

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Informuję, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym, którego przedmiotem świadczenie usług polegających na zapewnieniu dostępu do obiektów sportowo-rekreacyjnych na terenie województwa kujawsko-pomorskiego dla pracowników UMWK-P na podstawie imiennych kart uczestnika, wpłynęły pytania, którego treść wraz z odpowiedzią zamieszczam poniżej:

Pytania:

1) Czy wyrażają Państwo zgodę na **wykluczenie** ze świadczenia przedmiotu zamówienia Pracowników nie posiadających komórkowych aparatów telefonicznych (np. osoby starsze), bądź nie wyrażających zgody na przetwarzanie ich danych osobowych z puli danych sensytywnych takich jak np. minucje odcisków palca?

Odpowiedź:

Nie ma możliwości wykluczenia z udziału w Projekcie osób nie posiadających komórkowych aparatów telefonicznych, w tym osób starszych. Zgodnie z założeniami Projektu oraz Regulaminem rekrutacji osoby starsze (powyżej 50 roku życia) mają pierwszeństwo uczestnictwa w projekcie.

2) Prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku gdy Wykonawca świadczy usługi dostępu do obiektów sportowo-rekreacyjnych stosując identyfikację/weryfikację przy pomocy telefonu komórkowego, to w sytuacji, w której pracownik nie posiada telefonu komórkowego lub nie wyraża chęci korzystania z telefonu komórkowego w procesie identyfikacji/weryfikacji w obiekcie sportowo-rekreacyjnym, Wykonawca ten musi zapewnić mu możliwość podstawowej identyfikacji/weryfikacji tj. poprzez okazanie imiennego karnetu i/lub dowodu osobistego?

Odpowiedź:

Zgodnie z założeniami Projektu uczestnicy będą mieli możliwość uczestnictwa w zajęciach fizycznych w obiektach sportowo-rekreacyjnych na podstawie imiennych kart sportowych oraz dowodu osobistego lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość użytkownika karty.

3) Czy Zamawiający zgadza się na korektę postanowienia zawartego w pkt. 4 par. 9 projektu umowy poprzez wskazanie, że na mocy niniejszej umowy Wykonawca / Administrator danych powierza Zamawiającemu / Podmiotowi przetwarzającemu przetwarzanie danych osobowych uczestników projektu wyłącznie w celu realizacji niniejszej umowy, tak aby wskazane postanowienie było spójne z pkt. 2 par. 9 projektu umowy, zgodnie z którym Zamawiający jest uprawniony do przetwarzania danych uczestników na podstawie powierzenia mu tych danych przez Wykonawcę?

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu, 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**. 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. 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 pkt. 2 i 4 par. 9 projektu umowy nie są spójne dlatego, aby możliwe było złożenie oferty konieczne jest ich doprecyzowanie.

Odpowiedź:

Wyrażamy zgodę na zawarcie osobnej umowy o powierzeniu Wykonawcy danych do przetwarzania danych osobowych użytkowników kart w celu i zakresie niezbędnym do realizacji umowy o świadczenie usług dostępu do Programu. W związku z powyższym modyfikacji ulega par. 9 ust. 4 (w załączeniu nowy projekt umowy).

4) Czy Zamawiający zgadza się na usunięcie pkt. 5 par. 2 projektu umowy zobowiązującego Wykonawcę do umożliwienia Zamawiającemu wygenerowania raportu z korzystania z kart przez danego użytkownika?

Wykonawca nie powinien w żadnej formie udostępniać Zamawiającemu informacji o sposobie korzystania z kart przez użytkowników, gdyż mogłoby to naruszyć prywatność tego użytkownika.

Zgodnie z decyzją GIODO z dnia 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: „z materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż brak jest uzasadnienia, aby klient (pracodawca) pozyskiwał od Spółki informacje, w jaki sposób zgłoszeni przez niego użytkownicy kart. korzystają z usług oferowanych w ramach programu. W przypadku bowiem kart imiennych opłatę za korzystanie z programu M. w określonej w umowie wysokości uiszcza: klient; klient wspólnie z posiadaczem karty; lub sam posiadacz karty. Stosownie do postanowień umowy o świadczenie usług (§ [...], [...] i [...] w związku z załącznikami nr [...], nr [...] i nr [...]), koszt dostępu ponoszony przez klienta lub posiadacza karty na rzecz Spółki jest określony kwotą określoną w tej umowie, uiszczaną za okres jednego miesiąca w złotych polskich od każdego z uczestników programu. Jak wynika z treści umowy, ww. koszty są niezależne od sposobu (ilości wizyt posiadaczy kart w obiektach sportowych) w jaki uczestnicy korzystają z obiektów sportowych w ramach tego programu. Jak wynika z powyższego, wbrew twierdzeniu pełnomocnika Spółki, dane o sposobie korzystania z programu. w żaden sposób nie wpływają na warunki finansowe umów zawartych przez klientów ze Spółką. Rola klienta sprowadza się do poinformowania Spółki, jakie osoby wyraziły wolę uczestnictwa w programie M. oraz ponoszenia lub nie części lub całości kosztów udziału tych osób w programie M. (...) Nie można również uznać za słuszne wprowadzenie przez Spółkę (po

wszczęciu postępowania administracyjnego w niniejszej sprawie) możliwości kontrolowania przez klientów Spółki sposobu, w jaki użytkownicy karty korzystają z programu., tj. daty i czasu oraz miejsca użycia karty, co oznacza informację, kiedy i z jakiego obiektu sportowego korzystał użytkownik karty. Z materiału dowodowego zebranego w toku niniejszego postępowania, jak już wskazano powyżej, wynika, iż udostępnianie klientom Spółki tego rodzaju informacji nie jest w żaden sposób uzasadnione. Należy tu przypomnieć, iż użytkownikiem karty jest: pracownik, osoba towarzysząca oraz dziecko, przy czym pracownik to nie tylko osoba fizyczna zatrudniona na podstawie umowy o pracę, ale również osoba fizyczna współpracująca z klientem na podstawie umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy o współpracę, umowy o świadczenie usług lub innej umowy cywilnoprawnej o zbliżonym skutku prawnym (§ [...] ust. [...] pkt [...] umowy o świadczenie usług). Należy zatem podkreślić, że brak jest uzasadnienia, aby klient (pracodawca) miał dostęp do powyższych informacji, gdyż może to naruszać prywatność tych osób.

Brak możliwości przekazywania raportów szczegółowych dotyczy także sytuacji w której zgody na przekazanie takich danych wyraziliby użytkownicy, czy też sami zgłosili taki wniosek do swojego pracodawcy (Zamawiającego).

Skuteczność pozyskiwania przez pracodawcę od pracowników zgód na przetwarzanie danych innych niż określone w art. 22¹kp jest bowiem kontrowersyjna. Zwykle sądy oceniają ją na niekorzyść pracodawców. Katalog danych, których pracodawca może żądać, jest zamknięty. Oznacza to, że pracodawca może domagać się podania od pracowników jedynie danych wskazanych w k.p. Przepisy kodeksowe nie rozstrzygają natomiast, czy pracodawca może przetwarzać inne, dodatkowe informacje o podwładnym, bazując na jego zgodzie.

Kwestia dopuszczalności przetwarzania danych osobowych podwładnych na podstawie udzielonych przez nich zgód była przedmiotem kilku opinii wydawanych przez tzw. Grupę Roboczą art. 29, będącej unijnym niezależnym podmiotem o charakterze doradczym w zakresie ochrony danych osobowych oraz prywatności. W tych dokumentach Grupa Robocza zwróciła uwagę, że pracownicy nie mogą swobodnie i dobrowolnie udzielić bądź cofnąć zgody z powodu zależności pomiędzy pracodawcą a pracownikiem, wynikającej z łączącego ich stosunku pracy. Grupa Robocza wskazała jednak, że przetwarzanie danych podwładnego na podstawie jego zgody jest dopuszczalne w wyjątkowych okolicznościach, w których udzielenie bądź odmowa jej udzielenia nie pociągnie za sobą żadnych konsekwencji dla pracownika.

W myśl RODO zgoda osoby, której dane dotyczą, oznacza dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym ta osoba przyzwala – w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego – na przetwarzanie jej danych osobowych. Według RODO, zgody nie można uznać za dobrowolną, jeżeli osoba, której dane dotyczą, nie ma rzeczywistego lub wolnego wyboru oraz swobody co do odmowy bądź wycofania zgody bez niekorzystnych konsekwencji.

Na gruncie niniejszego stanu faktycznego, faktem jest, że brak wyrażenia zgody przez Pracownika na udostępnienie jego danych, zapewne będzie wiązało się z negatywnym skutkiem w postaci braku możliwości korzystania z karty lub utracie dofinansowania. A więc aby odebranie takiej zgody było zgodne z prawem musi ona zostać udzielona w pełni dobrowolnie i świadomie, a za ewentualny brak jej udzielenia pracownikowi nie mogą grozić żadne negatywne konsekwencje, w postaci np. odebrania finansowania. Jeśli Strony nie będą w stanie wykazać spełnienia ww. wymagań, grozić im mogą poważne konsekwencje w postaci np. wysokiej kary administracyjnej. Naruszenia w tym zakresie mogą także skutkować roszczeniami odszkodowawczymi ze strony użytkownika.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie pkt. 5 par.2 projektu umowy zobowiązującego Wykonawcę do umożliwienia Zamawiającemu wygenerowania raportu z korzystania z kart przez danego użytkownika

5) Czy Zamawiający zgadza się dokonać modyfikacji w par. 5 pkt. 1 lit. a-c projektu umowy, tak aby wskazane daty odpowiadały okresowi trwania umowy tj. lata 2021-2023, a nie 2020-2022?

W związku z zawarciem umowy na okres 1.10.2021-31.03.2023 r., należy poprawić długość obowiązywania umowy w poszczególnych latach we wskazanym miejscu projektu umowy.

Odpowiedź:

Zgadza się na modyfikację brzmienia par.5 pkt 1 lic a-c.

6) Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację postanowienia § 6 pkt. 1 projektu umowy w ten sposób, że Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy karę umowną we wskazanych przypadkach gdy wskazane zdarzenia powstały z przyczyn zależnych od Wykonawcy i po bezskutecznym upływie 7 - dniowego terminu wyznaczonego Wykonawcy na piśmie, do naprawy stwierdzonych naruszeń ?

Aktualny zapis umożliwia nałożenie kar umownych na Wykonawcę nawet w sytuacji, gdy nie ponosi on odpowiedzialności/nie ma wpływu na brak dostępu do usługi np. z uwagi na wydanie rozporządzenia w czasie stanu epidemii zakazującego określonych działalności. Możliwość nałożenia kar umownych powinna być ograniczona do sytuacji, w których Wykonawca ma wpływ na brak/nienależyte wykonanie umowy. Nadto wskazany zapis jest bardzo rygorystyczny i nie daje on możliwości Wykonawcy na naprawę ewentualnych naruszeń, bądź wykazania, że stwierdzone nienależyte wykonywanie Umowy jest wynikiem działań lub okoliczności niezależnych od Wykonawcy. Istotą zastosowania kary umownej jest funkcja dyscyplinująca, kiedy inne środki prawne nie skutkują. Zdaniem Wykonawcy, we wskazanym przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowego wykonania Umowy, pod rygorem naliczenia kary umownej, powinno być podstawowym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień.

Odpowiedź:

W par 6 dodano ust. 5 o następującym brzmieniu:

„5. Kary, o których mowa w ust. 1 będą nienależne w wypadku gdy niewywiązywanie się z któregośkolwiek z obowiązków określonych w § 2 jest bezpośrednią konsekwencją działania siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z wymogami Zamawiającego w szczególności niemożliwość korzystania przez uczestników projektu z obiektów sportowo-rekreacyjnych, o których mowa w § 2 na zasadach określonych w niniejszej umowie z powodu ich zamknięcia wywołanego aktem prawa powszechnie obowiązującego lub aktem prawa miejscowego lub w wyniku działania siły wyższej”

7) Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację postanowienia § 7 pkt. 4 projektu umowy w ten sposób, że Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy z przyczyn wskazanych w przedmiotowym postanowieniu w sytuacji, gdy są one zależne od Wykonawcy i Wykonawca ponosi za nie odpowiedzialność ?

Brak jest możliwości uprzedniego przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za wystąpienie określonych zdarzeń. Każdorazowo należy ocenić czy zdarzenie jest zależne od Wykonawcy i czy ponosi on za nie odpowiedzialność. Możliwość odstąpienia powinna być ograniczona jedynie do przypadków, gdy zdarzenie nastąpiło na skutek zdarzeń zależnych od Wykonawcy lub od tych za których wystąpienie ponosi odpowiedzialność.

Odpowiedź:

W par 7 zmodyfikowano ust. 4 i nadano mu następujące brzmienie:

„4. Strony przyjmują, że przyczyny odstąpienia wymienione w ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5 i 6 są zależne od Wykonawcy i Wykonawca ponosi odpowiedzialność za ich zaistnienie chyba, iż wykaże, iż są one bezpośrednią konsekwencją działania siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z wymogami Zamawiającego w szczególności niemożliwość korzystania przez uczestników projektu z obiektów sportowo-rekreacyjnych, o których mowa w § 2 na zasadach określonych w niniejszej umowie z powodu ich zamknięcia wywołanego aktem prawa powszechnie obowiązującego lub aktem prawa miejscowego lub w wyniku działania siły wyższej”

W związku z odpowiedziami termin składania i otwarcia zostaje zmieniony na:

Termin składania ofert 7 maj 2021 godz. 10:00

Termin otwarcia ofert 7 maj 2021 godz. 10:10

Modyfikacji ulega również:

Dział XVII SWZ „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert w zakresie pkt 1 i 4:

1.Ofertę należy złożyć w terminie do dnia 07.05.2021 r. do godziny 10:00

4.Otwarcie ofert nastąpi w dniu 07.05.2021 r. o godz. 10.10

Dział XV. Termin związania ofertą

1.Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 05.06.2021 r.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

/-/ Olgierd Sobkowiak