5. Czy Zamawiający dopuści wprowadzenie do Umowy dodatkowych zapisów:

1. „Zamawiający wyraża zgodę na incydentalne przetwarzanie danych w tym informacji poufnych przez Microsoft i przedstawicieli Microsoft w związku z realizacją Umowy Microsoft Products and Services Agreement jaką zawarł Wykonawca w ramach usług O365, z których na co dzień korzysta Wykonawca.
2. Dane poufne w tym 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 Wykonawcę 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).”

Wykonawca wskazuje, iż na co dzień korzysta z narzędzi Microsoft O365 w tym z poczty elektronicznej.

***Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na dodanie poniższego zapisu. W związku z powyższym w par. 8 dodany zostanie ust. 16 w brzmieniu:***

***„Jeżeli Wykonawca korzysta z usługi Microsoft O365 Zamawiający wyraża zgodę na incydentalne przetwarzanie danych w tym informacji poufnych przez Microsoft i przedstawicieli Microsoft w związku z realizacją Umowy Microsoft Products and Services Agreement, zawartą przez Wykonawcę w ramach usług O365.***

***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 Wykonawcę 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).”***

6. 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 nie wyraża zgody w powyższym zakresie.**

7. W paragrafie 2 pkt 3 umowy Zamawiający pisze: Obsługę serwisową Oprogramowania Aplikacyjnego objętego niniejszą Umową będzie realizował Wykonawca/Autoryzowany Przedstawiciel Wykonawcy, dysponujący pracownikami certyfikowanymi w zakresie realizacji przedmiotu niniejszej umowy<sup>[1]</sup>:

.....

Prosimy o doprecyzowanie, że pkt dot. pkt 2 podpunktu e) umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że par. 2 pkt 3 umowy dot. pkt 2 podpunktu e) umowy.**

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 (Dz.U.2019.2019 ze zm.) zmienia treść SWZ w zakresie:

- 1) Pkt. 1 w Dziale XII, który otrzymuje brzmienie:

„Ofertę wraz z dokumentami wymienionymi w Dziale XI pkt 10 SWZ należy złożyć przy użyciu [platformy](https://platformazakupowa.pl/pn/dziecieczszpital) dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/dziecieczszpital> do dnia **22.10.2021 r.** do godz. **09:30.**”

- 2) Pkt. 6 w Dziale XII, który otrzymuje brzmienie:

„Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, tj. w dniu **22.10.2021 r. o godz. 10.00** przy użyciu systemu teleinformatycznego.”

- 3) Pkt. 1 w Dziale X, który otrzymuje brzmienie:

<sup>[1]</sup> W przypadku wykazania Podwykonawcy

„Wykonawca będzie związany złożoną ofertą do dnia **20.11.2021 r.**”

*Odpowiedzi do pytań i zmiana treści SWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowią integralną część SWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.*

Otrzymują:

- ✓ strona internetowa Zamawiającego
- ✓ a/a