

Kielce, dnia 21.09.2021r.

SR-II.272.2.282.2021

Wszyscy uczestnicy postępowania

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie Różnicowania 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 Kielcecki – Starostwo Powiatowe w Kielcach, działając na podstawie § 10 ust. 4 Regulaminu udzielania zamówień publicznych w Starostwie Powiatowym w Kielcach z dnia 20 stycznia 2021r. w związku z art. 284 ust. 6 ustawy z 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 z późn. zm.), przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1:

1) Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację zapisu par. 1 pkt. 1 ppkt. 1 projektu umowy, poprzez wskazanie, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku utraty przez Wykonawcę takiej ilości obiektów, iż nie zapewni on minimalnej ich liczby wskazanej w par. 2 ust. 1 projektu umowy?

Aktualne brzmienie zapisu sugeruje, że w sytuacji utraty jakiegokolwiek obiektu Wykonawcy, Zamawiający może odstąpić od umowy. Wobec faktu, że Wykonawca stale nawiązuje i rozwiązuje umowy współpracy z poszczególnymi obiektami, zgodnie w ww. interpretację Zamawiający w każdym czasie mógłby odstąpić od umowy. Zapis powinien więc zostać zmodyfikowany, tak aby możliwość odstąpienia była ograniczona do sytuacji w której Wykonawca nie zapewnia minimalnej liczby obiektów określonej w umowie.

Odpowiedź na pyt. 1:

Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy i zgadza się na modyfikację zapisu w tym zakresie w rozdz. III ust. 1 Załącznika nr 1 do Zapytania ofertowego – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w § 6 ust. 1 pkt 1) Załącznika nr 6 do Zapytania ofertowego – Wzór umowy, które zostały zamieszczone na stronie Zamawiającego w pliku, dotyczącym przedmiotowego postępowania.

Pytanie 2:

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

- *uprawnających Wykonawcę do przetwarzania danych osobowych użytkowników na podstawie wyrażonej uprzednio zgody osób których dane te dotyczą,*
- *uprawnających 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 ciężących 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. 2:

Zamawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy i zgadza się na modyfikację zapisów w tym zakresie w § 11 Załącznika nr 6 do Zapytania ofertowego – Wzór umowy, który został zamieszczony na stronie Zamawiającego w pliku, dotyczącym przedmiotowego postępowania.



WICESTAROSTA
Tomasz Pleban