

Uczestnicy Postępowania

dotyczy: **TP 17/24 Świadczenie usług na rzecz Zamawiającego, polegających na zapewnieniu Użytkownikom dostępu do obiektów i zajęć sportowo-rekreacyjnych w ramach abonamentu**

I. Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (TJ Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; zwana dalej: PZP), Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie nr 1

Prosimy o potwierdzenie, iż z uwagi na bezpieczeństwo i ochronę prywatności użytkowników abonamentów, a także z uwagi na minimalizację zakresu przetwarzanych danych osobowych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie dopuszcza by Wykonawca wymagał pobierania od Zamawiającego ani bezpośrednio od Użytkowników takich danych jak numer PESEL.

Zgodnie z zasadą minimalizacji danych wyrażoną w art. 5 RODO dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane. Zbieranie danych osobowych zawsze musi mieć uzasadnienie dla celu w jakim są zbierane oraz być niezbędne dla jego realizacji.

W ocenie Benefit Systems pozyskiwanie numeru PESEL od użytkowników abonamentów sportowych przeczy zasadzie minimalizacji danych. Tak więc numer PESEL użytkowników tych produktów jest daną nadmiarową z perspektywy Benefit Systems jako dostawcy abonamentów sportowych.

Odpowiedź:

Potwierdzam, nie dopuszczamy

Pytanie nr 2

Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawcy zobowiązani są podać w ofercie liczbę obiektów, z którymi na dzień składania ofert mają podpisane umowy współpracy.

Informujemy, że liczba placówek akceptujących karnety limitowane i Nielimitowane jest różna. W związku z tym, że Wykonawcy mogą wskazać jedną wartość w miejscu dotyczącym ilości placówek prosimy o potwierdzenie, że Wykonawcy powinni wskazywać tam ilość wszystkich placówek spełniających wymagania Zamawiającego, z którymi na dzień składania ofert posiadają podpisane umowy współpracy.

Odpowiedź:

Potwierdzamy, że Wykonawcy zobowiązani są podać w ofercie liczbę obiektów, z którymi na dzień składania ofert mają podpisane umowy współpracy.

Pytanie nr 3

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 identyfikacji/weryfikacji poprzez okazanie imiennego karnetu?

Odpowiedź:

Tak, mamy spory odsetek starszych pracowników korzystających, nie każdy, chce i może korzystać z aplikacji, zatem standardowy karnet w takiej sytuacji byłby wskazany

Pytanie nr 4

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę postanowień § 5 ust. 1-11 Projektu Umowy dotyczących ochrony danych osobowych, 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 przez Wykonawcę, jako administratora danych osobowych na rzecz Zamawiającego, której treść zostanie wypracowana w trybie roboczym pomiędzy Stronami po podpisaniu Umowy?

W nawiązaniu do przepisów RODO należy stwierdzić, iż na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do obiektów sportowo-rekreacyjnych, **administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest wyłącznie Wykonawca**. Podstawą prawną przetwarzania danych jest **zgoda użytkownika** - art. 6 pkt. 1 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**. 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 przewidują model udostępnienia danych osobowych pomiędzy dwoma Administratorami, co w świetle powyższych wyjaśnień wydaje się być modelem nieprawidłowym, mogącym narazić Strony na odpowiedzialność przed organem nadzoru za przetwarzanie danych w sposób nieuprawniony. Istotne jest, aby już na tym etapie składania oferty określić prawidłowy model przetwarzania danych osobowych, żeby uniknąć ewentualnych nieporozumień na etapie podpisywania umowy.

Poniżej propozycja zapisów umowy:

Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze roboczej na piśmie pod rygorem nieważności, w szczególności Strony doprecyzują kwestie dotyczące przetwarzania danych osobowych Użytkowników, w tym zawrą umowę powierzenia przez Wykonawcę Zamawiającemu czynności przetwarzania danych osobowych użytkowników.

Odpowiedź:

Zapisy umowy głównej wskazują, że proces zbierania danych na potrzeby korzystania przez pracowników z benefitów przebiegnie w sposób nieangażujący dla Zamawiającego. Zamawiający (pracodawca) zobowiązuje się przekazać stosowną informację o usłudze Pracownikom, ale nie będzie zbierał papierowych formularzy zgody, prowadził zapisów/wypisów itd., wobec tego zaproponowany model Administrator-Administrator jest modelem prawidłowym do tej relacji.

W sytuacji, zaprojektowania przez dostawcę usługi ścieżki zbierania danych za pośrednictwem pracodawcy (Zamawiającego) i określenia sposób zbierania danych, Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania umowy powierzenia przetwarzania danych, w której będzie występował w roli Podmiotu Przetwarzającego

Dostawca usług (Wykonawca) decyduje o tym, że będzie gromadzić i dalej przetwarzać dane osobowe użytkowników kart, w tym pracowników zatrudnionych u danego pracodawcy oraz wskazanych przez nich osób towarzyszących, określa więc zakres przetwarzanych danych i sposób ich przetwarzania, jest on Administratorem danych osobowych. Pracodawca nie może powierzać do przetwarzania danych osobowych, co do których nie jest Administratorem, to znaczy danych osobowych osób towarzyszących lub niektórych z tych osób.

Umowa powierzenia, w której Zamawiający (Pracodawca) powierza dane pracowników Wykonawcy do przetwarzania, w tym przypadku nie ma zastosowania.

Zamawiający w umowie wskazał podstawy do przetwarzania danych w procesie zapewniania benefitów sportowych:

1) § 6 ust. 1 lit. 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), – dobrowolnej zgody osoby, której dane dotyczą, w celu uzyskania dostępu do wsparcia w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych,

2) § 6 ust. 1 lit b 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), w celu przygotowania/wykonania postanowień stosownej umowy na świadczenie usług w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych,

3) § 6 ust. 1 lit. c 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), w celu wypełnienia przez Administratora obowiązku prawnego wynikającego z ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych.

Zamawiający wyraża zgodę na dodanie zapisu do umowy głównej w poniższym brzmieniu:

Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze roboczej, na piśmie, pod rygorem nieważności. Strony doprecyzują kwestie dotyczące przetwarzania danych osobowych Użytkowników, w tym zawrą umowę powierzenia, w której Wykonawca powierzy Zamawiającemu do przetwarzania dane osobowe Użytkowników w celu realizacji określonych czynności, jeśli model świadczenia usługi przewiduje zaangażowanie Zamawiającego w roli Podmiotu Przetwarzającego (Procesora). Patrz zmiany do zał. nr 5 – Projekt umowy.

Pytanie nr 5

5) Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 6 ust. 2 pkt 1) Umowy, poprzez wskazanie, iż Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w trybie natychmiastowym z tytułu zajęcia majątku Wykonawcy przez uprawniony organ w celu zabezpieczenia lub egzekucji, jakiegokolwiek rozporządzenia majątkiem przez Wykonawcę, ale dopiero kiedy wartość przedmiotowego zajęcia lub rozporządzonego majątku, jest na tyle znaczna, że może mieć wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy?

Aktualne zapisy umożliwiają odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego, w sytuacji kiedy dojdzie do zajęcia majątku Wykonawcy nawet w minimalnej kwocie, nie mającej żadnego znaczenia dla przedmiotu Umowy oraz w sytuacji kiedy takie zajęcie jest bezpodstawne lub nastąpiło w wyniku błędu organu. Powodem odstąpienia może być również rozporządzenie przez Wykonawcę swoim majątkiem, który może utrudnić lub uniemożliwić potencjalnemu wierzycielowi zaspokojenie. Obie te przesłanki powinny być brane pod uwagę, jeżeli wartość zajęcia lub zbytego majątku jest na tyle duża, że może mieć wpływ na prawidłowe wykonanie Umowy. Bezasadnym jest wskazywanie na możliwość

odstąpienia od umowy za zajęcie majątku Wykonawcy np. w kwocie 1.000 zł, a obecne zapisy Umowy to umożliwiają.

Odpowiedź:

Tak zamawiający dopuszcza możliwość zmiany treści postanowienia. Patrz zmiany do zał. nr 5 – Projekt umowy.

Pytanie nr 6

6) *Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowień § 7 ust. 12 Umowy, dotyczącego kar umownych nakładanych na Wykonawcę przez Zamawiającego w ten sposób, żeby Zamawiający miał możliwość nałożenia na Wykonawcę wskazanych w przedmiotowym postanowieniu kar umownych, ale dopiero po bezskutecznym upływie minimalnego 7 - dniowego terminu wyznaczonego Wykonawcy na piśmie, do naprawy stwierdzonych naruszeń?*

Aktualne zapisy co prawda wskazują na możliwość nałożenia na Wykonawcę kar umownych dopiero po uprzednim wezwaniu Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub naprawy naruszenia, ale nie wskazują minimalnego terminu do wykonania tego zobowiązania. Tym samym Zamawiający może wyznaczyć np. bardzo krótki 24-godzinny termin, który nie będzie możliwy do spełnienia przez Wykonawcę, co da Zamawiającemu podstawę do odstąpienia od Umowy i naliczenia kar umownych. 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 z minimalnym 7-dniowym terminem na złożenie wyjaśnień lub naprawę naruszenia, pod rygorem naliczenia kary umownej powinno być podstawowym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień.

Odpowiedź:

Tak zamawiający dopuszcza możliwość zmiany treści postanowienia. Patrz zmiany do zał. nr 5 – Projekt umowy.

Pytanie nr 7

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę postanowienia § 8 ust. 8 pkt 1) Umowy w ten sposób, iż wynagrodzenie, podlegać będzie waloryzacji tylko w przypadku, gdy nastąpi zmiana poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia wynoszącej co najmniej 4% w stosunku do cen pierwotnych, a nie 5% jak wskazano w postanowieniu? Z uwagi na sytuację gospodarczą panującą w kraju oraz sukcesywnie obniżającą się inflację, propozycja zmiany stawek wynagrodzenia w oparciu o minimalny wskaźnik wynoszący 5% w stosunku do cen pierwotnych, kiedy była składana oferta wydaje się wysoka i niewspółmierna do stawek i realiów rynkowych. Obecnie wysokość inflacji rok do roku wynosi około 3,9 punktu procentowego (styczeń 2024). Tym samym może okazać się w przeciągu całego okresu obowiązywania umowy – 18 miesięcy, ten wskaźnik nigdy nie zostanie osiągnięty.

Odpowiedź:

Tak zamawiający dopuszcza możliwość zmiany treści postanowienia. Patrz zmiany do zał. nr 5 – Projekt umowy.

Pytanie nr 8

8) *Czy Zamawiający zgadza się na zmianę postanowienia § 8 ust. 8 pkt 2) Umowy w ten sposób, iż maksymalne podwyższenie lub obniżenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy w ramach postanowień przedmiotowego punktu wyniesie 8% zamiast wskazanych 5%? Z uwagi na sytuację gospodarczą panującą w kraju i mimo wszystko utrzymującą się*

inflację oraz ryzyko związane z wojną na Ukrainie, propozycja maksymalnej zmiany stawek wynagrodzenia na poziomie 5% w okresie 18 miesięcy obowiązywania Umowy wydaje się rażąco niska i niewspółmierna do stawek i realiów rynkowych. Zmiana na poziomie do 8% w tym okresie bardziej odpowiada realiom panującym na rynkach, choć i tak jest dużo niższa niż poziom inflacji oraz wzrost cen jakie wprowadzają partnerzy np. pływalnie w związku ze wzrostem kosztów ogrzewania.

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany treści postanowienia. Patrz zmiany do zał. nr 5 – Projekt umowy.

II. Działając na podstawie art. 286 ustawy PZP, w związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający informuje o zmianach w zapisach:

Dotyczy: Projekt Umowy – załącznik nr 5:

1) w: § 5 OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH po ust 14 dodano ust.15 o treści:

„15. Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze roboczej, na piśmie, pod rygorem nieważności. Strony doprecyzują kwestie dotyczące przetwarzania danych osobowych Użytkowników, w tym zawrą umowę powierzenia, w której Wykonawca powierzy Zamawiającemu do przetwarzania dane osobowe Użytkowników w celu realizacji określonych czynności, jeśli model świadczenia usługi przewiduje zaangażowanie Zamawiającego w roli Podmiotu Przetwarzającego (Procesora).”

2) w: § 6 Odstąpienie od umowy w ust. 2 pkt 1 dodano o treści:

2. Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności:

- 1) zajęcia majątku Wykonawcy przez uprawniony organ w celu zabezpieczenia lub egzekucji, jakiegokolwiek rozporządzenia majątkiem przez Wykonawcę, które może utrudnić lub uniemożliwić ewentualne zaspokojenie wierzyciela, w *przypadku kiedy wartość przedmiotowego zajęcia lub rozporządzonego majątku, jest na tyle znaczna, że może mieć wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy*

- reszta zapisów pozostaje bez zmian

3) § 7 KARY UMOWNE w ust. 12 dodano zapis o treści:

12. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych, o których mowa w ust. 1-5 po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub naprawy stwierdzonych naruszeń w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, *po bezskutecznym upływie minimalnego 7 - dniowego terminu wyznaczonego Wykonawcy na piśmie, do naprawy stwierdzonych naruszeń?*

4) § 8 ZMIANY UMOWY – ust. 8 otrzymuje brzmienie:

8. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 7:

- 1) Strona uprawniona jest do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku, w którym

- udokumentowana przez Stronę zmiana cen materiałów lub kosztów (w rozumieniu art. 439 ust. 4 p.z.p.) związanych z realizacją przedmiotu umowy przekroczy 4% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, przy czym Strona przedłoży dokumenty potwierdzające zmianę ceny materiałów lub kosztów oraz kalkulację wpływu tej zmiany na koszt wykonania przedmiotu umowy w formie analizy porównawczej cen materiałów lub kosztów.
- 2) Zmiana wynagrodzenia nastąpi o wartość zmiany średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok poprzedni, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” (dalej: Wskaźnik), zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, jednak nie więcej jak o 8% w całym okresie trwania umowy względem wynagrodzenia wskazanego w § 3 ust. 1 umowy.
 - 3) Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 12 miesiącach realizacji umowy i będzie uwzględniać ostatni ogłoszony przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego Wskaźnik, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 3 ustawy Pzp. Każda kolejna waloryzacja może następować po upływie 12 miesięcy od poprzedniej z zachowaniem procedury opisanej w niniejszym ustępie.
 - 4) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym ustępem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są usługi, okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

- pozostałe zapisy bez zmian.

W załączeniu:

TP 17_24_Prosjekt Umowy - zał. nr 5 — po zmianach z dn. 13.03.24r.

Opracowała: Agnieszka Bolewska