



Warszawa, dnia 25 lipca 2023 r.

WOJEWÓDZKI SĄD ADMINISTRACYJNY

w Warszawie

Adm-290/137/23

**WYJAŚNIENIA I ZMIANY TREŚCI
SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, jako zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn.: „**Zakup usługi dostępu do obiektów i zajęć sportowo - rekreacyjnych dla sędziów, pracowników NSA, WSA w Warszawie, WSA w Olsztynie oraz ich rodzin, w postaci abonamentu miesięcznego w wyznaczonych ośrodkach na terenie całego kraju, z którymi wykonawca ma podpisaną umowę współpracy**” **SPRAWA WSA-ZP-08-2023** - działając na podstawie art. 284 oraz art. 286 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) informuje, że w wyżej wymienionym postępowaniu, w terminie, o którym mowa w art. 284 ust. 2 ustawy Pzp wpłynęły zapytania do treści SWZ. W związku z tym, zamawiający poniżej udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, treść zapytań wraz z wyjaśnieniami, bez ujawniania źródła zapytania oraz zmiany treści SWZ.

Pytanie 1.

W nawiązaniu do opisu przedmiotu zamówienia prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający nie wyraża zgody na **wykluczenie** ze świadczenia przedmiotu zamówienia Pracowników i Ich Osób Towarzyszących nie posiadających komórkowych aparatów telefonicznych (np. osoby starsze, dzieci).

Odpowiedź.

Zamawiający nie wyraża zgody by w ramach realizacji niniejszej umowy dochodziło do wykluczenia ze świadczenia umowy Pracowników i Ich Osób Towarzyszących nie posiadających komórkowych aparatów telefonicznych (np. osoby starsze, dzieci). Wykonawca zobowiązany jest zapewnić dostęp tym osobom możliwość korzystania z Programu na warunkach określonych w umowie.

Pytanie 2.

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający nie wyraża zgody na **wykluczenie** ze świadczenia przedmiotu zamówienia Pracowników i Ich Osób Towarzyszących nie wyrażających zgody na przetwarzanie ich danych osobowych jak np. nr PESEL? Według Wykonawcy, w przypadku usług sportowo-rekreacyjnych, nie zachodzą wystarczające przesłanki do przetwarzania danych osobowych takich jak numer PESEL. Zamawiający jest stroną umowy i w znacznym stopniu odpowiada za bezpieczeństwo danych zgłaszanych do programu sportowo-rekreacyjnego

Użytkowników. W związku z powyższym, uważamy, że Zamawiający nie musi wyrażać zgody na to, żeby takie dane musiały być wykorzystywane w świadczeniu usług sportowo-rekreacyjnych. Ponadto Prezes UODO uznała, że przetwarzanie danych osobowych w postaci numeru PESEL nie jest zgodne z art. 5 ust. 1 lit. c RODO – czyli z zasadą „minimalizacji danych” (dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane).

Odpowiedź.

Zamawiający nie wyraża zgody by w ramach realizacji niniejszej umowy dochodziło do wykluczenia ze świadczenia umowy Pracowników i Ich Osób Towarzyszących nie wyrażających zgody na przetwarzanie ich danych osobowych jak np. nr PESEL. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić dostęp tym osobom możliwość korzystania z Programu na warunkach określonych w umowie.

Pytanie 3.

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 2 ust. 2 pkt 1) i 2) Umowy w ten sposób, aby Zamawiający był zobowiązany do dostarczenia danych osobowych użytkowników Zamawiającemu najpóźniej w ciągu 5 dni przed rozpoczęciem pierwszego i kolejnych okresów abonamentowych, zamiast dotychczasowych 3 dni? Wykonawca otrzymując wykaz użytkowników na 3 dni przed rozpoczęciem się miesiąca abonamentowego, może technicznie nie zdążyć wyprodukować i dostarczyć do Zamawiającego kart. Trzydniowy okres może pokryć się z weekendem lub innymi dniami wolnymi od pracy i tym samym, wykonanie obowiązku określonego w § 2 ust. 3 przez Wykonawcę może okazać się niewykonalne, a z tego tytułu Wykonawca może zostać obciążony karą umowną.

Odpowiedź.

Zamawiający wyraża zgodę na wniosek wykonawcy w tym zakresie.

W związku z powyższym, §2 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie:

„2. Dane o których mowa w ust. 1 zostaną wprowadzone, w następujących terminach:

- 1) przed rozpoczęciem pierwszego miesiąca abonamentowego - najpóźniej w ciągu 5 dni przed rozpoczęciem pierwszego miesiąca abonamentowego;*
- 2) przed rozpoczęciem następnego miesiąca abonamentowego - najpóźniej w ciągu 5 dni przed rozpoczęciem następnego miesiąca abonamentowego.”*

Pytanie 4.

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę zapisów Umowy dotyczących podstawy rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym, na podstawie treści postanowienia § 5 ust. 2 pkt 2) i 3) Umowy, poprzez wskazanie, iż Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z uprawnienia rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym w przypadkach tam wskazanym, dopiero po wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego minimalnego terminu 7-dniowego na naprawę lub zaniechanie naruszeń umowy i bezskutecznym upływie tego terminu? Dotychczasowe postanowienia Umowy dotyczące możliwości rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym są bardzo rygorystyczne i nie dają żadnej możliwości Wykonawcy na naprawę ewentualnych naruszeń, bądź wykazania, że stwierdzone nienależyte wykonywanie Umowy jest wynikiem działań lub okoliczności niezależnych od Wykonawcy. Istotą zastosowania instytucji

rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym jest funkcja anihilacyjna umowy, kiedy inne środki prawne nie skutkują. Zdaniem Wykonawcy, w omawianym przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowego wykonania Umowy w terminie co najmniej 7 dni lub odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego i wykazanie, że wina nie leży po stronie Wykonawcy, pod rygorem rozwiązania Umowy bez okresu wypowiedzenia, powinno być tym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień, tym bardziej, że katalog tych naruszeń jest otwarty i każde nawet najdrobniejsze uchybienie Wykonawcy może być podstawą dla Zamawiającego do rozwiązania Umowy i naliczenia z tego tytułu kary umownej.

Odpowiedź.

Zamawiający wyraża zgodę na wniosek wykonawcy w tym zakresie.

W związku z powyższym, §5 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. WSA w Warszawie może rozwiązać umowę z wykonawcą ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca:

- 1) nie rozpoczął realizacji umowy w terminie określonym w umowie;*
 - 2) nie wywiązuje się z realizacji usług zgodnie z warunkami oferty;*
 - 3) liczba punktów partnerskich będzie mniejsza niż 1 000 w skali Polski;*
- po wyznaczeniu wykonawcy 7-dniowego terminu na naprawę lub zaniechanie naruszeń umowy i bezskutecznym upływie tego terminu.”*

Pytanie 5.

Czy Zamawiający zgadza się na wykreślenie z Umowy postanowienia § 7 ust. 2 dotyczącego zobowiązania Wykonawcy do zawarcia z Zamawiającym umowy powierzenia, gdzie Wykonawca będzie występował w roli podmiotu przetwarzającego, a Zamawiający w roli administratora? Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu MultiSport, **administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest wyłącznie Wykonawca**. Podstawą prawną przetwarzania danych jest **zgoda użytkownika** - art. 6 pkt. 1 a 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 (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, str. 1), dalej 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. W ocenie Wykonawcy, na żadnym z etapów funkcjonowania Umowy nie dochodzi do sytuacji, kiedy Wykonawca przetwarza dane osobowe w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wykonując jego cele przetwarzania. Tym samym zawarcie umowy powierzenia, gdzie Zamawiający powierza przetwarzanie danych osobowych Wykonawcy, należy uznać za niewłaściwe i sprzeczne z ze stanem faktycznym i faktycznie zachodzącymi procesami przetwarzania na podstawie zapisów Umowy głównej.

Odpowiedź.

Zamawiający wyraża zgodę na wniosek wykonawcy w tym zakresie. W związku z powyższym:

- 1) zamawiający odstępuje od konieczności zawarcia przez wykonawcę umowy powierzenia;
- 2) uchyla się treść § 7 ust. 2 umowy;
- 3) § 7 ust. 8 umowy otrzymuje brzmienie:
„8. Zamawiający jest uprawniony do przetwarzania danych osobowych użytkowników, w celu i zakresie niezbędnym do pomocy wykonawcy przy realizacji umowy o świadczenie usług dostępu do programu sportowego.”;
- 4) uchyla się z wykazu załączników treść: „załącznik nr - umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych,”.

Pytanie 6.

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowień § 7 ust. 3-4 Umowy w części dotyczącej poufności, tak aby dotyczyła ona w równym stopniu obie Strony tj. Zamawiający również był zobowiązany do zachowania w poufności informacji otrzymanych od Wykonawcy na identycznych warunkach? Dotychczasowa treść Umowy w części dotyczącej poufności faworyzuje tylko i wyłącznie Zamawiającego. W ocenie Wykonawcy powinna ona w równym stopniu dotyczyć obu Stron, z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca będzie ujawniał Zamawiającemu informacje dotyczące jego własnej organizacji (pozostałe załączniki), procesów przetwarzania danych osobowych, warunków finansowych itp. W takiej sytuacji, naturalnym w obrocie gospodarczym jest, iż to obie strony zobowiązują się względem siebie do zachowania wszystkich tych informacji w poufności. Niezrozumiałym jest pominięcie takiego zobowiązania w stosunku do Zamawiającego, który znając ofertę Wykonawcy, może jej szczegóły ujawnić konkurencji Wykonawcy.

Odpowiedź.

Zamawiający nie wyraża zgody na wniosek wykonawcy. Zamawiający na podstawie art. 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2022 r. poz. 902 ze zm.) zobowiązany jest udostępnić każdą informację o sprawach publicznych dotyczącą zawartej umowy z wykonawcą.

Pytanie 7.

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 12 ust. 4 Umowy poprzez doprecyzowanie, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność cywilną wobec osób trzecich za wszelkie szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków powstałe w wyniku działań lub zaniechań Wykonawcy przy realizacji przedmiotu Umowy? Wykonawca, w ramach wykonywania przedmiotu Umowy, powinien odpowiadać tylko i wyłącznie za swoje działania i zaniechania, w wyniku których doszło do szkody lub nieszczęśliwego wypadku. Wykonawca nie powinien odpowiadać za działania lub zaniechania osób trzecich, do których zalicza się między innymi podmioty zarządzające lub będące właścicielami obiektów sportowo-rekreacyjnych, z których korzystać mają użytkownicy. Wykonawca nie powinien odpowiadać za np. nieszczęśliwy wypadek, który mógł mieć miejsce na pływalni w dowolnej miejscowości w Polsce, ponieważ Wykonawca nie ma wpływu na okoliczności wypadku, ani możliwości zapobieżenia takiemu zdarzeniu. Stąd wniosek o doprecyzowanie zapisu przedmiotowego postanowienia, aby odpowiedzialność Wykonawcy dotyczyła tylko i wyłącznie jego własnych działań lub zaniechań.

Odpowiedź.

Zamawiający wyraża zgodę na wniosek wykonawcy w tym zakresie.

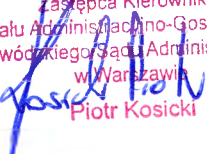
W związku z powyższym §12 ust. 4 umowy otrzymuje brzmienie:

„4. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność cywilną wobec osób trzecich za wszelkie szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków powstałe w wyniku działań lub zaniechań przy realizacji przedmiotu umowy, w szczególności za ewentualne skutki nieszczęśliwych wypadków zaistniałych w związku z realizacją przedmiotu umowy, powstałe jedynie w wyniku działań lub zaniechań wykonawcy przy realizacji przedmiotu umowy.”

Wyjaśnienia i zmiany SWZ są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania i stają się integralną częścią SWZ. Wyjaśnienia i zmiany SWZ należy uwzględnić przy sporządzaniu oferty.

DYREKTOR
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Warszawie

Wojciech Kitka

Zastępca Kierownika
działu Administracyjno-Gospodarczego
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Warszawie

Piotr Kosicki