

**Do Wykonawców**

Wrocław, dn. 29.01.2019 r.

Dot. ZP/PN/6/2019/WPP/349

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne na zadanie pn.:
„Świadczenie usługi utrzymania oraz wsparcia w zakresie serwisowania oprogramowania – Systemu Zarządzania Placówką oraz usługi modyfikacji Systemu”

Działając w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), Zamawiający przekazuje treść zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły w dniu 25.01.2019 r. następujące zapytania:

Pytanie nr 1

W załącznikach nr 2 do SIWZ (projekcie umowy) w §7 ust. 1 wskazano m.in. na zobowiązanie Wykonawcy do udzielenia Zamawiającemu gwarancji na „poprawne funkcjonowanie Systemu w Okresie Gwarancyjnym” zaś w ust. 2 „na poprawne wykonanie usługi Modyfikacji”.

Pytanie: Czy biorąc pod uwagę fakt, iż System (program komputerowy), w tym jego Modyfikacje nie jest rzeczą w rozumieniu kodeksu cywilnego a Zamawiający postawił wymóg udzielenia gwarancji, Zamawiający doda w §7 ust. 6 wyłączający reżim rękojmi np. w brzmieniu: *„Strony wyłączają zastosowanie przepisów kodeksu cywilnego i innych regulujących odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi do Umowy, a gwarancja określona w §7 jest wyłączna i zastępuje jakiegokolwiek inne, wyrażne lub dorozumiane gwarancje.”?*

Wyłączenie rękojmi wyeliminuje konieczność uwzględnienia w ofercie dodatkowych kosztów związanych z ewentualnym dublowaniem się ryzyk/podstaw zobowiązań do usuwania Awarii/Incydentów/Usterek.

Odpowiedź nr 1

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian.

Pytanie nr 2

Czy mając na uwadze treść dobrych praktyk opublikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w zakresie realizacji umów IT, Zamawiający obok ograniczenia odpowiedzialności z tytułu kar umownych wprowadzi w §11 projektu umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy, np. do kwoty 120% wynagrodzenia z umowy netto oraz wyłączy odpowiedzialność Wykonawcy w zakresie utraconych korzyści?

Brak określenia limitu odpowiedzialności Wykonawcy odbiega od standardów stosowanych na rynku usług IT. Zgodnie z dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” (dalej Analiza), udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych (dokument przygotowany na zlecenie Władzy Wdrażającej Programy Europejskie w ramach projektu POIG.070100-00-001/08 pn. "Projekt Systemowy dla wspierania działań w zakresie budowy elektronicznej administracji", współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu państwa), „Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości określanej kwotowo lub do wartości umowy” (str. 54 ww. Analizy) oraz „(...) 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” (str. 55 Analizy). Zapis uwzględniający powyższe standardy rynkowe mógłby mieć następujące brzmienie i zastąpić ust. 8 w §11 (który i tak stanowi powtórzenie ust. 4): *„Z zastrzeżeniem postanowień umowy przewidujących dalej idące ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy i w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych wszelka i całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy względem Zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy obejmuje wyłącznie rzeczywistą stratę Zamawiającego, z wyłączeniem w całości utraconych korzyści Zamawiającego, a nadto ograniczona jest do kwoty wynoszącej 120% wartości umowy netto (łącznie wynagrodzenia netto określonego w §13 ust. 1 Umowy).”* Nadto w związku z wprowadzeniem proponowanego ograniczenia konieczne byłoby dodanie zastrzeżenia do §11 ust. 4 umowy wskazującego na możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego: *„4. Jeżeli wysokość zastrzeżonych kar umownych nie pokrywa poniesionej szkody, Strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie cywilnym do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, z zastrzeżeniem postanowień ust. 8 (w zakresie odpowiedzialności*

Wykonawcy) tj. z wyłączeniem w całości utraconych korzyści Zamawiającego, a nadto do kwoty wskazanej w tym ustępie.”?

Odpowiedź nr 2

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów. Ograniczenie do szkody rzeczywistej zostało wprowadzone w §11 ust. 4, który stanowi, że „Jeżeli wysokość zastrzeżonych kar umownych nie pokrywa poniesionej szkody. Strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie cywilnym do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody”.

Pytanie nr 3

W załączniku nr 2 do SIWZ (projekcie umowy) w §11 ust. 2 pkt 2 jako przesłankę odstąpienia Zamawiający wskazał przyczyny leżące po stronie Wykonawcy, a nie okoliczności za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Zgodnie z dokumentem „ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG” (dalej Analiza): „Standardem w umowach IT powinno być określanie odpowiedzialności Wykonawcy za zwłokę.” (strona 58 Analizy).

Pytanie: Czy mając na uwadze powyższe Zamawiający dokona zmian zapisów w §11 ust.2 pkt 2 projektu umowy i jako przesłankę odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kary umownej w przypadku odstąpienia wskaże okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność (w miejsce „przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”)?

Odpowiedź nr 3

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów. Przyczyny i okoliczności odstąpienia od umowy, o których mowa w §11 zostały szczegółowo opisane w §12 ust. 3.

Pytanie nr 4

W Załączniku nr 2 do SIWZ (projekcie umowy) w wskazano, iż przedmiotem umowy jest m.in. *„zapewnienie zgodności Systemu z przepisami prawa powszechnego, w szczególności z przepisami wskazanymi w §4 Załącznika nr 1”* a w §4 ust. 6, iż *„Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia zgodności wprowadzanych Modyfikacji z przepisami prawa powszechnego.”*

Pytanie: Czy wskazując na przepisy prawa powszechnego Zamawiający ma na myśli przepisy powszechnie obowiązujące ogłoszone w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej lub Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”? Czy w ww. zobowiązania dotyczą utrzymania zgodności funkcjonalności Systemu opisanych w SIWZ a w przypadku Modyfikacji w jej opisie?

Odpowiedź nr 4

Wskazując na przepisy prawa powszechnie obowiązującego Zamawiający ma na myśli przepisy powszechnie obowiązujące ogłoszone w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej lub Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Ww. zobowiązania dotyczą utrzymania zgodności z przepisami funkcjonalności Systemu opisanych w SIWZ lub funkcjonalności dodawanych/zmienianych za pomocą Modyfikacji

Pytanie nr 5

W załączniku nr 2 do SIWZ (projekcie umowy) w §11 ust. 2 pkt 1 lit a)-d) Zamawiający zastrzegł kary umowne licząc je za każdy dzień zwłoki.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż terminy wskazane w umowach podawane są w Dniach roboczych Zamawiający zmieni w §11 ust. 2 pkt 1 lit a)-e) sposób liczenia kar umownych i wskaże w poszczególnych literach określających kary umowne, iż będą liczone za każdy Dzień roboczy zwłoki?

Odpowiedź nr 5

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów.

Pytanie nr 6

W załączniku nr 2 do SIWZ (projekcie umowy) w §4 ust. 5 Zamawiający wskazał, iż: *„5. Wykonawca nie może zawierać żadnych umów czy porozumień, które uniemożliwiałyby realizację Umowy, a w szczególności umów, które stwarzałyby konflikt interesów bądź też uniemożliwiałyby należyte reprezentowanie interesów Zamawiającego. Wykonawca ma prawo korzystać z usług podwykonawców.”*

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż niniejsza umowa zawarta ma być w reżimie zamówień publicznych a umowa nie definiuje pojęcia konfliktu interesów (nie wiadomo jaki jest zakres ww. postanowienia i czy za przedmiotowy konflikt interesów nie zostanie uznane np. zawarcie umowy z inną gminą lub placówką oświatową) Zamawiający wykreśli ww. postanowienie?

Odpowiedź nr 6

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanych zapisów. Konflikt interesów, o którym mowa w umowie nie dotyczy np. zawarcia umowy z inną gminą lub placówką oświatową.

Pytanie nr 7

W Załączniku nr 7 do Załącznika nr 2 do SIWZ (projekcie umowy Przetwarzania danych osobowych) w §6 ust. 1 litera a), b) oraz e) Zamawiający wskazał bardzo krótki termin wynoszący 24 godziny na przekazanie Administratorowi informacji dotyczących naruszenia ochrony danych, informacji wymaganych w zgłoszeniu naruszenia ochrony danych do organu nadzorczego, o których mowa w art. 33 ust. 3 RODO oraz informacji niezbędnych do zawiadomienia osoby, której dane dotyczą, o których mowa w art. 34 ust. 3 RODO.

Pytanie: Czy mając na uwadze konieczność zachowania procedur wewnętrznych organizacji Wykonawcy a przede wszystkim czas potrzebny na zebranie wszystkich

informacji wskazanych odpowiednio w art. 33 ust. 3 lub 34 ust. 3 RODO wydłużą Państwo we wskazanych literach a), b) oraz e) §6 ust. 1 do 48 godzin tak aby urealnić możliwość wykonania zobowiązań w nich wskazanych przez Przetwarzającego (Wykonawcę)?

Odpowiedź nr 7

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów.

Pytanie nr 8

W Załączniku nr 7 do Załącznika nr 2 do SIWZ (projekcie umowy Przetwarzania danych osobowych) w §8 ust. 5 wskazano, iż *„Przetwarzający zapewnia Administratorowi oraz pracownikom upoważnionym do audytu przez Administratora lub audytorowi zewnętrznemu upoważnionemu do audytu przez Administratora warunki i środki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia audytu, a w szczególności sporządza we własnym zakresie kopie lub wydruki dokumentów oraz informacji zgromadzonych na nośnikach, w urządzeniach lub w systemach służących do przetwarzania danych osobowych.”*

Pytanie: Czy mając na uwadze, że praktyką audytową prowadzenie audytu w miejscu i zapoznanie się i analiza audytowa jest wykonywana na miejscu, bez potrzeby wynoszenia kopii dokumentów na zewnątrz Zamawiający usunie część ww. postanowienia (§8 ust. 5) w brzmieniu: „a w szczególności sporządza we własnym zakresie kopie lub wydruki dokumentów oraz informacji zgromadzonych na nośnikach, w urządzeniach lub w systemach służących do przetwarzania danych osobowych”?

Odpowiedź nr 8

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów.

Pytanie nr 9

W Załączniku nr 7 do Załącznika nr 2 do SIWZ (projekcie umowy Przetwarzania danych osobowych) w §9 Zamawiający uregulował zasady odpowiedzialności Wykonawcy/Przetwarzającego.

Pytanie: Czy mając na uwadze fakt, iż rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE tzw. RODO zmienia zasady odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego a także mając na uwadze wielość podstaw odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego (co przemawia za ograniczeniem chociaż odpowiedzialności kontraktowej) Zamawiający zmieni brzmienie ww. paragrafu 9 nadając mu następujące brzmienie:

„§9.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ STRON

1. *Przetwarzający odpowiada za udokumentowane szkody, jakie powstaną wobec Administratorem danych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania*

niniejszej Umowy, w tym z tytułu niezgodnego z Umową przetwarzania danych osobowych powierzonych mu do przetwarzania, przy czym - w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych - łączna i całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza Przetwarzającego wobec Administratorem danych z powyższych tytułów ograniczona jest wyłącznie do szkody rzeczywistej Administratorem danych (tj. z wyłączeniem w całości utraconych korzyści Administratorem danych) a nadto ograniczona jest do kwoty wynoszącej 100% wartości Umowy Głównej netto (łącznego wynagrodzenia netto określonego w §10 ust. 1 Umowy Głównej).

- 2. Ograniczenia, o których mowa w ust. 1 nie odnoszą się do ewentualnych roszczeń regresowych Administratora danych względem Przetwarzającego w sytuacji, gdy Przetwarzający okaże się odpowiedzialny/współodpowiedzialny za szkodę, którą poniosła osoba, której dane dotyczą w wyniku naruszenia przepisów RODO w zakresie w jakim Przetwarzający odpowiada zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych jako podmiot przetwarzający dane osobowe Administratora danych na podstawie niniejszej Umowy.*
- 3. Administrator danych zobowiązany jest każdorazowo do poinformowania Przetwarzającego o każdym zdarzeniu, które mogłoby stanowić podstawę zgłoszenia przez Administratora roszczeń regresowych, o których mowa w ust. 2 w przypadku, gdy okoliczności zdarzenia wskazują na odpowiedzialność /współodpowiedzialność Przetwarzającego w powstaniu szkody oraz umożliwi Przetwarzającemu odniesienie się i wskazanie okoliczności, które wyłączają obowiązek naprawienia ewentualnej szkody przez Przetwarzającego.”?*

Odpowiedź nr 9

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zapisów.

Sprawę prowadzi:
Elżbieta Piwowarczyk +48/0 71 777 92 56,
Sporządził:
Irena Nowicka,