

Kielce, dnia 04.12.2019r.

EZ/ZP/176/2019/RI

Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **Objęcie nadzorem autorskim i świadczenie usług serwisowych dla oprogramowania aplikacyjnego INFOMEDICA/AMMS Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach**

Znak sprawy: **EZ/ZP/176/2019/RI**

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, (tekst jednolity: Dz.U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.) Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach ul. Grunwaldzka 45 udziela odpowiedzi na zadane pytania:

Odnosnie Załącznik nr 2 – „Umowa nr ...”

Pytanie nr 1

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wykreślenie postanowienia **§ 4 ust. 2** Umowy o treści:
„Wykonawca lub podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od jej zawarcia, z wyłączeniem umów o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyłączenie o którym mowa w zdaniu pierwszym nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50.000 zł. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy faktury lub rachunku.”

oraz modyfikację postanowienia § 6 ust. 2 :

„Zapłata należności dokonywana będzie przelewem na konto bankowe Wykonawcy wskazane w fakturze VAT w terminie do dni kalendarzowych (kryteria oceny ofert) od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT do siedziby Zamawiającego pod warunkiem przedłożenia dokumentów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.”

w poniższy sposób:

„Zapłata należności dokonywana będzie przelewem na konto bankowe Wykonawcy wskazane w fakturze VAT w terminie do dni kalendarzowych (kryteria oceny ofert) od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT do siedziby Zamawiającego.”

Wprowadzenie powyższych wymogów generuje zbędne formalności przy zamówieniach publicznych w branży IT. Obowiązek przedkładania umów podwykonawczych oraz dokumentów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia Podwykonawcy dotyczy zamówień na roboty budowlane i wiąże się z tym, że często firmy budowlane nie regulowały należności wobec podwykonawców. W branży informatycznej firmy podwykonawcze z reguły stale współpracują z wykonawcą głównym i nie pojawiają się pomiędzy tymi podmiotami zaległości płatnicze.

Odpowiedź:

Nie. Zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 2

Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza dodanie zapisów w § 7 nowego ustępu o treści:

„Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie zapisów umowy nie przekroczy 20% wartości netto wynagrodzenia.”

Wykonawca argumentuje dodanie powyższego ustępu, faktem, że brak takiego ograniczenia musiałby skutkować przeszacowaniem umowy, która zasadniczo odbiegać będzie od obowiązujących realiów rynkowych. Zasady dobro-rynkowego partnerstwa, wskazują aby umowa, także w trybie Prawa Zamówień Publicznych czyniła zadość funkcjonującym zasadom rynku.

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ. Argumentacja dotycząca przeszacowania umowy nie jest właściwa. Zapis w projekcie umowy jest zgodny z regulacjami dot. kary umownej w Kodeksie Cywilnym.

Pytanie nr 3

Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zapisu w § 7 o treści:

„Całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy ograniczona jest do wysokości 100% wartości z umowy netto.”

oraz w związku z powyższym wykreślenie zapisu w § 7 ust. 3.

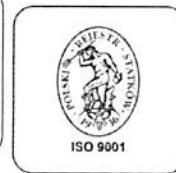
Wykonawca wskazuje, że przy uwzględnieniu warunków rynkowych, tak określony limit skutkuje możliwością skalkulowania oferty, korzystniejszej cenowo dla Zamawiającego. Zgodnie z zasadami funkcjonującymi u Wykonawcy, kwestie związane z nieograniczoną lub ograniczoną odpowiedzialnością, wpływają na ceny 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:

Nie, zgodnie z SIWZ. Należy wskazać, że tak odpowiedzialność deliktowa jak i kontraktowa i związane z tym roszczenie może być dochodzone w wysokości realnie poniesionej szkody.



Pytanie nr 4

Czy Zamawiający przewiduje uregulowanie zasad przetwarzania danych osobowych? Ze wskazaniem podwykonawców uprawnionych do przetwarzania danych w toku wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający w par. 10 ust. 4 Wzoru Umowy odnosi się do Załącznika nr 7 do Umowy stanowiącego Wzór Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, **która nie została dołączona. Wnosimy o uzupełnienie Wzoru Umowy w przedmiotowym zakresie.**

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje wzór umowy który stanowi zał. nr 2 do SIWZ w §10 ustęp 4 i nadaje mu następujące brzmienie:

„Strony umowy zobowiązują się do zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych w terminie umożliwiającym prawidłową realizację przedmiotowej umowy.”

Pytanie nr 5

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. 36 ust.2 pkt 8 a) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- 1) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a 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. 29 ust. 3a 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, 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 (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. ”

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o sprecyzowanie w § 2 ust. 5, które czynności będą polegać na świadczeniu pracy, odwołanie się jak dotychczas do całości usług serwisowych 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 specyficznej branży, jaką jest branża IT.

Odpowiedź:

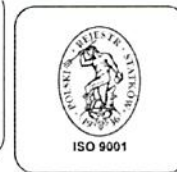
Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach ul. Grunwaldzka 45 **modyfikuje pkt. 3 SIWZ w brzmieniu:**

„Zamawiający wymaga zgodnie z treścią art. 29 ust 3a ustawy u.p.z.p aby osoby wykonujące czynności serwisowe i uprawnione do zdalnego dostępu do baz danych Zamawiającego były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę, a w przypadku zlecenia usługi podwykonawcy przez tego podwykonawcę.”

który otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający wymaga zgodnie z treścią art. 29 ust 3a ustawy u.p.z.p aby osoby wykonujące czynności związane z realizacją umowy tj. uprawnione do zdalnego dostępu do baz danych Zamawiającego były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę, a w przypadku zlecenia usługi podwykonawcy przez tego podwykonawcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm).

Wykonawca będzie zobowiązany do raportowania stanu zatrudnienia przez cały okres trwania umowy osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy tj. uprawnionych do zdalnego dostępu do baz danych Zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 4 do umowy. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.



W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane powyżej czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

- 1) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania w/w wymogów i dokonywania ich oceny.
- 2) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania w/w wymogów.”

W związku z powyższym Zamawiający analogicznie modyfikuje wzór umowy który stanowi zał. nr 2 do SIWZ w treści:

- §2 ust. 5, który otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca zobowiązuje się do udostępnienia Zamawiającemu w terminie trzech dni od otrzymania wezwania oświadczenia o liczbie zatrudnionych osób biorących udział w realizacji zamówienia lub zanonimizowanych dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy tj. uprawnionych do zdalnego dostępu do baz danych Zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 4 do umowy oraz wymaganiami określonymi w SIWZ. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane powyżej czynności.”

- §7 ust. 1 pkt 2 c, który otrzymuje brzmienie:

„za nie przedłożenie dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób o których mowa w § 2 ust 5 w wysokości 1000,00 zł za każdą osobę.”

Odpowiedzi na pytania oraz wprowadzone modyfikacje zawarte w niniejszym piśmie są wiążące i należy je uwzględnić w treści składanych ofert.

W celu wypełnienia dyspozycji zawartej w art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.) Zamawiający, Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach przesuwa termin składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Nowy termin składania i otwarcia ofert wyznacza się na:

Termin składania ofert: 09.12.2019r. g. 11:00

Termin otwarcia ofert: 09.12.2019r. g. 11:30

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych

mgr Sebastian Szaniawski

Dział Zamówień Publicznych


mgr Rafał Iwan
SPECJALISTA

DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Kielcach

Bartosz Stemplewski
DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Kielcach
Bartosz Stemplewski