

Dotyczy: DAM.230.0065.2022.CSK

Echokardiograf przenośny z wyposażeniem – 1 sztuka

Zamawiający udziela następujących odpowiedzi na pytania:

Dotyczy wzoru umowy:

1. **Par. 4 wzoru umowy:** gwarancja jakości dotyczy odpowiedzialności gwaranta za pewnego rodzaju niezgodność towaru z umową, wadliwość towaru. Brzmienie postanowienia nie uwzględnia sytuacji, w których powstała awaria/usterka spowodowana została np. okolicznościami siły wyższej, normalnego zużycia, ingerencją w sprzęt osób trzecich. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie postanowienia precyzującego w/w okoliczności, które odzwierciedla przyjęte rynkowo standardy wyłączające/ograniczające ryzyko Wykonawcy, a także naturę gwarancji:

„Gwarancja określona niniejszą umową nie obejmuje awarii/usterek wynikających z:

- a. niewłaściwego użytkownika urządzenia, w tym niezgodnie z jego przeznaczeniem lub instrukcją użytkownika;
- b. mechanicznego uszkodzenia urządzenia, powstałego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich i wywołane nimi wady;
- c. samowolnych napraw, przeróbek lub zmian konstrukcyjnych (dokonywanych przez Zamawiającego lub inne nieuprawnione osoby);
- d. jakiegokolwiek ingerencji osób trzecich;
- e. uszkodzenia spowodowane zdarzeniami noszącymi znamiona siły wyższej (pożar, powódź,
- f. normalnego zużycia wymienionych części

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający pozostawia zapis.

Brak zgody na zmianę.

2. **Par. 4 ust. 4 i 5** Praktyka rynkowa dowodzi, że czasami dla wykonania naprawy konieczny jest import części zamiennych spoza UE i dokonania ich odprawy celnej, co zazwyczaj wydłuża czas importu od 2 do 4 dni roboczych. Przy założeniu, że wykonanie diagnostyki nastąpi w ciągu 1 dnia roboczego w takich przypadkach niemożliwe jest ukończenie naprawy w czasie 5 dni roboczych. W związku z powyższym czy Zamawiający dopuści czas naprawy do 7 dni roboczych w przypadku konieczności sprowadzenia części zamiennych spoza Polski?

Stanowisko Zamawiającego: Postanowienie ust. 5 przewiduje możliwość wydłużenia terminu wykonania naprawy, jeśli przemawia za tym istota wady. W takich wypadkach Zamawiający może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu na wykonanie naprawy. Zamawiający pozostawia zapis.

Brak zgody na zmianę.

- Centralny Szpital Kliniczny / Przychodnia Specjalistyczna Banacha, ul. Banacha 1a, 02 – 097 Warszawa
- Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Józefa Polikarpa Brudzińskiego w Warszawie / Przychodnia Specjalistyczna dla Dzieci, ul. Żwirki i Wigury 63A, 02 – 091 Warszawa
- Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus / Przychodnia Specjalistyczna Lindleya, ul. W. H. Lindleya 4, 02 – 005 Warszawa

3. **Par. 4 ust. 6 i 8** - Urządzenie będące przedmiotem umowy jest zbudowane z niezależnie działających części/modułów. Nieuzasadniona byłaby sytuacja, w której Zamawiający wymagałby wymiany całego sprzętu, a niesprawna byłaby tylko część urządzenia, którego całość poza tym działa bez zarzutu. Wymiana wadliwego modułu w takich przypadkach chroni słuszny interes Zamawiającego, a Wykonawcy umożliwi rzetelną kalkulację ceny i przedstawienie najkorzystniejszej oferty. W związku z tym wnosimy o modyfikację punktu poprzez usunięcie możliwości wymiany całego urządzenia, pozostawiając jedynie możliwość wymiany części/modułów.

Stanowisko Zamawiającego:

- a) W odniesieniu do ust. 6 – uprawnienie aktualizuje się dopiero w czasie, gdy Wykonawca opóźni się aż o 14 dni z naprawą sprzętu. Celem tego postanowienia jest jak najszybsze zapewnienie prawidłowego funkcjonowania sprzętu niezbędnego dla zachowania ciągłości działalności UCKWUM w razie gdy Wykonawca nie realizuje swoich zobowiązań.
Brak zgody na zmianę.
- b) W odniesieniu do ust. 8 – postanowienie dotyczy dopiero wykonana czwartej naprawy tego samego urządzenia lub modułu w okresie gwarancji. W takich przypadkach tak częstych niesprawności Zamawiający musi mieć narzędzie umożliwiające ochronę przed awarią sprzętu i wyłączeniem go z użytku na przyszłość.
Brak zgody na zmianę.

4. **Par. 4 ust. 14** Mając na względzie fakt, iż rękojmia jest instytucją niedostosowaną do specyfiki urzędzeń medycznych i w związku z tym standardem staje się ograniczanie lub wyłączenie rękojmi w zamian za udzielenie Zamawiającym gwarancji trwającej co najmniej tyle, ile okres rękojmi, na lepszych i dogodniejszych dla Zamawiających warunkach wykonywania uprawnień z gwarancji, Wykonawca proponuje dodanie zdania drugiego do § 7 ust. 11 i wskazanie, że uprawnienie do odstąpienia od umowy w ramach realizacji uprawnień z tytułu rękojmi zostaje wyłączone. Wskazujemy, że Zamawiającemu przysługują szerokie uprawnienia gwarancyjne na zasadach określonych umową, gwarantujące zapewnienie Zamawiającego należytej opieki serwisowej w przypadku wystąpienia awarii sprzętu, a wręcz zapewnia naprawę wszelkich usterek i nieprawidłowości w działaniu sprzętu na dogodnych dla Zamawiającego warunkach. Możliwość jednoczesnej realizacji uprawnień z tytułu rękojmi wiąże się z ryzykiem możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, co – szczególnie w przypadku charakteru sprzętu będącego przedmiotem umowy – jawi się jako szczególnie niecelowe. W związku z tym, w naszej ocenie, zasadne jest wyłączenie prawa do odstąpienia na podstawie rękojmi, które stanowi dodatkowe ryzyko dla Wykonawcy, a rezygnacja z którego dla Zamawiającego nie będzie stanowiła istotnego zmniejszenia jego praw wynikających z Umowy. Proponujemy więc dodanie zdania drugiego o następującej treści:

„Strony zgodnie wyłączają prawo do odstąpienia od umowy w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące rękojmi.”

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający pozostawia uprawnienie.

Brak zgody na zmianę.

5. **Par. 5 ust. 4** Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę terminu płatności z 60 do 45 dni i tym samym następującą modyfikację zapisów umowy: *„Zamawiający zobowiązuje się dokonać zapłaty należności za przedmiot Umowy w oparciu o prawidłowo wystawioną i zaakceptowaną przez Zamawiającego fakturę VAT, w terminie 45 dni od otrzymania faktury, jednak nie później niż do 31 grudnia 2022r.”*

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający chce zachować możliwie jak najdłuższy termin płatności.

Brak zgody na zmianę.

6. **Par. 6 ust. 1 pkt a, b, c** W naszej opinii zaproponowana kara umowna jest rażąco wysoka. Przyjęło się, że na rynku wyrobów medycznych wynosi ona ok. 0,1- 0,2 % wartości przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki. W związku z tym proponujemy, aby obniżyć karę umowną do przyjętego w branży poziomu.

Zwracamy również uwagę, że kara umowna jako surogat odszkodowania za nieterminową realizację przedmiotu umowy powinna być naliczana wyłącznie w sytuacji, gdy zaistniałe opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Wykonawca nie powinien odpowiadać zatem za następstwa okoliczności niezależnych od Wykonawcy i przez niego niezawinionych.

Dlatego też w zakresie niniejszej umowy w naszej ocenie odpowiedzialność Wykonawcy powinna być oparta się na zasadach ogólnych (tj. zasadzie winy), dlatego prosimy o odpowiednią modyfikację postanowień we wzorze umowy poprzez zmianę słowa „opóźnienie” na „zwłokę”.

Stanowisko Zamawiającego: Brak zgody na zmianę.

7. **Par 6 ust. 1 pkt a** Zwracamy uwagę, że limitu kar ustalony na poziomie 50% wartości brutto umowy może doprowadzić do powstania kary rażąco wygórowanej. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego oraz naruszenia zasady proporcjonalności. Wskazać należy, iż celem art. 436 pkt 3) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019) i wprowadzenie obowiązku przewidywania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić Strony, było właśnie uniknięcie sytuacji naliczania rażąco wygórowanych. Zastosowanie kary na tak wysokim poziomie jest w całości sprzeczne z celem tego postanowienia. W związku z tym, proponujemy określenie limitu kar umownych do wysokości 25 % wartości brutto umowy, co umożliwi również wykonawcom właściwą ocenę ryzyka i należytą wycenę oferty.

Stanowisko Zamawiającego: Przedmiotowe postanowienie umowy nie wyklucza po stronie Wykonawcy możliwości podniesienia zarzutu ewentualnego rażącego wygórowania kary umownej w razie sporu sądowego.

Brak zgody na zmianę.

8. **Par. 8 ust. 2:** Odstąpienie od umowy jest czynnością radykalną i nie powinno zaskakiwać żadnej ze Stron, tym bardziej w sytuacji, gdy jest dodatkowo powiązane obarczone obowiązkiem zapłaty kary umownej. Mając na względzie przedstawione w par. 8 ust. 1 podstawy do odstąpienia od Umowy, przewidziane uprawnienie wiąże się z istotnym ryzykiem po stronie wykonawcy które nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. Proponujemy, aby przed odstąpieniem ze wszystkich przyczyn wskazanych w par. 8 ust. 1 Zamawiający wezwał Wykonawcę do usunięcia naruszenia z zagrożeniem odstąpienia od umowy, udzielając mu odpowiedniego dodatkowego terminu. Dzięki takiemu rozwiązaniu zachowana jest ochrona słusznego interesu Zamawiającego, a Wykonawcy umożliwiona rzetelną kalkulację ryzyka. W związku z tym, proponujemy następujące brzmienie par. 8 ust. 2:

„2. Odstąpienie przez Zamawiającego na podstawie § 8 ust. 1 Umowy powinno zostać poprzedzone pisemnym wezwaniem Wykonawcy do należytej realizacji umowy lub usunięcia przyczyn leżących po stronie Wykonawcy stanowiących podstawę do odstąpienia Zamawiającego od umowy lub ich skutków, w wyznaczonym w wezwaniu dodatkowym terminie, nie krótszym niż 5 dni.”

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający musi mieć możliwość szybkiego zakończenia umowy, m.in. z uwagi na sposób finansowania sprzętu.

Brak zgody na zmianę.

9. Dodanie par. 9a o sile wyższej:

Proponujemy dodanie kolejnego par. 9a o sile wyższej z uwagi na brak regulacji kwestii postępowania przez Strony w przypadku zaistnienia zdarzeń o charakterze siły wyższej:

„§ 9a

Siła wyższa

1. Żadna ze Stron nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy, spowodowanych siłą wyższą, tj. przez okoliczności nadzwyczajne, nieprzewidywalne, bądź też niemożliwe do uniknięcia mimo możliwości ich przewidzenia, w szczególności: klęski żywiołowe, katastrofy, strajki, zamieszki, embarga, stany nadzwyczajne, zagrożenia epidemicznego lub epidemii, itp.

2. Terminy wykonania zobowiązań wynikających z Umowy, w tym czasu reakcji, ulegają przedłużeniu o czas trwania siły wyższej.

3. W przypadku zaistnienia zdarzenia siły wyższej, Strona, która na skutek siły wyższej nie może należycie wykonać zobowiązań wynikających z Umowy, zawiadomi niezwłocznie drugą Stronę o zaistnieniu siły wyższej, jednocześnie określając jej wpływ na wykonanie zobowiązań. Po zawiadomieniu, Strony będą współdziałać w dobrej wierze w celu wywiązania się ze zobowiązań w stopniu, w jakim jest to praktycznie możliwe oraz będzie poszukiwać wszelkich sensownych alternatywnych środków działania, możliwych mimo zaistnienia okoliczności siły wyższej.”

Stanowisko Zamawiającego: Brak zgody na zmianę.

Dotyczy SWZ

9. Zawarcie umowy powierzenia

Czy w przypadku istniejącej wiążącej umowy powierzenia przetwarzania danych między Zamawiającym a Wykonawcą, Zamawiający dopuszcza nie zawieranie załączonej umowy?

Stanowisko Zamawiającego: Brak zgody na zmianę.

Dotyczy wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (Załącznik nr 4 do wzoru Umowy)

- 10.** Prawdopodobnie nastąpiła omyłka i Zamawiający zastosował zapis odnoszący się do uchylonej dyrektywy, dlatego zwracamy się z prośbą o poprawne odniesienie się do zapisów RODO, zastępując w § 1 ust. 2 „Ogólne Rozporządzenie o Ochronie Danych 2016/679/WE” sformułowaniem:

„Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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), dalej: „Rozporządzenie 2016/679”

i konsekwentnie dalej w treści umowy „Rozporządzenie 2016/679/WE” – ***„Rozporządzenie 2016/679”***.

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę i nadaje § 1 ust. 2 brzmienie:

2. Administrator powierza Przetwarzającemu przetwarzanie danych osobowych uzyskanych przez Przetwarzającego w związku z realizacją w/w Umowy Głównej, w celu i zakresie wskazanym powyżej, a Przetwarzający zobowiązuje się przetwarzać powierzone mu dane osobowe, zgodnie z wymogami i warunkami obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, w tym z treścią Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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), dalej: RODO. Strony oświadczają, że powierzone dane osobowe, będą przetwarzane tylko na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG).

11. Pytanie 3, Transfer poza EOG, § 1 ust. 2

Zwracamy uwagę, iż w przypadku wykonawców zrzeszonych w ramach międzynarodowych grup kapitałowych, odpowiednie czynności serwisowe (gwarancyjne) mogą wymagać konieczności natychmiastowego wsparcia podwykonawców. Dlatego, dla celów realizacji zdalnego dostępu i zdalnych napraw, może istnieć konieczność konsultacji z fabryką lub inżynierem znajdującym się w USA lub w innym kraju znajdującym się poza Europejskim Obszarem Gospodarczym, który będzie uprzednio zaakceptowany przez Zamawiającego. Zapewniamy, że ewentualny transfer danych jest sytuacją wyjątkową i jest poddany wymogom odpowiadającym prawu unijnemu.

W związku z powyższym, wnosimy o modyfikację § 1 ust. 2 wzoru umowy poprzez wykreślenie ostatniego zdania w tym ustępie, ewentualnie poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Administrator powierza Przetwarzającemu przetwarzanie danych osobowych uzyskanych przez Przetwarzającego w związku z realizacją w/w Umowy Głównej, w celu i zakresie wskazanym powyżej, a Przetwarzający zobowiązuje się przetwarzać powierzone mu dane osobowe, zgodnie z wymogami i warunkami obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, w tym z treścią Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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, (dalej: „Rozporządzenie 2016/679”). Strony oświadczają, że powierzone dane osobowe, będą przetwarzane tylko na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), z tym zastrzeżeniem, że ograniczenie to nie dotyczy podmiotów znajdujących się na liście, opisanej załącznikiem nr ... Lista ma prawo ulec zmianie, a na propozycję dodania nowych podmiotów Zamawiający ma prawo nie wyrazić zgody.

Stanowisko Zamawiającego: Zamawiający wyraża zgodę i nadaje § 1 ust. 2 brzmienie:

2. Administrator powierza Przetwarzającemu przetwarzanie danych osobowych uzyskanych przez Przetwarzającego w związku z realizacją w/w Umowy Głównej, w celu i zakresie wskazanym powyżej, a Przetwarzający zobowiązuje się przetwarzać powierzone mu dane osobowe, zgodnie z wymogami i warunkami obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, w tym z treścią Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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), dalej: RODO. Strony oświadczają, że powierzone dane osobowe, będą przetwarzane tylko na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), z tym zastrzeżeniem, że ograniczenie to nie dotyczy podmiotów znajdujących się na liście, opisaney załącznikiem nr 6. Lista ma prawo ulec zmianie, a na propozycję dodania nowych podmiotów Zamawiający ma prawo nie wyrazić zgody. W przypadku przetwarzania danych poza obszar UE i EOG, zapewnione zostaną wymogi prawa unijnego dotyczące przetwarzania danych osobowych.

3. Pytanie 4, Czas na zgłoszenie naruszenia, § 3 ust. 1 lit. a, c-e

Ogólne rozporządzenie o ochronie danych (RODO) nakłada na administratora obowiązek zgłoszenia stwierdzonego naruszenia ochrony danych bez zbędnej zwłoki, nie później niż w ciągu 72h. Wedle Wytycznych Grupy Roboczej art. 29 (<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612052>) termin 72h na zawiadomienie, o którym mowa w art. 33 ust. 1 RODO rozpoczyna swój bieg w przypadku Administratora dopiero od powiadomienia go o tym fakcie przez Podmiot przetwarzający. Proponowany we wzorze umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych termin – w zależności od zakresu, rodzaju incydentu naruszenia danych – może być terminem niewystarczającym, niedostosowanym do danej sytuacji faktycznej. Wykonawca proponuje zatem wydłużenie proponowanych w § 3 ust. 1 terminów jak niżej:

W lit. a do 48 godzin,

W lit. c do 48 godzin,

W lit. d do 72 godzin,

W lid. E do 72 godzin.

Stanowisko Zamawiającego: Zgodnie z art. 33 ust. 1 RODO, administrator ma 72 godziny na zgłoszenie incydentu po stwierdzeniu naruszenia, a nie zawiadomienia go o naruszeniu.

Brak zgody.

4. Pytanie 4a, Czas na zgłoszenie naruszenia, § 3 ust. 1 lit. a, c

Jeśli Zamawiający nie wyrazi zgody na powyższe, uprzejmie prosimy o wydłużenie czasu w lit. a i c. do przynajmniej 36 godzin.

Stanowisko Zamawiającego: Ze względu na krótki czas na powiadomienie UDO o naruszeniu, Zamawiający nie może wydłużyć czasu powyżej 24 godzin we wszystkich podpunktach. Decyzja ta jest spowodowana faktem, iż Zamawiający w ramach swojej organizacji będzie musiał sprawę wyjaśnić i zgłosić informacje o naruszeniu do UDO.

Brak zgody.