

## ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**„Analizę przedwdrożeniową, dostawę, instalację, konfigurację i uruchomienie elektronicznej dokumentacji medycznej pacjenta (EDM) wraz z platformą e-usług, w połączeniu z ucyfrowieniem działu diagnostyki obrazowej RTG”**

Sprawa nr: 1/PZP/2017

- I. Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1579) Zamawiający zamieszcza poniżej treść pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami.

### Pytanie 1:

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1) projektu umowy: „Wykonawca w ramach realizacji niniejszej Umowy z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Końcowego przez obie Strony udziela Zamawiającemu niezbywalnej i niewyłącznej licencji w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 Umowy na korzystanie z Systemu oraz związanej z nim dokumentacji, w zakresie i na zasadach opisanych poniżej. Licencja, o której mowa wyżej udzielana jest na następujących polach eksploatacji: (...)

c)  *tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Systemie, które są konieczne do jego wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem.*”, następnie zgodnie § 7 ust. 1 pkt 4) projektu umowy: „Z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Końcowego, Wykonawca każdorazowo przynosi na Zamawiającego za wynagrodzeniem określonym w § 8 ust. 1 Umowy, na czas nieoznaczony i na terytorium całego świata, prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich poprzez rozporządzanie i korzystanie z opracowań Systemu na wszystkich polach eksploatacji wymienionych w ust. 1 pkt 1, za wyjątkiem zależnych praw autorskich do oprogramowania osób trzecich.”

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o wykreślenie ww. postanowień projektu umowy.

- 1) W pierwszej kolejności, pragniemy zwrócić uwagę, iż przedmiotem umowy jest **dostawa oprogramowania standardowego tj. takiego które już istnieje i jest dystrybuowane, a więc jest tzw. pudełkowym oprogramowaniem (COTS - commercial off - the - shelf)**. Stawianie wymogu udzielenia uprawnienia Zamawiającemu do modyfikacji takiego oprogramowania jak i wyrażenia zgody na wykonywanie i zezwalanie na wykonywanie praw zależnych jest wymogiem **nie tylko nieuzasadnionym, ale także prowadzącym do dyskryminacji – powyższe bowiem stawia wykonawców - producentów takiego oprogramowania w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców, nie będących producentami – są to bowiem wymogi na które zgodę musi wyrazić producent.**
- 2) Po drugie, wymogi te są skrajnie restrykcyjne także dla Producentów przedmiotowego oprogramowania. Zwracamy bowiem uwagę, iż przekazanie uprawnień do wykonywania praw zależnych do ww. oprogramowania, właściwie będzie równoważne z utratą kontroli nad tym oprogramowaniem, stworzonym w oparciu o gromadzony latami potencjał i doświadczenie, które jest zasadniczą podstawą producenta. W tym miejscu pragniemy zwrócić uwagę na opracowanie M. Maruta i B. Wachta, w zakresie umów wdrożeniowych z usługami utrzymania i wzorcowymi klauzulami, opublikowane przez Ministerstwo Cyfryzacji, po wcześniejszych uzgodnieniach z Prezesem Urzędem Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „*Mimo że taka praktyka jest często rekomendowana w celu uniknięcia uzależnienia od wykonawcy (tzw. vendor lock-in), zależy ona od wielu uwarunkowań. W części przypadków żądanie takie nie będzie możliwe, biorąc pod uwagę skalę projektu (kluczowi dostawcy*

*oprogramowania nieujawniający kodu), lub nie będzie miało uzasadnienia ze względu na architekturę aplikacji (np. takiej, która dostarcza wbudowane narzędzia do konfiguracji i rozbudowy, bez możliwości i potrzeby ingerencji w kod źródłowy lub w ogóle nie posiada kodu źródłowego jako takiego). W niektórych przypadkach może też nie mieć uzasadnienia ze względu na specyfikę rozwiązania i brak zasobów do ewentualnej modyfikacji po stronie zamawiającego (specjalistyczne rozwiązania autorskie wymagające know-how znanego wyłącznie autorom).”*

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż nawet Ministerstwo Cyfryzacji zauważa, że nie zawsze rozwiązaniem optymalnym i rekomendowanym dla Zamawiającego jest uzyskiwanie prawa do modyfikacji zamawianego systemu. W tym przypadku, gdy mamy do czynienia z rynkiem oprogramowania medycznego, należy zauważyć, że kluczowi dostawcy tego oprogramowania nie udzielają innym podmiotom prawa do wykonywania praw zależnych. Co więcej, specyfika oprogramowania medycznego jest taka, że celem dokonania w nim jakichkolwiek modyfikacji niezbędne oprócz wiedzy programistycznej jest know-how. Tym samym, w naszym przekonaniu zapewnienie przez Zamawiającego praw zależnych w tym przypadku jest akurat wymogiem niecelowym i nieproporcjonalnym, naruszającym usprawiedliwione interesy Wykonawcy.

Z odpowiedzi udzielonej przez **Zamawiającego wynika, iż obawia się on uzależnienia się od Wykonawcy.**

**W tym samym opracowaniu wskazuje się dalej „Przykładowo w typowej sytuacji dla zabezpieczenia zamawiającego przed tzw. vendor lock-in (uzależnieniem od dostawcy) nie jest potrzebne pozyskiwanie zezwolenia zamawiającego na modyfikowanie i korzystanie z opracowań w odniesieniu do standardowego oprogramowania systemowego, a często również aplikacyjnego. Dla zamawiającego zazwyczaj wystarczające będzie, jeżeli umowa nie będzie zakazywać lub ograniczać integracji rozwiązania z innymi systemami, a także wprowadzania zmian do konfiguracji, parametryzacji, stosowania wbudowanych narzędzi (...).”**

- 3) Po trzecie, Zamawiający, w opublikowanych w dn. 9 listopada 2017r. odpowiedziach na uprzednio zadane pytanie nr 59 dotyczące przedmiotowych kwestii podtrzymał dotychczasowe zapisy SIWZ. Ponadto stwierdził, że: *„Zamawiający nie może się zgodzić na to aby dostawca oprogramowania był w przyszłości jedynym podmiotem, który jest uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w dostarczony Zamawiającemu oprogramowaniu. Takie bowiem działanie doprowadziłoby to braku możliwości zlecenia tego typu prac w ramach konkurencyjnej procedury w przyszłości i prowadziłoby do możliwości dyktowania warunków ich realizacji przez Wykonawcę.”* **Pragniemy jednak zwrócić, iż przedmiotowy przetarg jest doskonałym przykładem możliwości zapewnienia postępowania w ramach konkurencyjnej procedury bez konieczności posiadania przez Zamawiającego praw zależnych do Systemu.** Zamawiający w ramach przedmiotowego przetargu, zgodnie z punktem 3.1.2 bulet trzeciego SIWZ, dopuszcza dwa warianty realizacji Wariant I: Rozbudowa istniejącego systemu medycznego KS-SOMED oraz wdrożenie pakietu eUsług oraz modułu EDM, integracją systemu innego producenta z posiadanym przez Zamawiającego systemem, a także wymianę istniejącego systemu medycznego oraz wdrożenie pakietu eUsług oraz modułu EDM. Ponadto powyższe dotyczy wyłącznie zakresu w jakim niezbędna jest ingerencja w sferę praw autorskich. Świadczenie serwisu eksploatacyjnego w przypadku oprogramowania Wykonawcy, jest możliwe nie tylko przez Wykonawcę ale przez kilkadziesiąt innych podmiotów mających stosowne uprawnienia. Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, iż oczekiwania Zamawiającego do możliwości samodzielnego rozwoju oprogramowania standardowego przez Zamawiającego nie jest standardem na rynku. Oczekiwania Zamawiającego w zakresie dowolnego rozbudowywania Systemu, w zakresie jaki wynika z zapotrzebowania Zamawiającego, jest oczekiwaniem zasadnym w zasadzie wyłącznie w zakresie Oprogramowania



Dedykowanego. Pragniemy jednak zwrócić uwagę, iż koszty takiego oprogramowania są adekwatnie, dużo wyższe, aniżeli koszty oprogramowania standardowego. Prowadzenie niniejszego postępowania w procedurze poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11. Ust. 8 ustawy Pzp świadczy o tym, że Zamawiający nie uwzględnił w budżecie tego postępowania kosztów żądanych uprawnień, które znacząco przekraczałyby ww. progi zamówień. Ponadto ich zakup byłby z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych wydatkiem nieuzasadnionym.

- 4) Po czwarte, w przypadku zezwolenia przez Wykonawcę na wykonywanie praw zależnych przez Zamawiającego, w tym na dokonywanie przez Zamawiającego zmian w Systemie, oraz na udzielanie przez Zamawiającego prawa zezwalania na wykonywanie praw zależnych, należy zauważyć, iż nie można oczekiwać od Wykonawcy świadczenia serwisu gwarancyjnego jak i serwisu eksploatacyjnego. Zapis §9 ust.12 projektu umowy, zgodnie z którym: „Dokonywanie przez Zamawiającego samodzielnych działań dotyczących Systemu, a także ingerencji lub zmian w Systemie, w szczególności poprzez nieautoryzowane przez Wykonawcę modyfikowanie Systemu, nie wpływa na zakres uprawnień Zamawiającego wynikających z gwarancji jakości w odniesieniu do elementów Systemu, które zostały dostarczone oraz wdrożone przez Wykonawcę, w szczególności takie działania Zamawiającego nie powodują wygaśnięcia uprawnień z tytułu gwarancji jakości. Wykonawca w ramach gwarancji jakości nie odpowiada jednak za jakiegokolwiek Wady Systemu lub jego elementów, dostarczonych oraz wdrożonych przez Wykonawcę, które wystąpiły w wyniku lub w związku ze zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie nieautoryzowane przez Wykonawcę.” jest nieakceptowalny. Wykonawca nie może być odpowiedzialny za prawidłowe funkcjonowanie Systemu, który może być zmieniany przez Zamawiającego lub inne podmioty trzecie, w tym w sposób nieprawidłowy, powodujący błędy w Systemie. Wykonawca może przyjąć na siebie zobowiązania wyłącznie za System w postaci w jakiej został on udostępniony Zamawiającemu bądź za modyfikacje Systemu, które sam dokonał. Nie można także wymagać od Wykonawcy każdorazowego identyfikowania czy błędy w Systemie wynikają ze zmian wprowadzonych przez Zamawiającego czy podmiot trzeci, gdyż oprócz faktu iż związane jest to z określoną pracochłonnością, w pewnych sytuacjach będzie to niemożliwe.

**Odpowiedź:** Zamawiający wykreśla ze wzoru umowy dla części 1 i 2 zapis §7 ust. 1 pkt 1 lit c) oraz zapis §7 ust. 9. Jednocześnie dodaje zapis §7 ust. 13 o następującej treści:

„Umowa nie zakazuje i nie ogranicza możliwości integracji przedmiotu umowy z innymi systemami, a także wprowadzania zmian do konfiguracji, parametryzacji i stosowania wbudowanych narzędzi”.

Zamawiający wyjaśnia, iż powyższe zmiany stanowią integralną część SIWZ i zostaną wprowadzone do umów zawieranych po przeprowadzeniu postępowania, bez konieczności udostępniania zmodyfikowanej (ujednoliconej) w tym zakresie wersji SIWZ.

Termin składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian.

Zatwierdzam, dnia 15.11.2017 r.

DYREKTOR  
PUBLICZNEGO ZAKŁADU LECZNICTWA  
AMBULATORYJNEGO W STRZELINIE  
*Teresa Skwarzynska*  
Tek.med. Teresa Skwarzynska