

**PYTANIA I ODPOWIEDZI / ZMIANA SIWZ (2)**

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na usługi społeczne dla seniorów w gminach wiejskich Powiatu Lubelskiego

Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły zapytania dotyczące treści SIWZ. Treść pytań oraz odpowiedzi Zamawiającego przedstawione zostały poniżej.

**Pytanie nr 1 – SIWZ oraz wzór umowy § 10**

Zamawiający wskazał w SIWZ:

11) *czas przechowywania danych - wszystkie dane użytkowników muszą być przechowywane przez cały okres uczestnictwa w projekcie oraz powinny zostać niezwłocznie usunięte po zakończeniu trwania umowy;*

12) *system monitorujący powinien być zaprojektowany w sposób zapewniający gromadzenie danych osobowych w tym danych wrażliwych w sposób bezpieczny zgodny z dobrymi praktykami normy ISO27001.*

13) *wykonawca będzie przetwarzać i zabezpieczać dane użytkowników opasek zgodnie z Rozporządzeniem 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) oraz innymi powszechnie obowiązującymi w zakresie ochrony danych osobowych przepisami.*

15) *zwrot danych - wszystkie dane zgromadzone przez system podczas trwania umowy dotyczące użytkowników, informacji pobranych z teleopasek oraz innych danych zarejestrowanych przez system podlegają zwrotowi do Zamawiającego w formie elektronicznej po zakończeniu umowy.*

oraz uregulował zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych w § 10 wzoru umowy.

Wskazujemy, że co do zasady każdy podmiot leczniczy przetwarzający dane pacjentów w związku z wykonywaną działalnością leczniczą jest administratorem danych osobowych, które przetwarza na podstawie art. 9 ust. 2 lit. h RODO, zgodnie z którym przetwarzanie danych może mieć miejsce, jeżeli celem tego przetwarzania jest profilaktyka zdrowotna lub medycyna pracy, ocena zdolności pracownika do pracy, diagnoza medyczna, zapewnienie opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenie lub zarządzanie systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia. Co prawda przepis ten dotyczy danych o stanie zdrowia, trzeba jednak pamiętać o motywie 35 RODO, zgodnie z którym przepis ten jest także podstawą prawną przetwarzania danych zbieranych podczas rejestracji do usług opieki zdrowotnych (...) Rola podmiotu leczniczego jako administratora danych wynika również z przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta – dalej u.p.p. Przepis art. 24 ust. 1 u.p.p. nakłada na każdy podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych bezwzględny obowiązek prowadzenia, przechowywania i udostępniania dokumentacji medycznej. Co prawda przepisy u.p.p. gwarantują pacjentom szereg praw przysługujących z faktu prowadzenia dokumentacji medycznej, niemniej jednak dokumentacja medyczna jest własnością podmiotu, który ją prowadzi. Warto w tym miejscu również podkreślić, że art. 9 ust. 2 lit. h RODO ma zastosowanie nie tylko w przypadku pozyskiwania danych bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą (pacjenta), lecz także w przypadku pozyskiwania tych danych z innych źródeł.

Konkluzja powyższego jest taka, że konstrukcję powierzenia w stosunku do podmiotu leczniczego należy uznać za wysoce wątpliwą.

Podmiot leczniczy, któremu przekazywane są dane osobowe w zakresie opieki zdrowotnej, staje się niezależnym administratorem danych, a przekazanie danych odbywa się w oparciu o instytucję **udostępnienia, nie zaś powierzenia**.

Tym samym brak jest podstaw prawnych do zawierania i obowiązywania umowy powierzenia, ponieważ w tym zakresie nie dochodzi do powierzenia przetwarzania.

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisów w sposób uwzględniający fakt, że w ramach realizacji umowy może dochodzić do udostępnienia, a nie powierzenia danych osobowych, a okres ich przechowywania winien być określony z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa.**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie. Wykonawca nie decyduje o celach i środkach przetwarzania powierzonych danych osobowych.**

### **Pytanie nr 2 –wzór umowy § 2 ust. 2**

Zamawiający wskazał:

*Okres Gwarancji na dostarczone opaski, na wszelkie wady techniczne za wyjątkiem defektów spowodowanych zniszczeniem, uszkodzeniem przez użytkownika bądź wadliwym użytkowaniem wynosi 24 miesiące.*

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość modyfikacji zapisów w następujący sposób:**

*Okres Gwarancji na dostarczone opaski, na wszelkie wady techniczne za wyjątkiem defektów spowodowanych zniszczeniem, uszkodzeniem przez użytkownika bądź wadliwym użytkowaniem wynosi 24 miesiące od dnia dostawy urządzeń.*

**Zamawiający modyfikuje § 2 ust. 2 wzory umowy- Okres Gwarancji na dostarczone opaski, na wszelkie wady techniczne za wyjątkiem defektów spowodowanych zniszczeniem, uszkodzeniem przez użytkownika bądź wadliwym użytkowaniem wynosi 24 miesiące od dnia dostawy urządzeń.**

### **Pytanie nr 3 –wzór umowy § 5**

Zamawiający wskazał:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*a) Wykonawca będzie w zwłoce z realizacją przedmiotu umowy, o którym mowa w §2 ust. 1 (dostawa opasek do teleopieki) w stosunku do terminu określonego w § 1 ust. 2 lit. a) w wysokości 0,2 % ceny, o której mowa w §3 ust. 1, za każdy dzień zwłoki;*

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość dokonania zmiany zapisów wzoru umowy poprzez zmianę (zmniejszenie) wysokości kary umownej z 0,2% do 0,1%.**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie.**

Zamawiający wskazał:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*d) Wykonawca nie wywiąże się z czasu reakcji serwisu na zgłoszoną usterkę, który został podany w specyfikacji i w Umowie, w wysokości 5% ceny, o której mowa w §3 pkt 1.*

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość dokonania zmiany zapisów wzoru umowy poprzez zmianę (zmniejszenie) wysokości kary umownej z 5% do 0,1%.**

**Zamawiający modyfikuje treść § 5 ust. 1 lit. d w ten sposób, że :**

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*d) Wykonawca nie wywiąże się z czasu reakcji serwisu na zgłoszoną usterkę, który został podany w specyfikacji i w Umowie, w wysokości 0,5% ceny, o której mowa w §3 pkt 1.*

Ustanowione na wskazanych powyżej poziomach kary umowne są zbyt wygórowane, natomiast zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznac należy za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, ponadto stanowi to naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, a tym samym prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego. Ukształtowana na tak wysokim poziomie kara umowna może prowadzić do sytuacji, gdy wykonawca wykonując zobowiązanie, przy niewielkich uchybieniach poniesie skutki finansowe większe niż w przypadku niewykonania umowy i odstąpienia od niej.

#### **Pytanie nr 4 –wzór umowy § 5**

Zamawiający wskazał:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*c) Wykonawca dostarczy sprzęt niezgodny ze specyfikacją i złożoną ofertą w wysokości 25% ceny, o której mowa w §3 pkt 1.*

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość dokonania zmiany zapisów wzoru umowy w następujący sposób:**

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*c) Wykonawca dostarczy sprzęt niezgodny ze specyfikacją i złożoną ofertą w wysokości 10% ceny, o której mowa w §3 pkt 1.*

z uwagi na to, że bezzasadne jest takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy, które pozwalają Zamawiającemu na żądanie zapłaty kar umownych za naruszenia w zakresie obowiązków umownych w wysokości zdecydowanie większej niż wysokość kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przewidziana została kara w wysokości 10 % ceny, o której mowa w §3 ust 1.

**Zamawiający modyfikuje § 5 ust. 1 lit.c w ten sposób, że**

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne gdy:*

*c) Wykonawca dostarczy sprzęt niezgodny ze specyfikacją i złożoną ofertą w wysokości 10% ceny, o której mowa w §3 pkt 1.*

#### **Pytanie nr 5 –wzór umowy § 5**

Zwracamy się z pytaniem do Zamawiającego o możliwość wprowadzenia limitacji kar umownych w postaci zapisu:

*Łączna wysokość naliczonych przez Zamawiającego kar umownych nie może przekroczyć wysokości 10% ceny, o której mowa w §3 ust 1.*

Wskazujemy, że bezzasadne jest takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy, które pozwalają Zamawiającemu na żądanie zapłaty kar umownych za naruszenia obowiązków umownych bez ograniczenia ich wysokości lub nawet z takim ograniczeniem ich wysokości, że górna granica kar umownych jest zdecydowanie wyższa niż wysokość kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy.

Zamawiający reguluje karę umowną w przypadku odstąpienia od umowy w następujący sposób:

*za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 % ceny, o której mowa w §3 ust 1.*

Brak określenia górnej granicy kar umownych należy uznać za naruszenie zasady proporcjonalności poprzez działanie niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający powinien kształtować zapisy wzoru umowy w sposób proporcjonalny tj. stosując środki adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, niewykraczające ponad to co konieczne, w tym również środki, które nie naruszają zasady ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej. Wskazane zapisy umowy powodują, że Wykonawca wykonując zobowiązanie z naruszeniem obowiązków umownych może być obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kar umownych, jakie Zamawiający ustanowił z tytułu odstąpienia od umowy np. z powodu niewykonania zamówienia. Powoduje to rażąco dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie

zostałyby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego pewnych zapisów umowy.

**Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie i odmawia wprowadzenia zmian w powyższym zakresie.**

#### **Pytanie nr 6 –wzór umowy § 5**

Zamawiający wskazał:

*Naliczanie kar umownych podlega kumulacji niezależnie od tego, z jakich tytułów kary umowne są naliczane, w szczególności kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy należą się niezależnie od kar umownych za odstąpienie od umowy.*

**Zwracamy się z pytaniem o możliwość uregulowania zapisów wzoru umowy, tak aby nie dochodziło do sytuacji podwójnego ukarania wykonawcy w danych okolicznościach poprzez wskazanie, że kary umowne mogą podlegać łączeniu jedynie w sytuacji, w której nie będzie miało miejsce podwójne naliczanie kar za to samo przewinienie.**

Regulacje umowne nie powinny doprowadzać do nieuprawnionej kumulacji kar umownych na etapie ich zapisów za wystąpienie tych samych okoliczności, ponieważ zgodnie z przepisami prawa i orzecznictwem, w którym przyjmuje się, że sytuacja taka jest niedopuszczalna (uchwała SN z dnia 16 stycznia 1984 roku, III CZP 70/83 oraz Wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10), obciążenie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność uznać należy za sprzeczne z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 361 § 1 i 2 w zw. z art. 483 § 1 KC). Zgodnie z wytycznymi doktryny, jeśli w umowie zastrzeżono karę umowną "na wypadek" odstąpienia, to kara taka sankcjonuje zwłokę, która doprowadziła - wskutek odstąpienia - do przekształcenia się stanu nienależytego wykonania zobowiązania w stan jego niewykonania. Nie jest możliwe „kumulowanie” kar, jako że każda z nich odnosi się do innego roszczenia (kara za zwłokę: do roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania; kara „na wypadek” odstąpienia: do roszczenia o jego niewykonanie), oba zaś te roszczenia nie mogą wystąpić równocześnie. Nie może dochodzić do obu kar naraz, bo retroaktywność odstąpienia (natura stosunku prawnego odstąpienia) na to nie zezwala. Art. 494 k.c. ma charakter przepisu kogentywnego w części, w jakiej określa "naturę" stosunku prawnego odstąpienia; w związku z tym niedopuszczalne jest modyfikowanie tej natury. Potwierdzeniem powyższego jest również orzecznictwo. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2017 roku (I ACa 1259/16) wprost wskazano, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy*. Podobnie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt: III CZP 39/12).

**Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie i odmawia wprowadzenia zmian w powyższym zakresie.**

#### **Pytanie nr 7 –wzór umowy**

Zwracamy się z prośbą o dokonania modyfikacji zapisów wzoru umowy w ten sposób, że wprowadzone zostaną zapisy o górnej granicy odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy na poziomie do 100% wynagrodzenia z umowy. Pozwoli to na zachowanie równości stron oraz ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób proporcjonalny, co stanowić winno podstawę kształtowania postanowień umowy wzajemnej. Przy braku limitacji Wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć ewentualnego zakresu swojej odpowiedzialności, a w konsekwencji właściwie oszacować ryzyko.

**Zamawiający podtrzymuje zapisy wzoru umowy w tym zakresie i odmawia wprowadzenia zmian w powyższym zakresie.**

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych zmienia SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytania oraz zmienia zapis działu XI. SIWZ termin składania i otwarcia ofert na dzień 18-12-2020r. (godziny pozostają bez zmian) Powyższą

zmianę należy także uwzględnić w oznakowaniu koperty z ofertą (dział X SIWZ).

W związku z dużą liczbą pytań w zakresie wzoru umowy dla ułatwienia Wykonawcom przygotowania ofert Zamawiający zamieszcza w załączeniu poprawiony jej wzór.