

Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki
Dział Zamówień Publicznych
ul. Warszawska 24 W-9/110,
31-155 Kraków

Znak sprawy KA-2/124/2021
L.Dz. KA-2/677/2021

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ -1

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na **"Zapewnienie dostępu do obiektów i usług rekreacyjno - sportowych na podstawie imiennych kart abonamentowych dla pracowników, emerytów, rencistów Politechniki Krakowskiej oraz członków ich rodzin na terenie całej Polski."**

Zamawiający, działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 1129), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami.

1) W związku z obowiązującym stanem epidemii oraz wynikających z tego restrykcji dotyczących funkcjonowania obiektów sportowo-rekreacyjnych prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawcy zobowiązani są przestawić listę obiektów, z którymi na dzień składania ofert mają podpisane umowy współpracy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie określa jakie relacje wiążą Wykonawcę z obiektami sportowymi.

2) W nawiązaniu do Opisu Przedmiotu Zamówienia, wracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż Zamawiający dopuszcza weryfikację/identyfikację Użytkownika w oparciu o plastikową kartę chipową i kartę wirtualną w postaci aplikacji mobilnej. Użytkownik musi mieć możliwość naprzemiennego korzystania z obu form weryfikacji w zależności od preferowanego sposobu wejścia. W przypadku awarii sieci Internetowej / teleinformatycznej jedynym, wystarczającym, dopuszczonym przez Zamawiającego sposobem weryfikacji Użytkowników jest imienna plastikowa karta chipowa.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie w zakresie obsługiwanych kart. Natomiast w przypadku awarii niezależnych od Wykonawcy Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie.

3) W nawiązaniu do Opisu Przedmiotu Zamówienia, uprzejmie prosimy Zamawiającego o potwierdzenie, że w przypadku awarii sieci internetowej, jedynym, wystarczającym, dopuszczonym przez Zamawiającego sposobem weryfikacji i dostępu użytkowników do obiektów sportowo-rekreacyjnych jest imienna karta (magnetyczna, chipowa lub zbliżeniowa), po okazaniu której wraz z dowodem osobistym i podpisem na liście Użytkownik jest wpuszczany do tego obiektu?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie w przypadku awarii niezależnych od Wykonawcy.

4) Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wskazanie, czym różni się dokument zamówienia na karty sportowo-rekreacyjne określony w postanowieniu § 3 ust. 4-5 Umowy, od Listy zdefiniowanej § 1 ust. 6 pkt 2) Umowy i wskazanej w postanowieniu § 3 ust. 4-5 Umowy oraz jakie elementy powinno zawierać przedmiotowe zamówienie w odróżnieniu od Listy?

Postanowienie § 3 ust. 4-5 Umowy w obecnym brzmieniu posługuje się pojęciami: zamówienia na karty sportowo-rekreacyjne oraz Listy, które to dokumenty Zamawiający powinien przesłać do Wykonawcy celem zgłoszenia zmian wśród Użytkowników korzystających z pakietów sportowo-rekreacyjnych. Zapis ten wskazuje na pewien dualizm dokumentów, które funkcjonują w procesie zamawiania kart równolegle. Ponieważ nigdzie w Umowie nie ma definicji zamówienia, ani bardziej szczegółowego opisu jak takie zamówienie powinno wyglądać, czym ono różni się od Listy i jakie elementy powinno zawierać, prosimy o wskazanie przedmiotowych różnic, tak aby przy wykonaniu umowy nie doszło do niejasności lub jakichkolwiek wątpliwości co do tego dokumentu.

Odpowiedź:

Lista jest tożsama z zamówieniem.

Paragraf 3 ust. 4 i 5 projektu umowy JEST :

4. W przypadku zmiany Użytkowników korzystających z usług, w tym w przypadku zgłaszania przez Zamawiającego nowych Użytkowników, bądź też w przypadku wymiany użytkowników, kolejne zamówienia na karty sportowo – rekreacyjne w kolejnym okresie rozliczeniowym będą składane przez Zamawiającego na minimum 10 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego okresu rozliczeniowego. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się do przesłania zmodyfikowanej Listy użytkowników, objętych Pakietem sportowo-rekreacyjnym na minimum 10 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego okresu rozliczeniowego. Zamówienia i Lista będą przekazywane Wykonawcy drogą elektroniczną na adres e-mail : W przypadku, gdy Zamawiający nie prześle zmodyfikowanej listy w terminie wskazanym powyżej, Wykonawca ma prawo wystawić fakturę za dany okres rozliczeniowy zgodnie z ostatnim otrzymanym zamówieniem i ostatnią otrzymaną Listą użytkowników.

5. W sytuacji, o której mowa w ust. 4 (zmiana Użytkowników) Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu nowe karty sportowo – rekreacyjne w terminie 5 dni roboczych od daty otrzymania od Zamawiającego zamówienia i Listy użytkowników na kolejny okres rozliczeniowy.

ZMIENIA SIĘ NA :

4. W przypadku zmiany Użytkowników korzystających z usług, w tym w przypadku zgłaszania przez Zamawiającego nowych Użytkowników, bądź też w przypadku wymiany użytkowników, kolejne Listy na karty sportowo – rekreacyjne w kolejnym okresie rozliczeniowym będą składane przez Zamawiającego na minimum 10 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego okresu rozliczeniowego. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się do przesłania zmodyfikowanej Listy użytkowników, objętych Pakietem sportowo-rekreacyjnym na minimum 10 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego okresu rozliczeniowego. Listy będą przekazywane Wykonawcy drogą elektroniczną na adres e-mail : W przypadku, gdy Zamawiający nie prześle zmodyfikowanej Listy w terminie wskazanym powyżej, Wykonawca ma prawo wystawić fakturę za dany okres rozliczeniowy zgodnie z ostatnim otrzymanym zamówieniem i ostatnią otrzymaną Listą użytkowników.

5. W sytuacji, o której mowa w ust. 4 (zmiana Użytkowników) Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu nowe karty sportowo – rekreacyjne

w terminie 5 dni roboczych od daty otrzymania od Zamawiającego Listy użytkowników na kolejny okres rozliczeniowy.

5) Czy Zamawiający może wskazać na czym polegać będzie weryfikacja należytego wykonania umowy przez pracownika Zamawiającego, o którym jest mowa w § 5 ust. 3 Umowy, a także czy Zamawiający przewiduje jakiś proces reklamacyjny w sytuacji kiedy wskazany powyżej pracownik, odmówi potwierdzenia faktu należytego wykonania Umowy ?

W obecnym brzmieniu § 5 ust. 3 Umowy, to Zamawiający jednostronnie dokonuje oceny należytego wykonania umowy, stosując nieokreślone w umowie kryteria. Brak możliwości odniesienia się do odmowy podpisania faktury, może skutkować brakiem zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, bez podania przyczyny, ani bez możliwości zastosowania jakiegokolwiek trybu reklamacyjnego i możliwości złożenia wyjaśnień. Kryteria dokonania oceny wykonania umowy powinny być znane w chwili podpisywania umowy i nie powinny być uznaniowe, co sugeruje zapis umowy w obecnym kształcie, stąd prosba Wykonawcy o jego wyjaśnienie lub zmianę.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, że w tym przypadku należyte wykonanie umowy to potwierdzenie ilości kart za dany okres rozliczeniowy, którego dotyczy faktura.

6) Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści dotychczasowego § 6 Umowy w ten sposób, aby wprost wskazać w Umowie, iż w ramach przetwarzania danych osobowych Użytkowników może dojść do powierzenia przetwarzania danych osobowych i w związku z tym zasady tego powierzenia uregulowane zostaną na podstawie umowy powierzenia danych użytkowników dokonanego przez Wykonawcę, jako administratora danych osobowych na rzecz Zamawiającego, której treść zostanie wypracowana w trybie operacyjnym pomiędzy Stronami po podpisaniu Umowy??

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do usług sportowo-rekreacyjnych **administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest wyłącznie Wykonawca**. Podstawą prawną przetwarzania danych jest **zgoda użytkownika** - art. 6 pkt. 1 a RODO. Wyrażając zgodę użytkownik zgadza się na przetwarzanie jego danych osobowych przez Wykonawcę **w celu i zakresie niezbędnym do realizacji umowy o świadczenie usług dostępu do programu sportowego**. Zamawiający jest natomiast administratorem danych osobowych pracowników **na gruncie stosunku pracy**. Uprawnienie do przetwarzania danych osobowych na gruncie stosunku pracy **nie jest właściwą podstawą do przetwarzania danych na gruncie umowy o świadczenie usług**. Potwierdza to decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z 15 lipca 2015 r. DIS/DEC - 594/15/62961 utrzymana ostateczną decyzją GIODO z 11 września 2015 r. DIS/DEC - 749/15/83430: „Zauważyć należy, iż pracodawca przetwarza dane osobowe pracowników w zakresie i celu niezbędnym dla wykonania ciążących na nim obowiązków wynikających ze stosunku pracy. A zatem, jako administrator danych może jedynie w tym celu powierzyć innemu podmiotowi przetwarzanie tych danych. Umożliwienie natomiast pracownikowi uczestnictwa w zajęciach sportowych w ramach programu M. nie należy do takich obowiązków”.

Niezależnie od tego, z uwagi na fakt, że **Wykonawca nie posiada bezpośredniego kontaktu z użytkownikami**, szereg czynności tj. np. zbieranie zgód, zarządzanie czy dystrybucja kart musi odbywać się **za pośrednictwem Zamawiającego**. **Zamawiający musi więc posiadać podstawę prawną do przetwarzania danych na gruncie umowy o świadczenie usług zgodnie z RODO**. Zamawiający nie jest uprawniony do przetwarzania danych osobowych użytkowników na gruncie umowy o świadczenie usług sportowych, a więc może przetwarzać dane w tym zakresie jedynie w konsekwencji powierzenia mu odpowiednich danych we wskazanym celu. Zgodnie z art. 28 pkt. 1 RODO: *Przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążą podmiot przetwarzający i administratora, określają przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa administratora*. Dlatego też niezbędne jest zawarcie spełniającej wymogi RODO **umowy powierzenia Zamawiającemu danych do przetwarzania, w celu i zakresie niezbędnym do realizacji umowy o świadczenie usług dostępu do Programu**. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zgodne z prawem przetwarzanie danych osobowych, których jest administratorem, dlatego bardzo istotne jest zawarcie takiej umowy powierzenia danych. Każda inna podstawa przetwarzania danych

osobowych uczestników przez Zamawiającego wiązałaby się z ryzykiem naruszenia norm prawnych w zakresie ochrony danych osobowych oraz nałożenia na Strony związanych z tym wysokich kar. Aktualne zapisy, nie gwarantują zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, a jedynie wspominają o udostępnieniu danych, co w przypadku zbierania i przechowywania zgód przez Zamawiającego w imieniu Wykonawcy jest podejściem niewłaściwym i może narazić obie strony na odpowiedzialność karno-administracyjną względem organu nadzoru oraz cywilną względem podmiotów danych. Umowa powierzenia powinna wskazywać, iż powierzenie nastąpi na rzecz Zamawiającego, jako podmiotu przetwarzającego, przez Wykonawcę występującego w roli administratora, dlatego, aby możliwe było złożenie oferty konieczne jest ich doprecyzowanie. Ponadto Wykonawca jako administrator danych osobowych, chciałby mieć wpływ na ostateczny kształt umowy powierzenia, której treść powinna odpowiadać wymaganiom stawianym stronom umowy przez RODO oraz odpowiadać procesowi przetwarzania danych, jaki będzie zachodził pomiędzy stronami.

Poniżej propozycja zapisów umowy:

W przypadku gdy do wykonania Przedmiotu Umowy niezbędne będzie przetwarzanie danych osobowych – Strony zawrą odrębną umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, o treści ustalonej pomiędzy Stronami po podpisaniu niniejszej Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany. Wzór umowy w tym zakresie pozostaje bez zmian. Zapisy § 6 pozwalają na zawarcie odrębnej umowy dot. powierzenia przetwarzania danych osobowych.

7) Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie zapisów Umowy dotyczących prawa Zamawiającego do jednostronnego rozwiązania Umowy bez wypowiedzenia z winy Wykonawcy określonych w § 9 ust. 3 pkt 1)-4) Umowy poprzez wskazanie, iż Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z uprawnienia do jednostronnego rozwiązania Umowy bez okresu wypowiedzenia z powodów określonych w § 9 ust. 1 pkt 1)-4) Umowy, dopiero po wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego 14-dniowego terminu na naprawę lub zaniechanie naruszeń umowy i bezskutecznym upływie tego terminu?

W ocenie Wykonawcy, Wykonawca powinien mieć możliwość i czas na reakcję w sytuacji, kiedy doszło do zaniedbań przy wykonywaniu Umowy. Standardem rynkowym jest wyznaczanie Wykonawcom dodatkowego terminu na naprawę naruszenia i dopiero po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu Zamawiający będzie mógł skorzystać z przysługujących mu uprawnień, które są bardzo dolegliwe dla Wykonawcy. Prawo rozwiązywania Umowy w trybie natychmiastowym powinno być wykonywane jako ostateczność, a nie pierwsza reakcja strony na uchybienia partnera, stąd prośba Wykonawcy o zmianę wskazanego w pytaniu postanowienia. Istotą zastosowania środka w postaci jednostronnego rozwiązania umowy bez okresu wypowiedzenia jest funkcja unicestwiająca umowę, w sytuacji kiedy inne środki prawne nie skutkują. Zdaniem Wykonawcy, we wskazanym przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowego wykonania umowy, pod rygorem jej rozwiązania powinno być podstawowym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień.

Dodatkowo warto wskazać, iż przesłanki wskazane w § 9 ust. 3 pkt 1)-4), a szczególnie pkt 4) nie różnią się od przesłanki wskazanej w ust. 2 wskazanego paragrafu. Tym samym za to samo przewinienie Wykonawca może zostać ukarany rozwiązaniem Umowy bądź po uprzednim wezwaniu go do naprawy naruszenia, bądź też bez takiego wezwania – okoliczność ta zależy od subiektywnego podejścia Zamawiającego, który może sobie dowolnie wybrać środek, z którego skorzysta przy zaistnieniu przesłanki naruszenia przez Wykonawcę Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany. Wzór umowy w tym zakresie pozostaje bez zmian.

8) Czy Zamawiający zgadza się na zmianę wysokości kary umownej wskazanej w § 10 ust. 1 pkt 3)-6) Umowy poprzez jej zmniejszenie do kwoty 10 zł za każdy dzień zwłoki za jedną kartę?

W ocenie Wykonawcy, wskazana w Umowie kara umowna za uchybienie polegające na nieterminowym dostarczeniu kart do Zamawiającego w przypadkach określonych w § 10 ust. 1 pkt 3)-6) jest rażąco wysoka i powinna podlegać miarkowaniu. Zakładając zwłokę Wykonawcy na poziomie 15 dni, koszt kary umownej za jedną niedostarczoną kartę wyniesie 750 zł, a więc wielokrotnie przekroczy koszt karty jaki będzie musiał ponieść Zamawiający, płacąc za normalne korzystanie z karty przez jednego Użytkownika przez cały miesiąc, więc 30/31 dni. W takim wypadku, zdaniem Wykonawcy, należy uznać, że kara ta jest rażąco wygórowana i mogłaby podlegać miarkowaniu z mocy prawa. Obniżenie wysokości tej kary do poziomu 10 zł za jeden dzień zwłoki, wydaje się i tak dotkliwą karą dla Wykonawcy, ale też sprawiedliwą i posiadającą walor odstraszający.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany. Wzór umowy w tym zakresie pozostaje bez zmian.

KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych


mgr Zofia Gajewska



