

FZP/ 410 /2019/MK

Gdynia, dn. 17.10.2019 r.

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne nr **56/FZP/DO/2019**, którego przedmiotem jest świadczenie usług sportowo – rekreacyjnych na podstawie imiennych kart abonamentowych.

Zamawiający zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły pytania dotyczące treści Zaproszenia do składania ofert. Niżej przekazuję treść pytań i odpowiedzi.

Pytanie 1:

1) Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie zapisów dotyczących ochrony danych osobowych zawartych w projekcie umowy poprzez wskazanie, że Zamawiający jest uprawniony do przetwarzania danych użytkowników, w celu i zakresie niezbędnym do pomocy przy realizacji umowy o świadczenie usług dostępu do programu sportowego, na podstawie umowy powierzenia danych użytkowników na rzecz Zamawiającego?

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu MultiSport, **administratorem danych osobowych posiadacz 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**. 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*

Strona 1 z 5

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. Zgodnie z art. 83 pkt. 4 RODO naruszenie obowiązków administratora i podmiotu przetwarzającego o których mowa w art. 8, 11, 25 –39 oraz 42 i 43 RODO zagrożone jest nałożeniem administracyjnej kary pieniężnej w wysokości do 10 000 000 EUR, a w przypadku przedsiębiorstwa – w wysokości do 2 % jego całkowitego rocznego światowego obrotu z poprzedniego roku obrotowego, w zależności która kwota jest wyższa.

Aktualne zapisy nie gwarantują zawarcia umowy powierzenia na rzecz Zamawiającego, dlatego, aby możliwe było złożenie oferty konieczne jest ich doprecyzowanie. Proponujemy zastąpienie dotychczasowego § 6 Umowy treścią następującą:

Poniżej propozycja zapisów § 6 umowy:

1. *Administratorem danych osobowych w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27.04.2016 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 osobowych dalej RODO) jest:*
 - 1) *Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy,*
 - 2) *Wykonawca – w odniesieniu do danych osobowych wszystkich Uczestników Programu, których dane udostępni Zamawiający;*
2. *Każdy z administratorów danych odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.*
3. *Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do przetwarzania danych osobowych Uczestników Programu zgodnie z RODO, w szczególności do wdrożenia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, o których mowa w art. 32 RODO, a także w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w tym w zgodzie z Ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych.*
4. *Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze operacyjnej na piśmie pod rygorem nieważności, w szczególności Strony doprecyzują kwestie dotyczące przetwarzania danych osobowych Użytkowników, w tym zawrą umowę powierzenia Zamawiającemu przetwarzania danych osobowych użytkowników.*

ODPOWIEDŹ:

W odpowiedzi na powyższe zapisy informujemy, że opierając się na stanowisku UODO wskazanym w Poradniku RODO z października 2018 r. „Ochrona danych osobowych w miejscu pracy – Poradnik dla pracodawców” w tej sytuacji mamy do czynienia z dwoma odrębnymi Administratorami Danych Osobowych, mówi o tym pkt. 4.2.4: „W związku z faktem, iż korzystanie z tych udogodnień jest w pełni dobrowolne, pracodawca nie może udostępnić danych osobowych pracowników bez ich wiedzy i zgody na rzecz podmiotów świadczących te usługi. Udostępnienie danych osobowych przez pracodawcę odbywa się na podstawie zgody wyrażonej przez pracownika. Przetwarzanie przez podmioty świadczące tego typu usługi danych osobowych pracowników lub innych osób zgłoszonych do programu odbywa się zatem na podstawie uprzednio wyrażonej przez nich zgody, tj.

Strona 2 z 5



na podstawie art. 6 ust. 1 lit. a RODO. Podmioty te stają się administratorami danych osobowych osób korzystających z ich usług [...]. Jednocześnie nie ma tu zastosowania instytucja powierzenia przetwarzania danych osobowych. Podkreślić należy, że istota powierzenia przetwarzania danych osobowych polega m.in. na tym, że nie jest wymagane uzyskanie zgody osoby, której dane dotyczą, na powierzenie jej danych.”

W związku z powyższym Zamawiający we własnym zakresie zbiera zgody zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a RODO od pracowników na udostępnienie danych.

Wykonawca nie posiada bezpośredniego kontaktu z użytkownikami dlatego też Zamawiający zobowiązuje się w imieniu Wykonawcy do zebrania deklaracji – formularza zgody pracownika / osoby towarzyszącej / w przypadku dzieci zgody rodzica lub opiekuna prawnego. W tym przypadku i szeregu innych czynności, które Państwo wskazują zgadzamy się ze stanowiskiem co do niezbędności zawarcia umowy powierzenia danych. Poniżej nasza propozycja zapisów par. 6 umowy:

Par. 6 umowy otrzymuje brzmienie:

1. „Administratorem danych osobowych w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27.04.2016 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 osobowych dalej RODO) jest:
 - Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie niniejszej umowy,
 - Wykonawca – w odniesieniu do danych osobowych wszystkich Uczestników Programu, których dane udostępnia Zamawiający;
2. Każdy z administratorów danych odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.
3. Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do przetwarzania danych osobowych Uczestników Programu zgodnie z RODO, w szczególności do wdrożenia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, o których mowa w art. 32 RODO, a także w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w tym w zgodzie z Ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych.
4. Każdy administrator uczestniczący w przetwarzaniu odpowiada we własnym zakresie za szkody spowodowane przetwarzaniem przez niego danych osobowych, które narusza RODO i w związku z tym zgodnie z art. 82 RODO każda osoba, która poniosła szkodę majątkową lub niemajątkową w wyniku naruszenia RODO, ma prawo uzyskać od takiego administratora odszkodowanie za taką poniesioną szkodę.
5. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wyrządzone Zamawiającemu lub osobom trzecim wskutek ujawnienia danych osobowych, w posiadanie których wszedł w związku z realizacją niniejszej umowy oraz odpowiedzialność za skutki przetwarzania przez niego udostępnionych danych osobowych w sposób naruszający przepisy prawa ochrony danych osobowych, w zakresie, w jakim przyczynił się do naruszenia obowiązujących zasad ochrony danych osobowych osoby fizycznej.
6. Korzystanie z usług sportowo – rekreacyjnych na podstawie imiennych kart sportowych jest w pełni dobrowolne w związku z tym Zamawiający udostępnia dane Wykonawcy świadczącemu ww. usługi na dodatkowe świadczenia pracownicze tylko na podstawie zgody uprzednio wyrażonej przez pracownika, osobę towarzyszącą lub w przypadku dzieci przez rodzica lub opiekuna prawnego. Zamawiający zbiera zgody we własnym zakresie.
7. Wykonawca w związku z ww. udostępnieniem staje się administratorem danych osobowych osób korzystających z jego usług, jednak roszczenia z tytułu zawartej umowy przysługują mu względem Zamawiającego, a nie pracowników będących beneficjentami usług.

8. Każda ze stron zobowiązana jest do przedstawienia klauzul informacyjnych Uczestnikom programu i tym samym spełnienia obowiązków określonych w art. 13 lub 14 RODO.
9. Podstawą prawną przetwarzania danych przez Wykonawcę jest zgoda użytkownika - art. 6 pkt. 1 lit. 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.
10. Zamawiający zobowiązuje się w imieniu Wykonawcy do zebrania deklaracji – formularza zgody pracownika / osoby towarzyszącej / w przypadku dzieci zgody rodzica lub opiekuna prawnego. Zamawiający wypełnione i podpisane formularze zgody niezwłocznie przekazuje do Wykonawcy.
11. Wykonawca nie posiada bezpośredniego kontaktu z użytkownikami i w związku z tym szereg czynności jak zbieranie zgód czy dystrybucja kart będzie odbywać się za pośrednictwem Zamawiającego, w związku z tym Strony zobowiązują się do zawarcia umowy powierzenia danych osobowych w powyższym zakresie.
12. Wykonawca jako Administrator danych osobowych przekazywanych za pośrednictwem Zamawiającego zobowiązuje się do wskazania wzoru umowy powierzenia.
13. Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze operacyjnej na piśmie pod rygorem nieważności.”

Pytanie 2:

2) Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie zapisów Umowy dotyczących podstaw wystawienia faktur VAT przez Wykonawcę, określonych w § 8 ust. 5, z uwagi na fakt, iż dotychczasowy zapis umowy, w ocenie Wykonawcy, pozwala na wystawienie przez Wykonawcę faktur tylko w sytuacji podpisania „Protokołu odbioru” kart, czyli w momencie kiedy następuje wygenerowanie pierwszej listy uczestników lub zmiana tej listy?

Tak skonstruowane zapisy § 8 ust. 5 sugerują, że Wykonawca nie będzie mógł wystawić faktury, za miesiąc, w którym nie doszło do zmiany listy użytkowników, czyli nie został podpisany „Protokół odbiorczy” lub nie doszło do zamówienia kolejnych kart. Idę jest możliwość wystawienia faktu w każdym z miesięcy, w których doszło do świadczenia usług przez Wykonawcę, nawet jeżeli nie zmieniła się liczba kart i nie było konieczności podpisywania „Protokołu odbioru” lub wysyłki dodatkowych kart. Podstawą wystawienia faktury powinno być faktyczne świadczenie usług przez Wykonawcę, na rzecz użytkowników zgłoszonych przez Zamawiającego. Dotychczasowy zapis § 8 ust. 5, w ocenie Wykonawcy, tego nie gwarantuje.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 3:

3) Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie zapisów Umowy dotyczących kary umownej, określonej w § 10 ust. 1, poprzez szczegółowe wskazanie, iż niedotrzymanie terminów ustalonych w § 7 ust. 1 i 5 Umowy będzie uprawniało Zamawiającego do naliczenia kary umownej?

W ocenie Wykonawcy, obowiązek zapłaty kary umownej powinien być oparty na jasnych i wyczerpujących przesłankach, które w żaden sposób nie powinny być interpretowane (wynikać z domysłów) z umowy. Tylko jasne wskazanie w umowie jakie naruszenie powoduje sankcję danego rodzaju stanowi czytelną informację dla Stron, kiedy z sankcji mogą skorzystać. Zawarcie w tej części umowy zwrotów niedookreślonych typu „którykolwiek”, powoduje brak przejrzystości w rozumieniu umowy i może stanowić przyczynę różnic interpretacyjnych pomiędzy Stronami. Stąd prośba Wykonawcy o jak najbardziej

precyzyjne wskazanie przesłanek, na podstawie których Zamawiający będzie mógł dochodzić od Wykonawcy zapłaty kary umownej.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wyraża zgodę.

Par. 10 Ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie:

„W przypadku niedotrzymania terminów określonych w umowie dotyczących realizacji niniejszej umowy, Zamawiający ma prawo do naliczenia i egzekwowania kary umownej w wysokości 0,5 % całkowitego wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy, o którym mowa w par. 8 ust. 1, za każdy dzień zwłoki”

Pytanie 4:

4) Czy Zamawiający zgadza się na zmianę zapisu § 11 ust. 5 Umowy poprzez zamianę zawartego tam odniesienia do § 4 pkt 1) Umowy na odniesienie do § 4 pkt a) i b) Umowy?

W przekazanej Wykonawcy treści draftu Umowy w § 4 nie ma punktu 1), są za to podpunkty a) i b). Takie odniesienie może powodować problemy interpretacyjne dotyczące zapisów Umowy.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający zgadza się na zmianę zapisu par. 11 ust. 5 umowy.

Par. 11 Ust. 5 umowy otrzymuje brzmienie:

„W przypadku konieczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w okolicznościach wymienionych w ust. 4 pkt. a) i b), Zamawiający wyznaczy odpowiedni termin wypowiedzenia, do którego Wykonawca ma obowiązek realizować przedmiot umowy”

Jednocześnie Zamawiający przedłuża termin składania ofert do dnia 25.10.2019r. do godz. 10:00

W imieniu Zamawiającego
Zastępca Dyrektora ds. Finansowych
mgr Rafał Geremek