



Kielce, dnia, 04.01.2021r.

EZ/ZP/216/2020/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/216/2020/RI

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

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:

Odnośnie Załącznika nr 2 do SIWZ – „Umowa nr .../2021”

Pytanie nr 1

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.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie postanowienia.

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:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie postanowienia.

Pytanie nr 2

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:

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie postanowienia.

Pytanie nr 3

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.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie postanowienia.

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

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia.

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.”

Pytanie nr 4

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 Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, Wykonawca wskazuje, iż w związku z realizacją Umowy dojdzie do przetwarzania danych osobowych. **Wnosimy o uzupełnienie Wzoru**

Umowy w par. 10 w przedmiotowym zakresie o wskazane zapisy:

1. *Zamawiający oświadcza, że jest administratorem w rozumieniu art. 4 ust. 7 RODO tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1) lub jest uprawniony, na mocy art. 28 ust. 2 RODO do dalszego powierzenia Wykonawcy przetwarzania danych osobowych.*
2. *Wykonawca oświadcza, że posiada zasoby infrastrukturalne, doświadczenie, wiedzę oraz wykwalifikowany personel, w zakresie umożliwiającym należyte wykonanie Umowy, w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa. W szczególności Wykonawca oświadcza, że znane mu są zasady przetwarzania i zabezpieczenia danych osobowych wynikające z RODO.*
3. *Na warunkach określonych w niniejszym paragrafie Zamawiający powierza Wykonawcy przetwarzanie (w rozumieniu, jakie nadaje przetwarzaniu art. 4 pkt 2 RODO) danych osobowych, których przetwarzanie jest niezbędne do należytego zrealizowania Umowy.*
4. *Pod pojęciami „dane osobowe” lub „dane” użytymi w niniejszej Umowie, Strony rozumieją dane osobowe zdefiniowane w art. 4 pkt 1 RODO, których rodzaj i zakres zostały wskazane w niniejszej Umowie.*
5. *Dostęp do danych osobowych przydzielany jest w oparciu o zasadę minimalnych koniecznych uprawnień tj. tylko uprawnień niezbędnych do wykonania czynności określonych w Umowie.*
6. *Przetwarzanie będzie wykonywane w okresie realizacji przedmiotu niniejszej Umowy, z uwzględnieniem pozostałych postanowień niniejszego paragrafu dotyczących obowiązków i uprawnień Stron.*
7. *Charakter i cel przetwarzania wynikają z przedmiotu Umowy w szczególności celem przetwarzania jest świadczenie usług nadzoru autorskiego o którym mowa w Umowie.*
8. *Wykonawca przetwarza dane wyłącznie zgodnie z udokumentowanymi poleceniami lub instrukcjami Zamawiającego, przy czym Strony uzgadniają, że za udokumentowane polecenia uznaje się zadania i czynności zlecane do wykonania Wykonawcy na potrzeby realizacji Umowy.*
9. *Przetwarzanie obejmować będzie rodzaje danych osobowych wskazane poniżej:*
 - 1) *Dane identyfikacyjne,*
 - 2) *Dane adresowe,*
 - 3) *Dane dot. stanu zdrowia,*
 - 4) *Dane genetyczne,*



- 5) Dane kontaktowe,
 - 6) Numery identyfikacyjne,
 - 7) Informacje związane z realizowanymi zadaniami Zamawiającego w szczególności informacje opisujące relacje Zamawiającego z Pacjentami; Pracownikiem Zamawiającego.
10. Przetwarzanie danych będzie dotyczyć następujących kategorii osób:
- 1) Pracownicy personelu medycznego świadczący usługi dla Zamawiającego,
 - 2) Pacjenci Zamawiającego,
 - 3) Kontrahenci Zamawiającego
11. Wykonawca może powierzyć konkretne operacje przetwarzania danych („podpowierzenie”) w drodze pisemnej umowy dalszego przetwarzania („Umowa podpowierzenia”) w imieniu Zamawiającego innemu przetwarzającemu („Podwykonawca”), który zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których dane dotyczą, pod warunkiem uprzedniej akceptacji Podwykonawcy przez Zamawiającego lub braku sprzeciwu Zamawiającego, który to sprzeciw Zamawiający może wyrazić w terminie 7 dni od dnia otrzymania stosownej informacji do Wykonawcy. Strony przyjmują, iż wskazani w niniejszym punkcie Podwykonawcy są podmiotami, którym Wykonawca może powierzyć dalsze przetwarzanie danych osobowych i uzyskanie dodatkowej zgody Zamawiającego, o której mowa powyżej nie jest wymagane. Strony zgodnie postanawiają, że osoby fizyczne współpracujące z Wykonawcą na podstawie umów cywilno-prawnych są traktowane jak personel Wykonawcy i nie stanowią Dalszych Przetwarzających w rozumieniu Umowy.

Lista Podwykonawców zaakceptowanych przez Zamawiającego:

-
12. Wykonawca realizując zadania wynikające z niniejszej Umowy w miarę możliwości udzieli pomocy Zamawiającemu w zakresie:
- 1) realizacji obowiązku odpowiadania na żądania osoby, której dane dotyczą, w zakresie wykonywania jej praw określonych w rozdziale III RODO,
 - 2) zapewnienia realizacji obowiązków wynikających z art. 32–36 RODO.
13. Wykonawca bezzwłocznie - nie później jednak niż w ciągu 48 godzin od jego wystąpienia - zgłosi na adres e-mail: lub Zamawiającemu każde naruszenie danych osobowych powierzonych niniejszą Umową którego będzie uczestnikiem.
14. Wykonawca po zakończeniu przetwarzania danych osobowych niezwłocznie zwróci powierzone mu dane lub dokona ich zniszczenia – adekwatnie do ustaleń z Zamawiającym. Czynności zwrotu, zniszczenia każdorazowo winny zostać potwierdzone odpowiednio przez Strony.
15. Wykonawca udostępni Zamawiającemu informacje niezbędne do wykazania spełnienia obowiązków określonych w artykule 28 RODO oraz umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie audytów w odniesieniu do danych przetwarzanych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu Umowy.
16. Zamawiający upoważnia Wykonawcę do pozyskania zanonimizowanych informacji w zakresie:
- 1) sposobu użytkowania systemu przez użytkowników,
 - 2) danych medycznych opisujących proces leczenia pacjentów,
 - 3) danych statystycznych w tym danych związanych z obsługą procesu leczenia
17. Anonimizacja w rozumieniu ust. 15 to proces polegający na usuwaniu przez moduł oprogramowania aplikacyjnego Wykonawcy informacji umożliwiających zidentyfikowanie konkretnej osoby. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe przeprowadzenie procesu oraz gwarantuje, że informacje będą zanonimizowane przed ich wysłaniem.
18. Zamawiający wyraża zgodę na przeprowadzenie procesu anonimizacji i wysłanie zanonimizowanych informacji do Wykonawcy, administratorowi w rozumieniu art 4 ust. 7 lub



jako podmiotowi uprawnionemu, na mocy art. 28 ust. 2 RODO przysługuje prawo kontroli, polegające na możliwości sprawdzenia czy przesyłane do Wykonawcy dane nie noszą znamion informacji osobowych (umożliwiających zidentyfikowanie konkretnej osoby).

19. *Obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnienie aby informacje o których mowa w ust. 15 powyżej nie zostały przekazane podmiotom trzecim w postaci umożliwiającej identyfikację źródła ich pochodzenia.*
20. *Wykonawca oświadcza, że pozyskane anonimizowane informacje będą wykorzystywane wyłącznie w celu doskonalenia niezawodności i funkcjonalności rozwiązań Wykonawcy.*
21. *Wykonawca oświadcza, że przed rozpoczęciem pozyskiwania zanonimizowanych informacji poinformuje Zamawiającego o planowanej dacie rozpoczęcia pozyskiwania informacji.*
22. *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).*

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na uzupełnienie Wzoru Umowy w par. 10 w przedmiotowym zakresie o w/w zapisy.

Pytanie nr 5

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 osób uprawnionych do zdalnego dostępu do baz danych 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 nie wyraża zgody na zmianę postanowienia.

Pytanie nr 6:

6. Z uwagi na przetwarzanie danych osobowych Wykonawcy prosimy o dodanie do umowy kolejnego załącznika :

„Klauzula Informacyjna

Klauzula informacyjna dla osób wskazanych do kontaktu w celu realizacji Umowy

Administrator danych:

Administratorem Pani/Pana danych jest (administrator).

Dane kontaktowe:

Z administratorem można się skontaktować poprzez e-mail: 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 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 cięższych na administratorze obowiązków, m.in.:
 - podwykonawcom,
 - 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. ”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na dołączenie dodatkowego załącznika. Klauzula informacyjna jest tu w ogóle niepotrzebna, z samej umowy wynika jakie kategorie danych obejmuje. Taką klauzulę informacyjną w firmie Asseco, IOD powinien opracować dla pracowników.

Pytanie nr 7

7. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 484 § 2: „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, **gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.**”

Dokonując analizy wskazanego wzoru umowy, Wykonawca dochodzi do wniosku, że kary umowne są rażąco wygórowane. Mając na uwadze stanowisko judykatury, na karę powinna wpływać wartość wynagrodzenia i potencjalna szkoda. W wyroku z 11 października 2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie (sygn. akt I ACa 1673/15) stwierdził, iż przy ocenie, czy „zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela.”

Mając na uwadze wynagrodzenie oraz potencjalną szkodę wnosimy o zmianę wysokości kar w par. 7 ust. 1 pkt 2 według poniższego zestawienia:

2. Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:
 - za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 7,



- za zwłokę realizacji postanowień umownych w stosunku do terminów określonych w umowie umowy lub ustalonych z Zamawiającym w wysokości **1000,00 zł** za dzień zwłoki,
- za zwłokę w przedłożeniu dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób o których mowa w § 2 ust 5 w wysokości **1000,00 zł** za każdą osobę.

na:

2. Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:

- za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości **10%** wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 7,
- za zwłokę realizacji postanowień umownych w stosunku do terminów określonych w umowie umowy lub ustalonych z Zamawiającym w wysokości **200,00 zł** za dzień zwłoki,
- za zwłokę w przedłożeniu dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób o których mowa w § 2 ust 5 w wysokości **100,00 zł** za każdą osobę.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia.

Pytanie nr 8

8. Wyjaśnienia czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji zapisów §7 ust. 2 poprzez wykreślenie tego ustępu:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. O potrąceniu Zamawiający zawiadomi Wykonawcę w formie pisemnej wraz z podaniem uzasadnienia.”

Wykonawca wskazuje, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa jasno wskazują przesłanki dochodzenia roszczeń i powyższy zapis jest zbyteczny. Wykonawca chce mieć możliwość „przedyskutowania” potencjalnie naliczonych kar umownych. Wyraźne postanowienie, że Zamawiający nie może potrącać kar z wynagrodzenia, daje mu taką możliwość.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia.

Pytanie nr 9

9. Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający zmodyfikuje §2 ust. 3 na treść jak poniżej:

„Wykonawca zobowiązuje się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru swej działalności, świadczyć usługi z należyłą starannością wymaganą dla usług tego rodzaju, uwzględniającą specyfikę działalności Zamawiającego.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia.

10. Mając na uwadze nierówne ukształtowanie praw i obowiązków stron odnośnie możliwości odstąpienia, Wykonawca sugeruje zmianę §9 ust. 1 pkt c na treść:

„Wykonawca jest w zwłoce rozpoczęciu realizacji usługi ponad 14 dni od upływu wyznaczonych terminów i pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu nie realizuje usługi zgodnie z umową,”



Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia.

Wnosimy także o wykreślenie niejasnego interpretacyjnego §9 ust. 1 pkt d:

„Wykonawca trzykrotnie został ukarany za naruszenie tożsamyh obowiązków określonych w umowie,”

W przypadku braku wykreślenia powyższego, wnosimy o dokonanie wykładni przez Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Tożsamość należy definiować jako naruszanie obowiązków wynikających z jednej podstawy prawnej określonej w umowie jako obowiązki Wykonawcy.

DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Kielcach
Bartosz Stemplewski

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych
mgr Sebastian Szaniawski