

Warszawa, 28.06.2021 r.

WIW.WZP.2512.07.2021.ET

Dotyczy: *postępowania publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego numer 7/2021 dotyczącego wykonania usług, polegających na konfekcjonowaniu, doręczaniu oraz przyjmowaniu (odbieraniu) zwrotów przesyłek, zawierających czasopisma Wojskowego Instytutu Wydawniczego w Warszawie ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.06.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00087115/01*

Informuję, że otrzymałem zapytania do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

TREŚĆ ZAPYTANIA 1

W § 6 ust.1 pkt.1 oraz pkt. 2 Wzoru Umowy Zamawiający wskazuje kary umowne w wysokości 3% wartości brutto niezrealizowanej gwarantowanej części przedmiotu umowy, przysługującą Zamawiającemu w razie odstąpienia (ustawowego lub umownego) albo rozwiązania umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego.

Przewidziana powyżej kara umowna jest zdecydowanie nieadekwatna w kontekście potrzeb i interesu Zamawiającego, charakteru świadczonych usług, a także ilości czynności wykonywanych przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia. Przy tak znacznej ilości, nienależyte wykonanie jedynie kilku czynności pozbawiłoby Wykonawcę znacznej części należnego wynagrodzenia, co jest powodem, iż przedmiotowe zamówienie traci dla niego sens ekonomiczny i uniemożliwia mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca nie znajduje uzasadnienia dla żądania zapłaty kary umownej od łącznego maksymalnego wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zwraca się z prośbą o rewizję stanowiska Zamawiającego w tym zakresie i modyfikację zapisu w sposób następujący:

„Odstąpienie od umowy powinno nastąpić pod rygorem nieważności na piśmie i zawierać uzasadnienie. W każdym przypadku, jeśli odstąpienie przez Zamawiającego od umowy następuje z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 1% kwoty niewykorzystanej z umowy”.

ODPOWIEDŹ

W § 6 ust.1 pkt.1 oraz pkt. 2 Wzoru Umowy Zamawiający wskazuje, że kara umowna w wysokości **3% wartości brutto** dotyczy **niezrealizowanej gwarantowanej części przedmiotu umowy**, tj. minimalnego zakresu zobowiązania (zamówienia pewnego), a nie, jak interpretuje to Wykonawca w zadany pytanie, tj. „żądania zapłaty kary umownej **od łącznego maksymalnego wynagrodzenia**”. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że w rozdziale XVII SWZ, ust. 2 przewidziana jest możliwość zmiany zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty w zakresie uregulowanym w art. 454-455 ustawy oraz wskazanego wzoru umowy.

Po analizie podniesionych argumentów Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

TREŚĆ ZAPYTANIA 2

Zamawiający we wzorze umowy § 6 pkt 3 wskazuje, że Wykonawca wyraża zgodę na pomniejszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz należności przysługujących mu od Zamawiającego o wysokość naliczonych kar umownych.

Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Nadto stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy sądu, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tegoż postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, z uwagi na nierówne ukształtowanie praw stron umowy, prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmodyfikowania zapisów Umowy poprzez modyfikację zapisu i dodanie do treści § 6 pkt 3: „po przeprowadzeniu postępowania potwierdzającego zasadność i wysokość naliczonej kary umownej”?

Wypłata kary umownej nastąpi na podstawie wystawionej przez Zamawiającą noty obciążeniowej.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający zwraca uwagę, że w rozdziale XVII SWZ, ust. 2 przewidziana jest możliwość zmiany zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty w zakresie uregulowanym w art. 454-455 ustawy oraz wskazanego wzoru umowy.

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

TREŚĆ ZAPYTANIA 3

Zamawiający w § 8 pkt.1 ust.1 Wzoru Umowy wskazuje zapis „zmiany terminu wykonania umowy – gdy z powodu działania siły wyższej nie jest możliwe wykonanie przedmiotu umowy w omówionym terminie” Wykonawca wnosi o wprowadzenie do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ definicji siły wyższej oraz skutków z tym związanych, jako typowej klauzuli umownej i proponuje następujące brzemienie zapisu:

1. Termin „Siła Wyższa” w rozumieniu Umowy oznacza zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu Umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne, strajki, epidemie(stany epidemiczne), strajki, lokauty, akty władzy lub zmiany prawa.
2. Żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach Umowy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy jest wynikiem działania Siły Wyższej.
3. Jeżeli zaistnieje Siła Wyższa, Strona, której dotyczą okoliczności Siły Wyższej bezzwłocznie zawiadomi drugą Stronę na piśmie o jej zaistnieniu i przyczynach.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowaną zmianę.

Mając na uwadze powyższe informuję, iż dokonuję modyfikacji załącznika nr 6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (Wzoru Umowy) § 8 ust. 1 pkt 1, mianowicie:

– w § 8 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy

jest:

„zmiany terminu wykonania umowy – gdy z powodu działania siły wyższej nie jest możliwe wykonanie przedmiotu umowy w umówionym terminie”

a poprawiam na:

„zmiany terminu wykonania umowy – gdy z powodu działania siły wyższej nie jest możliwe wykonanie przedmiotu umowy, przy założeniu, że:

- a) termin „Siła Wyższa” w rozumieniu umowy oznacza zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobieżenia zdarzenie występujące po zawarciu umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne, strajki, epidemie (stany epidemiczne), lokauty, akty władzy lub zmiany prawa,
- b) żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach umowy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy jest wynikiem działania Siły Wyższej,
- c) jeżeli zaistnieje Siła Wyższa, Strona, której dotyczą okoliczności Siły Wyższej bezzwłocznie zawiadomi drugą Stronę na piśmie o jej zaistnieniu i przyczynach.

Niniejsza modyfikacja staje się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia. W związku z modyfikacją Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający nie dokonuje zmiany terminu składania ofert.

TREŚĆ ZAPYTANIA 4

W paragrafie 11 wzoru umowy jest zapis, że Zamawiający udostępni Wykonawcy dane osobowe. Zapis jest właściwy w przypadku świadczenia usług pocztowych, natomiast w przypadku konfekcjonowania Wykonawca nie ma podstawy prawnej do takiego przetwarzania danych osobowych. W związku z tym czy Zamawiający wyraża zgodę na dodanie do umowy zapisów dot. powierzenia danych osobowych o treści jak niżej:

1. Zamawiający, jako administrator danych powierza Wykonawcy, na podstawie art. 28 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 („RODO”), przetwarzanie danych osobowych (należy określić rodzaj danych osobowych i kategorie osób, których dane dotyczą, np. swoich klientów w zakresie: imiona i nazwiska/nazwa adresata/nadawcy, numer telefonu adresata - należy dostosować treść do danego przypadku) na czas realizacji umowy.

2. Wykonawca oświadcza, że zapewnia wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie przez niego danych osobowych powierzonych przez Zamawiającego na podstawie niniejszej umowy spełniało wymogi RODO i chroniło prawa osób, których powyższe dane dotyczą.
3. Wykonawca może przetwarzać powierzone mu dane osobowe poprzez wykonywanie wszelkich czynności niezbędnych w celu realizacji usługi, o której mowa w § 1 Umowy.
4. Wykonawca oświadcza, że powierzone dane osobowe będą przetwarzane wyłącznie przez osoby upoważnione do przetwarzania danych osobowych, które zobowiązały się do zachowania tajemnicy i zostały zapoznane z zasadami ich ochrony.
5. Wykonawca oświadcza, iż w toku przetwarzania danych osobowych stosować będzie środki wymagane na mocy art. 32 RODO.
6. Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania przepisów prawa, w tym RODO oraz postanowień niniejszej umowy, w szczególności zobowiązuje się do:
 - 1) każdorazowego, niezwłocznego, nie później niż w ciągu 48 godzin od stwierdzenia naruszenia, informowania Zamawiającego na adres email podany w załączniku nr 5 do Umowy, o przypadkach naruszenia ochrony powierzonych danych osobowych, zawierającego informacje wymagane na podstawie art. 33 ust. 3 RODO
 - 2) nie korzystać z usług innego podmiotu przetwarzającego bez uprzedniej szczegółowej pisemnej zgody Zamawiającego.
 - 3) Zamawiający niniejszym wyraża zgodę na korzystanie z usług następującego podmiotu: (dokładna nazwa, adres) w celu (określić cel) i zakresie (określić rodzaj danych osobowych i kategorie osób). Wykonawca poinformuje Zamawiającego o wszelkich zamierzonych zmianach dotyczących dodania lub zastąpienia innych podmiotów przetwarzających na 30 dni przed planowanym terminem zmiany.
7. Wykonawca zobowiązuje się przy wykonywaniu niniejszej umowy do zniszczenia lub usunięcia powierzonych danych osobowych w terminie 31 dni licząc od dnia następnego po wykonaniu usługi lub od dnia następnego, po dniu kiedy usługa miała być wykonana, z zastrzeżeniem pkt 9.
8. W przypadku reklamacji usługi złożonej w terminie wynikającym z obowiązujących przepisów, usunięcie danych następuje po 31 dniach kalendarzowych od dnia zgłoszenia reklamacji.

9. Zniszczenie danych osobowych przez Wykonawcę zostanie potwierdzone protokołem zniszczenia danych osobowych.
10. Wykonawca udostępnia Zamawiającemu, wszelkie informacje niezbędne do wykazania spełnienia obowiązków określonych w niniejszej Umowie.
11. Dane osobowe będą przechowywane na serwerach zlokalizowanych w Unii Europejskiej i mogą być przekazane - na podstawie standardowych klauzul ochrony danych - do państwa trzeciego w związku z korzystaniem przez Wykonawcę z rozwiązań chmurowych dostarczanych przez firmę Microsoft. Stosowane przez Microsoft standardowe klauzule umowne zgodne z wzorcami zatwierdzonymi przez Komisję Europejską, dostępne są pod adresem: <https://www.microsoft.com/en-us/licensing/product-licensing/products.aspx> w części Online Services Data Protection Addendum (DPA).
12. Wykonawca zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy powierzonych danych osobowych także po ustaniu niniejszej Umowy.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

Zamawiający wskazuje, że w umowie z **wybrany Wykonawcą** może uwzględnić zapisy odnoszące się do zapisów dot. powierzenia danych osobowych w formie praktykowanej u tego Wykonawcy.

Z upoważnienia Dyrektora WIW