

Pismo: ZP/1889/U/19

Poznań dnia: 2019-07-26

ODPOWIEDŹ
na pytania dotyczące treści ogłoszenia

Szanowni Państwo,

Uprzejmie informujemy, iż do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie treści ogłoszenia w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na: **zapewnienie dostępu do usług sportowo-rekreacyjnych w obiektach Wykonawcy oraz podmiotów z nim współpracujących dla pracowników, emerytów i rencistów, osób przebywających na świadczeniach rehabilitacyjnych oraz ich dzieci**. Treść wspomnianej prośby jest następująca:

Pyt. 6:

Czy Zamawiający dopuszcza konieczność posiadania przez Użytkowników telefonów komórkowych w celu wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia?

Informacja dla Zamawiającego: (...) konieczność posiadania telefonów (szczególnie prywatnych) przez Użytkowników może być utrudnieniem dla wybranych Użytkowników (tj. np. nieposiadających telefonów komórkowych lub osób starszych czy dzieci).

Odpowiedź: Zamawiający zakłada, że wszyscy pracownicy, emeryci i renciści, osoby przebywające na świadczeniach rehabilitacyjnych, którzy skorzystają z usług sportowo-rekreacyjnych posiadają telefon komórkowy.

Pyt. 7:

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

Odpowiedź: Zamawiający zakłada, że wszyscy pracownicy, emeryci i renciści, osoby przebywające na świadczeniach rehabilitacyjnych, a także osoby towarzyszące, którzy skorzystają z usług sportowo-rekreacyjnych posiadają telefon komórkowy umożliwiający odbieranie wiadomości SMS. Do programu usług sportowo-rekreacyjnych osoby uprawnione przystępują dobrowolnie na zasadach i warunkach przedstawionych przez Zamawiającego.

Pyt. 8:

Czy Zamawiający wymaga aby Wykonawca dostarczył Zamawiającemu wszelkie narzędzia służące do bezpośredniej weryfikacji Użytkowników w obiektach?

Informacja dla Zamawiającego:

Powyższe pytanie wynika z faktu, iż nasza firma (przy ewentualnej współpracy z Zamawiającym) bezpłatnie dostarczy imienne karty Zamawiającemu służące do weryfikacji Użytkowników w obiekcie i dające możliwość skorzystania z usługi w danym obiekcie.

Uważamy, że jeżeli Zamawiający wymaga dostarczenia kart, to powinien również analogicznie żądać bezpłatnego dostarczenia telefonów komórkowych (wraz z ważną kartą SIM) od firm, które stosują system telefoniczno-biometryczny przy weryfikacji Użytkowników w obiektach. Przemawia za tym nadrzędna zasada w Zamówieniach Publicznych mówiąca o równym traktowaniu Wykonawców.

Jeżeli dany Wykonawca odmówi jednak dostarczenia telefonów komórkowych, to (przy badaniu ilości obiektów sportowo-rekreacyjnych), Zamawiający powinien wziąć pod uwagę w ofercie takiej firmy tylko obiekty gdzie są zainstalowane czytniki biometryczne.

Proszę jednocześnie mieć na uwadze, że, według najlepszej wiedzy naszej firmy, firmy konkurencyjne posiadają terminale biometryczne tylko w wybranych obiektach, co sprawia, że przeważającą formą weryfikacji może być system telefoniczny.

Brak stanowiska Zamawiającego w tej kwestii może powodować, że niektórzy Pracownicy mogą zostać wykluczeni z możliwości korzystania usług sportowo-rekreacyjnych (dotyczy to przede wszystkim osób starszych oraz dzieci), co według nas działa na znaczną niekorzyść Zamawiającego i jego Pracowników.

Odpowiedź: Zamawiający nie stawia takiego wymogu. Zamawiający dopuszcza identyfikację w oparciu o karty, odcisk palca lub SMS.

Pyt. 9:

Czy dostęp do usługi i sposób identyfikacji Użytkownika w obiekcie powinien być tak skonstruowany, aby z usługi mogły korzystać tylko osoby rzeczywiście do tego uprawnione, a nie osoby trzecie?

Informacja dla Zamawiającego: (...) każdy z Wykonawców powinien zagwarantować Zamawiającemu, że z usług, których płatnikiem (choćby w części) jest Zamawiający nie powinny korzystać osoby do tego nieuprawnione. Tym samym weryfikacja Użytkownika w obiekcie zaproponowana przez Wykonawców powinna być tak skonstruowana, aby wykluczyć jakiejkolwiek możliwości tego typu nadużyć.

W ocenie Wykonawcy identyfikacja użytkownika za pomocą tylko telefonu komórkowego jest niewystarczająca i może skutkować sytuacją, w której z programu opłacanego przez Zamawiającego korzystać będą osoby nieuprawnione, nie mające z Zamawiającym nic wspólnego. Sam numer telefonu nie jest i nie może być podstawą do stwierdzenia czy dany użytkownik jest pracownikiem Zamawiającego, lub jego osobą towarzyszącą, tj. osobą uprawnioną do korzystania z programu.

Odpowiedź: Zamawiający akceptuje to ryzyko.

Pyt. 10:

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: Zamawiający zakłada, że wszyscy pracownicy, emeryci i renciści, osoby przebywające na świadczeniach rehabilitacyjnych, którzy skorzystają z usług sportowo-rekreacyjnych posiadają telefon komórkowy umożliwiający odbieranie wiadomości SMS.

Pyt. 11:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o skrócenie dostępności usługi typu parki linowe do okresu czerwiec – sierpień.

Informacja dla Zamawiającego:

Według informacji jakie posiada nasza firma, żaden z Wykonawców nie posiada w swojej ofercie w pełni bezpłatnego dostępu do tego rodzaju usług z dostępnością w okresie czerwiec – wrzesień.

Odpowiedź: Zamawiający oczekuje dostępności parku linowego w okresie od początku czerwca do końca września. Zamawiający rezygnuje z wymogu i skreśla część zapisu „...w pełnym zakresie oferowanym przez obiekt dla danych grup wiekowych” w pkt. 11 i 13 Opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział III Ogłoszenia o zamówieniu).

Pyt. 12:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o wyłączenie usługi typu parki linowe z listy usług bez dopłaty, bądź dopuszczenie częściowej dopłaty do niektórych świadczonych w obiekcie usług.

Informacja dla Zamawiającego: Według informacji jakie posiada nasza firma, żaden z Wykonawców nie posiada w swojej ofercie w pełni bezpłatnego dostępu do tego rodzaju usług z dostępnością w okresie czerwiec – wrzesień.

Odpowiedź: Zamawiający oczekuje dostępności parku linowego w okresie od początku czerwca do końca września. Zamawiający rezygnuje z wymogu i skreśla część zapisu „...w pełnym zakresie oferowanym przez obiekt dla danych grup wiekowych” w pkt. 11 i 13 Opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział III Ogłoszenia o zamówieniu).

Pyt. 13:

Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie postanowień dotyczących ochrony danych osobowych zawartych w projekcie umowy poprzez wskazanie, że: (1) Wykonawca jest administratorem danych w odniesieniu do danych osobowych wszystkich Użytkowników (po zebraniu oświadczeń w przedmiocie przetwarzania danych osobowych tych Użytkowników), oraz (2) 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 na rzecz Zamawiającego?

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu, administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest wyłącznie Wykonawca. Podstawą prawną

przetwarzania danych przez Wykonawcę jest zgoda Użytkownika - art. 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 (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 dostępu do programu sportowego. 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 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 nie należy do takich obowiązków”.

Niezależnie od powyższego, 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 we wskazanym celu jedynie w konsekwencji powierzenia mu tych danych do przetwarzania przez Wykonawcę. 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 sportowego.

Zawarcie wyżej opisanej umowy powierzenia danych jest z perspektywy Wykonawcy bardzo istotne, ponieważ jako administrator danych Uczestników ponosi odpowiedzialność za zgodne z prawem przetwarzanie tych danych osobowych. Każda inna podstawa przetwarzania danych osobowych Uczestników przez Zamawiającego wiązałaby się z ryzykiem naruszenia norm prawnych w zakresie ochrony danych osobowych oraz mogłaby skutkować nałożeniem na Stronę 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.

Obecne postanowienia projektu umowy nie gwarantują zawarcia umowy powierzenia na rzecz Zamawiającego, dlatego, aby możliwe było złożenie oferty, konieczne jest ich doprecyzowanie.

Poniżej propozycja postanowień umowy:

1. Administratorem danych osobowych w rozumieniu 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, dalej: „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 ust. 4 poniżej;
- 2) Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych Użytkowników, do których zwraca się z informacją o możliwości objęcia Programem. Po odebraniu od tych osób oświadczeń w przedmiocie przetwarzania danych osobowych na zasadach opisanych w ust. 4, Zamawiający będzie przetwarzał ich dane osobowe w wyniku powierzenia przez Wykonawcę, na zasadach i w zakresie określonym w szczególności w ust. 5.
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 według jednego z poniższych sposobów:
 - 1) na formularzu online dostępnym pod adresem www przekazanym Użytkownikom przez Wykonawcę za pośrednictwem Zamawiającego;
 - 2) na formularzu online wyświetlanym na Platformie;
 - 3) na formularzu papierowym według wzorów zawartych w Załączniku nr 3 do umowy.Sposób wyrażania oświadczeń w przedmiocie przetwarzania danych osobowych przez Użytkowników wymaga uprzedniego potwierdzenia przez osoby wskazane w § 12 umowy za pomocą poczty elektronicznej bądź pisemnie.
4. W sytuacji, gdy 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 RODO 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 zgodnie z postanowieniami pkt. 7.2 Załącznika nr 4 do Umowy – umowy powierzenia przetwarzania.
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, obsługi reklamacji i wyjaśnień prowadzonych między Wykonawcą a Zamawiającym. Powierzenie przetwarzania danych osobowych odbywa się na podstawie umowy powierzenia przetwarzania stanowiącej Załącznik nr 4 do umowy, która wiąże Wykonawcę i Zamawiającego określa przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa Wykonawcy.
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 przez Użytkownika, Wykonawca może przechowywać dane osobowe Użytkowników w zakresie niezbędnym dla dochodzenia roszczeń przez okres przedawnienia roszczeń wynikających z niniejszej umowy.

8. Żądanie zaprzestania przetwarzania danych osobowych przez pracownika UDT skutkuje jednoczesnym zakończeniem na koniec bieżącego Okresu rozliczeniowego udziału w Programie pracownika UDT, członków rodziny pracownika oraz osoby towarzyszącej. albo w wersji skróconej:

1. Przy przetwarzaniu danych osobowych, Zamawiający i Wykonawca zobowiązują się do przestrzegania przepisów RODO.

2. Zamawiający w imieniu Wykonawcy zobowiązuje się do zebrania pisemnych zgód na przetwarzanie danych osobowych przez Wykonawcę.

3. 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: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pyt. 14:

Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację postanowienia § 10 ust. 4 pkt 2) projektu umowy poprzez ograniczenie kary umownej z tytułu braku dostępu do usług do okoliczności, za które winę ponosi Wykonawca?

Obecne brzmienie § 10 ust. 4 pkt 2) projektu umowy jest w naszej ocenie zbyt szerokie. Zgodnie z obecnym brzmieniem Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w każdym przypadku, w którym brak dostępu do usług nie jest zawiniony przez Zamawiającego. W konsekwencji Wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty kary umownej zarówno w razie braku dostępu do usług z powodu okoliczności zawinionych przez Wykonawcę, jak i przez niego niezawinionych. W naszej ocenie nie ma uzasadnienia, żeby Wykonawca był zobowiązany do zapłaty kary umownej w związku z okolicznościami, na które nie ma wpływu i za które nie ponosi odpowiedzialności. W związku z powyższym proponujemy ograniczenie kary umownej z tytułu braku dostępu do usług tylko do okoliczności, za które winę ponosi Wykonawca.

Poniżej propozycja postanowień umowy: „za każdy rozpoczęty dzień braku dostępu do usług, który powstał z winy Wykonawcy – w wysokości 1/30 wynagrodzenia przypadającego na dany okres rozliczeniowy;”

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną modyfikację postanowienia § 10 ust. 4 pkt 2) projektu umowy.

Pyt. 15:

Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację postanowienia § 10 ust. 5 projektu umowy poprzez ograniczenie łącznej wysokości kar umownych do określonego procentu, np. do 50% wartości umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 umowy?

Zgodnie z obecnym brzmieniem § 10 ust. 5 projektu umowy w związku z § 10 ust. 4 Zamawiający może naliczać kary umowne w przypadkach opisanych w ust. 4 bez jakiegokolwiek górnej granicy. Jednocześnie zgodnie z § 10 ust. 5 projektu umowy kary

sumują się. Zamawiający przewiduje liczne kary oraz w znacznej wysokości. Ponadto uiszczenie kar umownych nie zwalnia Wykonawcy z realizacji umowy do końca okresu jej obowiązywania. W konsekwencji możliwa byłaby sytuacja, w której Wykonawca byłby zobowiązany do uiszczenia kar umownych (za nieistotne uchybienia, np. opóźnienia w dostarczaniu dokumentów, sumujących się przez cały okres obowiązywania umowy) w wysokości całkowitego wynagrodzenia za cały okres obowiązywania umowy (albo w kwocie zbliżonej). Taka sytuacja byłaby wysoce niekorzystna dla Wykonawcy, stąd proponujemy następujące doprecyzowanie.

Poniżej propozycja postanowień umowy:

„Kary umowne są niezależne od siebie i należą się w pełnej wysokości, nawet w przypadku, gdy w wyniku jednego zdarzenia naliczana jest więcej niż jedna kara z takim zastrzeżeniem, że łączną wysokość kar umownych nie może przekroczyć [określony % np. 50%] wartości umowy, o której mowa w § 4 ust. 2 umowy.”

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną modyfikację postanowienia § 10 ust. 5 projektu umowy.


dr Marcin Wysocki