

Kielce, dnia 03.08.2021r.

SR-II.272.2.195.2021

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie Rozzeznania rynku pn.: Świadczenie usług, polegających na zapewnieniu nielimitowanego dostępu do obiektów sportowo-rekreacyjnych zlokalizowanych na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego w ramach miesięcznego abonamentu na podstawie dostępu imiennego dla 60 pracowników Starostwa Powiatowego w Kielcach – Uczestników projektu pn. „Przeciwdziałanie przedwczesnemu opuszczaniu rynku pracy przez osoby w wieku aktywności zawodowej, pracujące w Starostwie Powiatowym w Kielcach” współfinansowanego przez Unię Europejską.

Wyjaśnienie treści Zapytania ofertowego

W związku z wpływaniem pytań, dotyczących ww. postępowania, Zamawiający Powiat Kielceki – Starostwo Powiatowe w Kielcach przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1:

W związku z obowiązującym stanem epidemii oraz wynikających z tego restrykcji dotyczących funkcjonowania obiektów sportowo-rekreacyjnych prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawcy zobowiązani są przedstawić listę obiektów, z którymi na dzień składania ofert mają podpisane umowy współpracy.

Odpowiedź na pyt. 1:

Zamawiający potwierdza, że Wykonawcy są zobowiązani do przekazania Zamawiającemu wykazu 30 obiektów zlokalizowanych na terenie miasta Kielce oraz w granicach administracyjnych powiatu kieleckiego, z którymi na dzień podpisania umowy z Zamawiającym będą posiadać podpisane umowy współpracy, gwarantujące prawidłową realizację warunków zamówienia. Zamawiający dokonał zmiany Załącznika nr 3 do Zapytania ofertowego w tym zakresie – Wykaz punktów na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego, który został zamieszczony na stronie Zamawiającego w pliku, dotyczącym przedmiotowego postępowania.

Pytanie 2:

Czy Zamawiający zgadza się na usunięcie zapisu z Opisu Przedmiotu Zamówienia zobowiązującego Wykonawcę do umożliwienia Zamawiającemu wygenerowania raportu z korzystania z kart przez użytkowników?

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 2015r. DIS/DEC - 594/15/62961 utrzymana ostateczną decyzją GIODO z 11 września 2015r. 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 M. korzystają z usług oferowanych w ramach programu M. 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 M. 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 M. 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 M., 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 na pyt. 2:

Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy i zgadza się na usunięcie zapisu odnośnie wygenerowania raportu korzystania z kart przez użytkowników i dokonał zmiany w tym zakresie w Załączniku nr 1 do Zapytania ofertowego – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w Załączniku nr 6 do Zapytania ofertowego – Wzór umowy, które zostały zamieszczone na stronie Zamawiającego w pliku, dotyczącym przedmiotowego postępowania.

Pytanie 3:

Czy Zamawiający zgadza się dodać postanowienia w zakresie obowiązku zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy par. 10 projektu umowy)?

Niektóre informacje przekazywane przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i powinny być chronione.

Przedstawiamy propozycje zapisów:

1. Każda ze Stron zobowiązuje się zabezpieczyć przed dostępem osób trzecich oraz nie ujawniać ani nie przekazywać bez uprzedniej pisemnej zgody drugiej Strony treści Umowy oraz informacji związanych z nią, jak również informacji uzyskanych przy wykonywaniu Umowy lub w związku z ich wykonywaniem, niezależnie od formy uzyskania nośnika i źródła tych informacji (Informacje Poufne) w szczególności danych osobowych udostępnionych przez którąkolwiek ze Stron, z zastrzeżeniem obowiązków wynikających z Ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zobowiązanie to nie dotyczy informacji, które są powszechnie znane lub dostępne publicznie bez naruszenia warunków Umowy.
2. Każda ze Stron zobowiązuje się wykorzystywać Informacje Poufne wyłącznie w celu należytego wykonania Umowy. W ramach struktur organizacyjnych Stron, dostęp do Informacji Poufnych posiadać będą wyłącznie pracownicy lub inne osoby, których dostęp do Informacji Poufnych jest uzasadniony ze względu na ich udział w realizacji Umowy. Strona uzyskująca Informacje Poufne zobowiązana jest zapewnić, aby osoby mające dostęp do Informacji Poufnych przestrzegały zasad poufności i odpowiedzialna jest za działanie tych osób sprzeczne z Umową. Jednakże Strony uprawnione są do przekazywania Informacji Poufnych na zgodne z prawem żądanie organów administracji publicznej i sądów w zakresie

objętym tym żądaniem, a Klient dodatkowo na gruncie Ustawy o dostępie do informacji publicznej.

3. Zobowiązania określone w niniejszym paragrafie wiążą każdą ze Stron w czasie obowiązywania Umowy oraz przez okres 5 (pięciu) lat po jej rozwiązaniu lub wygaśnięciu.
4. Wykonawca oświadcza, że znany jest mu fakt, iż treść Umowy, a w szczególności przedmiot Umowy i wysokość całkowitego wynagrodzenia, stanowią informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 nr 112 poz. 1198 z późn. zm.), która podlega udostępnieniu w trybie przedmiotowej ustawy, z zastrzeżeniem ust. 5.
5. Ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy udostępnieniu o którym mowa w ust 3 nie będą podlegały informacje dotyczące jednostkowych cen za karty, stanowiące dla Wykonawcy informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą – dotyczące wysokości kosztu uczestnictwa w Programie przypadającego na jednego Użytkownika, w stosunku do których Wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie ich w tajemnicy poprzez ich zabezpieczenie przez dostępem nieuprawnionych osób oraz zawieranie z kontrahentami postanowień w zakresie zachowania ich w poufności.

Odpowiedź na pyt. 3:

Zamawiający informuje, że nie dokonuje zmian w powyższym zakresie ze względu na fakt, iż wszystkie umowy zawierane z Wykonawcami są jawne i publikowane na stronie Zamawiającego w Biuletynie Informacji Publicznej.

Pytanie 4:

Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie zasad ochrony danych osobowych zawartych w istotnych postanowieniach umowy poprzez dodanie postanowień:

- uprawniających Wykonawcę do przetwarzania danych osobowych użytkowników na podstawie wyrażonej uprzednio zgody osób których dane te dotyczą,
- uprawniających Zamawiającego 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 posiadaczy kart jest 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 2016r. 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 2016r. 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 2015r. DIS/DEC - 594/15/62961 utrzymana ostateczną decyzją GIODO z 11 września 2015r. 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”. **Bezprzedmiotowe byłoby zatem powierzenie danych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy**, gdyż po pierwsze Wykonawca jest już uprawniony do przetwarzania danych pracowników na podstawie zgód i nie potrzebuje dodatkowej podstawy prawnej, po drugie Zamawiający nie jest uprawniony do przetwarzania danych gruncie umowy o świadczenie usług, tym bardziej nie może więc w tym celu i zakresie powierzyć danych. Zgodnie z ww. decyzjami GIODO: „ (...) **uznać należy, że klient nie może powierzyć Spółce przetwarzania danych posiadaczy kart M. w ramach umowy powierzenia, o której mowa w art. 31 ustawy**, gdyż przetwarzanie tych danych jest uzależnione właśnie od zgody osób, których one dotyczą. (...) A zatem z uwagi na to, iż **klient jedynie za wiedzą i zgodą może udostępnić Spółce dane pracowników, osób towarzyszących i dzieci, którzy chcą skorzystać z usług Spółki, nie może to się odbywać w drodze umowy powierzenia Spółce przetwarzania danych przez klienta, o której mowa w art. 31 ustawy o ochronie danych osobowych**”.

Niezależnie od tego, aby możliwa była realizacja umowy o świadczenie usług w zakresie np. zamawiania i dystrybucji kart czy składania reklamacji, **Zamawiający musi posiadać podstawę prawną do przetwarzania danych na gruncie 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.

Poniżej propozycja zapisów umowy:

1. *Administratorem danych osobowych w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, dalej: „RODO” jest:*
 - 1) *Wykonawca – w odniesieniu do danych osobowych wszystkich Uczestników Programu;*

- 2) Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie zamówienia.
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, w zakresie określonym w RODO, a także innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.
4. Wykonawca przetwarza dane osobowe Uczestników Programu w oparciu o art. 6 ust. 1a RODO, na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, wyrażonej przed przystąpieniem do Programu.
5. Zamawiający w imieniu Wykonawcy zobowiązuje się do jednoczesnego zebrania pisemnych zgód na przetwarzanie danych osobowych przez Wykonawcę oraz poddania przedmiotowych oświadczeń procesowi archiwizacji przy zastosowaniu wymaganych przepisami RODO zasad bezpieczeństwa danych.
6. Wykonawca będzie przetwarzać dane osobowe Uczestników Programu dla celów podatkowych i rachunkowych w zakresie i przez czas zgodny z obowiązującymi przepisami, a także po zakończeniu świadczenia usług w zakresie i przez czas niezbędny do rozliczenia zamówienia.
7. Przy przetwarzaniu danych osobowych, Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się do przestrzegania przepisów RODO.
8. 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.

lub skrócona wersja:

1. Wykonawca przetwarza dane osobowe Uczestników Programu w oparciu o art. 6 ust. 1a RODO, na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, wyrażonej przed przystąpieniem do Programu, zebranej za pośrednictwem Zamawiającego.
2. Przy przetwarzaniu danych osobowych, Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się do przestrzegania przepisów RODO.
Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nieuregulowane 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 na pyt. 4:

Zamawiający informuje, że nie przychylił się do wniosku Wykonawcy, nie zmienia treści dokumentacji oraz nie dokonuje modyfikacji w powyższym zakresie.

Ponadto, dane osobowe oraz wszelkie niezbędne zgody zostały już pozyskane od Uczestników projektu na formularzach oświadczeń na etapie rekrutacji do przedmiotowego projektu.

Dodatkowo Uczestnicy zostali poinformowani, zgodnie z obowiązkiem informacyjnym, stanowiącym integralną część Regulaminu rekrutacji i uczestnictwa w projekcie o tym, iż dane osobowe Uczestników projektu zostaną powierzone do przetwarzania Instytucji Zarządzającej, Beneficjentowi realizującemu projekt oraz Wykonawcy, któremu Beneficjent udzieli zamówienia celem realizacji projektu.

W przypadku, gdy Wykonawca, np. ze względu na swoje wewnętrzne polityki, potrzebuje pozyskać dodatkowe dane osobowe, spełnić obowiązki informacyjne bądź pozyskać dodatkowe zgody – jako Administrator ze względu na własne cele, robi to bezpośrednio od uczestnika projektu, np. kontaktując się z nim za pomocą poczty elektronicznej.

Pytanie 5:

Czy punkt nr III w Opisie Przedmiotu Zamówienia "Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia dostępu do obiektów, prowadzących zajęcia sportowo-rekreacyjne na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego. Warunkiem koniecznym jest zapewnienie dostępu do minimum 30 obiektów znajdujących się na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego w ilości minimalnej: 5 basenów, 10 siłowni, 5 saun, 10 punktów świadczących zajęcia fitnessu." jest warunkiem koniecznym? Czy Zamawiający dopuszcza mniejszą liczbę obiektów sportowo-rekreacyjnych?

Odpowiedź na pyt. 5:

Zamawiający potwierdza, że wymagana liczba minimum 30 obiektów znajdujących się na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego jest warunkiem koniecznym w przedmiotowym postępowaniu i nie dopuszcza zmniejszenia liczby obiektów.

Pytanie 6:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o potwierdzenie, że za obiekt sportowo-rekreacyjny Zamawiający uzna również te obiekty, które świadczą tylko i wyłącznie inne rodzaje usług sportowo-rekreacyjnych niż basen, siłownia, sauna, fitness, za wyjątkiem nordic walkingu, masażu, vacu, solariów i zabiegów fryzjerskich.

Odpowiedź na pyt. 6:

Zamawiający informuje, że Wykonawcy są zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą Wykaz min. 30 obiektów sportowo-rekreacyjnych, z którymi na dzień podpisania umowy z Zamawiającym będą posiadać podpisane umowy współpracy, gwarantujące prawidłową realizację warunków zamówienia, zlokalizowanych na terenie miasta Kielce oraz w granicach administracyjnych powiatu kieleckiego (zgodnie ze zmienionym Załącznikiem nr 3 do Zapytania ofertowego). W ramach tych 30 **obektów muszą znaleźć się** minimum: 5 basenów, 10 siłowni, 5 saun, 10 punktów świadczących zajęcia fitnessu.

Pytanie 7:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o modyfikację ust. 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (podrozdział III Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz § 2 ust. 2 Wzoru Umowy poprzez nadanie następującego brzmienia wspomnianym postanowieniom:

*„Poprzez nielimitowany dostęp Zamawiający uważa zapewnienie minimum jednokrotnego wejścia do danego obiektu w każdym dniu obowiązywania umowy (zgodnie z godzinami pracy obiektu), bez ograniczeń czasowych. **Zamawiający dopuszcza ograniczenia wynikające z umów pomiędzy operatorami kart sportowych, a partnerskimi obiektami sportowymi,***

grafików, regulaminów obiektów sportowych, charakteru danej usługi, zasad bezpieczeństwa bądź stopnia zaawansowania grupy”.

Jak wynika z najlepszej wiedzy Wykonawcy, **żaden z operatorów kart sportowych funkcjonujących na rynku nie oferuje swoich produktów bez jakichkolwiek limitów czasowych i ograniczeń.**

Ograniczenia dotyczące korzystania z obiektu występują u każdego operatora funkcjonującego na rynku. Dotyczą przede wszystkim korzystania z basenu, sauny, zajęć aqua aerobiku, itp. oraz wynikają z zasad bezpieczeństwa, regulaminów, godzin otwarcia, grafików, charakteru danej usługi, stopnia zaawansowania grupy oraz umów regulujących współpracę pomiędzy Wykonawcami oraz partnerami.

Należy również zaznaczyć, że co do zasady nie każde wejście do obiektu umożliwia użytkownikowi korzystanie ze wszystkich usług oferowanych przez dany podmiot.

W przypadku części obiektów, abonament pozwala na skorzystanie jedynie z wybranej usługi bądź pakietu usług (np. basen + sauna) dziennie, bez możliwości dalszego uczestnictwa w innych zajęciach w danym obiekcie. Wynika to wprost z zasad korzystania z abonamentów Wykonawcy, które uregulowane są w umowach pomiędzy operatorem kart sportowych, a obiektami sportowo-rekreacyjnymi.

W przypadku braku zgody na powyższą propozycję, **Zamawiający może nie otrzymać żadnej oferty spełniającej wymogi określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia, czego konsekwencją będzie unieważnienie postępowania ze względu na brak złożonych ofert.**

Odpowiedź na pyt. 7:

Zamawiający informuje, że nie przychylił się do wniosku Wykonawcy, nie zmienia treści dokumentacji oraz nie dokonuje modyfikacji w powyższym zakresie.

Pytanie 8:

Niezgodne z obowiązującym stanem prawnym jest uzyskiwanie szczegółowych informacji dotyczących aktywności pracowników w programie sportowym przez pracodawcę.

Taka sytuacja może zostać uznana za nierespektowanie prawa do ochrony sfery prywatności pracownika i tym samym potraktowana jako naruszenie art. 111 Kodeksu pracy zgodnie z którym, pracodawca jest obowiązany szanować godność i inne dobra osobiste pracownika. Co istotne, do świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania nie jest niezbędne przetwarzanie przez pracodawcę danych w postaci informacji o aktywności fizycznej pracownika w danym miesiącu. Zatem przekazywanie imiennego wydruku korzystania z kart przez pracowników byłoby również niezgodne z zasadą minimalizacji danych i zasadą adekwatności wyrażoną w art. 5 RODO.

Aktualne przepisy prawa dopuszczają jedynie przekazywanie danych statystycznych, zagregowanych lub zanonimizowanych – nieujawniających tożsamości poszczególnych Pracowników.

Mając na uwadze powyższe, zwracamy się prośbą z o usunięcie z uwag końcowych Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz § 3 ust. 1 Wzoru Umowy, fragmentu obejmującego wymóg przekazywania na żądanie Zamawiającego wydruków korzystania z kart przez osoby biorące udział w projekcie, bądź potwierdzenie, że Zamawiający oczekiwał będzie jedynie przesyłania statystycznych, zagregowanych lub zanonimizowanych danych dotyczących wykorzystania kart sportowych przez użytkowników.

Odpowiedź na pyt. 8:

Zamawiający informuje, że udzielił już wcześniej odpowiedzi w tym zakresie w ramach pytania 2 powyżej.

Pytanie 9:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o modyfikację § 9 ust. 1 lit. a poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„a) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z **winy** Wykonawcy. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy, wskazanej w § 8 ust. 1,„*

Omawiana kara umowna powinna być naliczana Wykonawcy jedynie z przyczyn **zawinionych** przez niego tzn. takich, które były od niego zależne.

Odpowiedź na pyt. 9:

Zamawiający informuje, że nie przychylił się do wniosku Wykonawcy, nie zmienia treści dokumentacji oraz nie dokonuje modyfikacji w powyższym zakresie.

Pytanie 10:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o modyfikację § 5 ust. 3 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„W przypadku wprowadzenia ograniczeń w dostępie do wszystkich obiektów objętych umową, wynikających z wprowadzonego stanu epidemicznego, Wykonawca zobowiązuje się do zawieszenia, na wniosek Zamawiającego, **kart, które będzie równoznaczne z zawieszeniem wykonywania umowy**. Okres wydłużenia umowy będzie tożsamy z czasem trwania ogłoszonych restrykcji, bez ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów. W takim przypadku, Strony ustalają nowy termin wykonania przedmiotu umowy w formie aneksu. **Zamawiający zapłaci wtedy wynagrodzenie tylko za rzeczywisty okres, w którym Karty były aktywne i umożliwiły korzystanie z obiektów sportowo-rekreacyjnych.**„*

§ 6 ust. 2 Wzoru Umowy do którego odnosi się Zamawiający w aktualnym brzmieniu § 5 ust. 3 Wzoru Umowy jest nieadekwatny do sytuacji zawieszenia umowy. Zawieszenie wykonywania umowy oraz następujące po nim ustalenie nowego terminu wykonania umowy nie musi wiązać się z odstąpieniem od umowy, o którym mowa w § 6 ust. 2 Wzoru Umowy. Również sporządzenie protokołu z udokumentowanymi i niezbędnymi kosztami poniesionymi przez Wykonawcę wydają się być bezzasadne takiej sytuacji, gdyż wynagrodzenie winno być naliczone w oparciu o rzeczywisty okres, w którym karty były aktywne i umożliwiły korzystanie z obiektów sportowo-rekreacyjnych.

Odpowiedź na pyt. 10:

Zamawiający informuje, że nie przychylił się do wniosku Wykonawcy, nie zmienia treści dokumentacji oraz nie dokonuje modyfikacji w powyższym zakresie.

Pytanie 11:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o modyfikację § 6 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„1) zmniejszenia się liczby oferowanych przez Wykonawcę obiektów, o 20% w stosunku do minimum określonego w § 2 ust. 1 umowy;”

Mając na uwadze, że współpracujące z Wykonawcą obiekty sportowo-rekreacyjne są niezależnymi od niego podmiotami gospodarczymi, Wykonawca nie wpływa na ewentualne decyzje właścicieli obiektów o zakończeniu współpracy bądź działalności przez dany obiekt. Tym bardziej obecnie, z uwagi na wprowadzane obostrzenia i ograniczenia wynikające z trwającej epidemii, Wykonawca nie jest również w stanie oświadczyć i zapewnić, że każdy zaprezentowanych przez niego obiektów będzie funkcjonował przez cały czas trwania umowy.

Co więcej, należy również zaznaczyć, iż obecna sytuacja epidemiczna może spowodować, że część obiektów sportowych, w wyniku trwającej epidemii oraz ograniczeń z nią związanych, zakończy swoją działalność z przyczyn ekonomicznych.

Należy również podkreślić, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wyniku zmniejszenia liczby obiektów sportowych dostępnych na rynku, Wykonawca nie będzie w stanie zastąpić ich innymi podmiotami, nawet po zakończeniu stanu epidemii.

Tym samym słuszne będzie odniesienie prawa do odstąpienia od umowy do ogólnej liczby obiektów, którą wymagał Zamawiający, a nie do konkretnych obiektów sportowo-rekreacyjnych, który widniały w ofercie Wykonawcy.

Właściwe będzie także dopuszczenie spadku liczby obiektów, które może mieć miejsce z uwagi na sytuację epidemiczną.

Odpowiedź na pyt. 11:

Zamawiający informuje, że nie przychyła się do wniosku Wykonawcy, nie zmienia treści dokumentacji oraz nie dokonuje modyfikacji w powyższym zakresie.

Pytanie 12:

Postanowienia zawarte we Wzorze Umowy nie regulują kluczowych kwestii dotyczących przetwarzania danych osobowych Użytkowników kart.

W ramach przeprowadzonego audytu dotyczącego wdrożenia zmian w zakresie ochrony danych osobowych u Wykonawcy wynikających z RODO (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE) ustalone zostało, iż **podstawą prawną przetwarzania danych użytkowników kart przez Wykonawcę jest prawnie uzasadniony interes administratora (art. 6 ust. 1 lit. f) RODO)**, oraz że Wykonawca posiada status administratora w stosunku do danych osobowych posiadaczy kart programu.

W trakcie realizacji Umowy będącej przedmiotem niniejszego postępowania występuje również powierzenie danych osobowych, gdyż Wykonawca jako administrator zleca wykonanie operacji na danych osobowych Zamawiającemu w swoim imieniu. Powierzenie danych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego występuje między innymi podczas dystrybuowania kart jak również i w przypadku potwierdzania listy Uczestników .

W trakcie wyżej wymienionych czynności, przez Zamawiającego przetwarzany jest numer karty, czyli dana osobowa, którą Zamawiający nie dysponuje.

Przetwarzanie numeru karty jest niezbędne, aby umożliwić Zamawiającemu wydanie kart właściwym, upoważnionym osobom. Wynika to z faktu, że imię i nazwisko są danymi powtarzalnymi (w jednej instytucji/firmie możemy mieć do czynienia z osobami o takim samym imieniu i nazwisku, a w przypadku wszystkich klientów Wykonawcy, takich użytkowników może być kilkaset). Natomiast numer karty jest rekordem niepowtarzalnym/unikalnym. Wykorzystanie numeru karty w trakcie realizacji umowy, daje nam gwarancje, że karta trafi do osoby, dla której jest przeznaczona, a w przypadku procesu reklamacyjnego (w postaci komunikacji, wymiany danych pomiędzy opiekunem programu ze strony Zamawiającego i Wykonawcy) daje pewność, że mowa jest o tym samym użytkowniku.

Reasumując, Wykonawca przetwarza dane osobowe Uczestników i Użytkowników na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f) RODO, a w celu należytej realizacji umowy musi wystąpić powierzenie danych osobowych na rzecz Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, zwracamy się z uprzejmą prośbą o dodanie paragrafu dotyczącego ochrony danych osobowych posiadaczy kart, zgodnie z poniższym brzmieniem:

„§

1. *Administratorem danych osobowych w rozumieniu RODO jest:*
 - 1) *Wykonawca – w odniesieniu do danych osobowych wszystkich Użytkowników po zebraniu oświadczeń w przedmiocie przetwarzania danych osobowych w zakresie i na zasadach opisanych w niniejszej Umowie;*
 - 2) *Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych Użytkowników, do których zwraca się z informacją o możliwości objęcia programem sportowo-rekreacyjnym. Po odebraniu od tych osób oświadczeń w przedmiocie przetwarzania danych osobowych Zamawiający będzie przetwarzał ich dane osobowe w wyniku powierzenia przez Wykonawcę na zasadach i w zakresie określonym w niniejszej Umowie.*
2. *Każdy z administratorów danych wskazanych w ust. 1 powyżej odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.*
3. *Wykonawca przetwarza dane osobowe Użytkowników w zakresie niezbędnym do realizacji Umowy, na podstawie oświadczeń Użytkowników w przedmiocie przetwarzania danych osobowych złożonych przed zgłoszeniem swojego udziału w programie sportowo-rekreacyjnym na formularzu papierowym według wzorów dostarczonych przez Wykonawcę.*
4. *Zamawiający zbiera w imieniu i na rzecz Wykonawcy oświadczenia Użytkowników w przedmiocie przetwarzania danych osobowych w wersji papierowej. Zamawiający zobowiązuje się do:*
 - 1) *archiwizacji przedmiotowych oświadczeń Użytkowników w imieniu Wykonawcy przy zastosowaniu wymaganych przepisami prawa zasad bezpieczeństwa danych;*
 - 2) *udostępnienia Wykonawcy oryginałów przedmiotowych oświadczeń Użytkowników w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy zgłoszonego na piśmie lub za pośrednictwem poczty elektronicznej;*
 - 3) *w zależności od decyzji Wykonawcy, do usunięcia albo przekazania Wykonawcy przedmiotowych oświadczeń Użytkowników w terminie 14 dni od rozwiązania Umowy.*
5. *Na podstawie art. 28 RODO, Wykonawca powierza Zamawiającemu do przetwarzania dane osobowe Użytkowników wyłącznie w celu i zakresie niezbędnym do wykonania Umowy, a w szczególności w celu zebrania oświadczeń na formularzach, o których mowa w ust. 3 oraz*

dystrybucji kart. Powierzenie przetwarzania danych osobowych odbywać się będzie na podstawie umowy powierzenia przetwarzania, której treść zostanie uzgodniona przed zawarciem umowy o świadczenie usług. Umowa określi przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa Stron

- 6. Wykonawca będzie przetwarzać dane osobowe Użytkowników dla celów podatkowych i rachunkowych w zakresie i przez czas zgodny z obowiązującymi przepisami, a także po zakończeniu świadczenia usług w zakresie i przez czas niezbędny do rozliczenia Umowy.*
- 7. Po zaprzestaniu korzystania z programu sportowo-rekreacyjnego przez Użytkowników, Wykonawca może przechowywać dane osobowe Użytkowników w zakresie niezbędnym dla dochodzenia roszczeń przez okres przedawnienia roszczeń wynikających z niniejszej Umowy.*
- 8. Odmowa złożenia przez Użytkownika oświadczenia, o którym mowa w ust. 3 powyżej w celu realizacji Umowy lub żądanie zaprzestania przetwarzania danych osobowych, skutkują jednoczesnym zakończeniem na koniec bieżącego okresu rozliczeniowego udziału w programie sportowo-rekreacyjnym tego Użytkownika.*
- 9. Dane osobowe reprezentantów Strony oraz osób wskazanych do kontaktu, zawarte w niniejszej Umowie, będą przetwarzane przez drugą Stronę jako administratora danych osobowych wyłącznie w celu koordynowania i realizacji ustaleń wynikających z niniejszej Umowy oraz w celu realizacji uprawnień i obowiązków wynikających z przepisów prawa, chyba, że podstawą prawną będzie udzielona zgoda na przetwarzanie danych osobowych dla innych celów, w szczególności związanych z marketingiem produktów lub usług Strony. Każda ze Stron zobowiązuje się we własnym zakresie wykonać obowiązek informacyjny w powyższym zakresie zgodnie z RODO.*

Kwestie nieuregulowane w niniejszym paragrafie zostaną doprecyzowane przez Strony na piśmie pod rygorem nieważności."

Odpowiedź na pyt. 12:

Zamawiający informuje, że udzielił już wcześniej odpowiedzi w tym zakresie w ramach pytania 4 powyżej.

Pytanie 13:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o zmniejszenie wymaganej minimalnej liczby obiektów na terenie miasta Kielce oraz powiatu kieleckiego do: 25 obiektów, a w tym 4 basenów, 8 siłowni, 3 saun, 8 punktów świadczących zajęcia typu fitness.

Wymagania Zamawiającego odnoszące się do minimalnej liczby obiektów, którymi winien dysponować są niezwykle wysokie. Mając na uwadze, aktualną sytuację epidemiczną, która może wpłynąć na funkcjonowanie oraz położenie ekonomiczne współpracujących z Wykonawcą obiektów sportowo-rekreacyjnych, utrzymanie tak wygórowanych liczb udostępnianych punktów w trakcie obowiązywania umowy, może okazać się niemożliwe, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

Odpowiedź na pyt. 13:

Zamawiający informuje, że udzielił już wcześniej odpowiedzi w tym zakresie w ramach pytania 5 powyżej.

**Wicestarosta
Tomasz Pleban**