

Wrocław, dn. 13.01.2021 r.



AKADEMIA WOJSK LĄDOWYCH
imienia generała Tadeusza Kościuszki
ul. Czajkowskiego 109, 51-147 Wrocław
tel. 261-658-222, 261-658-110; fax 261-658-425

/strona www./

**Wyjaśnienie i modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w przetargu nieograniczonym
pt.:
ŚWIADCZENIE USŁUG REKREACYJNO-SPORTOWYCH DLA
PODCHORAŻYCH AWL
NR SPRAWY WNP/1095/PN/2020**

I. Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) do Zamawiającego, zostały skierowane zapytania (*zachowano oryginalną treść pytań*) o wyjaśnienie treści SIWZ, na które Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

PYTANIE: „*W związku z obowiązującym stanem epidemii oraz wynikających z tego restrykcji dotyczących funkcjonowania obiektów sportowo-rekreacyjnych prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawcy zobowiązani są podać w ofercie liczbę obiektów, z którymi na dzień składania ofert mają podpisane umowy współpracy.*”

ODP. Zamawiający wymaga, aby w okresie trwania umowy Wykonawca zapewnił nielimitowany dostęp do minimum 3000 placówek rekreacyjno-sportowych na terenie Polski oraz minimum po 100 placówek na terenie Wrocławia oraz Łodzi. Dodatkowo Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest przesłać Zamawiającemu wykaz placówek, o których mowa powyżej.

PYTANIE: „*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 sensorytywnych takich jak np. minucje odcisków palca?*”

„*Czy jeżeli pracownik Zamawiającego nie wyrazi zgody na korzystanie z telefonu komórkowego w celu podstawowej metody weryfikacji karnetu w obiekcie sportowo – rekreacyjnym to wykonawca ma obowiązek zaproponować inną formę weryfikacji w obiekcie, jak np. imienna karta potwierdzana dokumentem tożsamości?*”

ODP. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami treści umowy wejście do obiektów rekreacyjno-sportowych w celu skorzystania z zajęć przez użytkowników Zamawiającego nastąpi po okazaniu indywidualnego konta w aplikacji mobilnej, karty lub poprzez okazanie SMS uzyskanego od Wykonawcy. Dopuszcza się zastosowania dodatkowej identyfikacji w obiekcie świadczącym usługę rekreacyjno-sportową,

wynikającym ze stosowanych przez dany obiekt rozwiązań technicznych, jednakże nie mogą one generować dodatkowego kosztu dla użytkowników Zamawiającego.

Wykluczenie ze świadczenia przedmiotu zamówienia podchorążych nie posiadających komórkowych aparatów telefonicznych, bądź nie wyrażających zgody na przetwarzanie danych osobowych szczególnej kategorii w tym danych biometrycznych stanowi naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa i może narazić Wykonawcę i Zamawiającego na odpowiedzialność karno-odszkodowawczą. Wejście do obiektów sportowo rekreacyjnych w celu skorzystania z usług przez podchorążych AWL może następować przy wykorzystaniu aplikacji mobilnej, karty lub weryfikacji SMS po spełnieniu warunku art. 6 ust. 1 lit a RODO zgody na przetwarzaniu danych osobowych zwykłej kategorii, na podstawie powierzonych danych w trybie art. 28 RODO Podmiotowi przetwarzającemu lub po zastosowaniu dodatkowej identyfikacji w obiekcie sportowym. Jeżeli Wykonawca chce zastosować inne rozwiązania techniczne wykorzystując dane biometryczne (minucje odcisków palca) przetwarza te dane zachowując zgodność przetwarzania danych na podstawie wyraźnej zgody (stosownie - pisemnej) uzyskanej od osoby - art. 9 ust. 2 lit. a RODO przez Wykonawcę.

PYTANIE: „Czy Zamawiający zgadza się na usunięcie z Umowy obowiązku Wykonawcy udostępniania Zamawiającemu bezpłatnych raportów informujących o sposobie i zakresie korzystania z usługi przez poszczególnych użytkowników, na żądanie Zamawiającego, określonego w § 3 ust. 2 pkt g) tiret pierwszy?

W ocenie Wykonawcy, przekazanie raportów, o których jest mowa w pytaniu powyżej stanowi naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa i może narazić Wykonawcę na odpowiedzialność karno-odszkodowawczą, zarówno w stosunku do użytkowników, o których informacje zostałyby przekazane do zamawiającego, jak i w stosunku do PUODO, który może nałożyć na Wykonawcę kary określone w RODO. Zdaniem Wykonawcy, a także w ocenie organu nadzorczego (bazując na dotychczasowym orzecznictwie GODO oraz PUODO) przekazywanie informacji o sposobie i zakresie korzystania z kart do Zamawiającego jest niedopuszczalne. Regulator w swoim dotychczasowym orzecznictwie (decyzja Prezesa GODO z dnia 11 września 2015 GODO o sygnaturze DIS/DEC-749/15/83430) wskazał, iż klienci usług benefitów sportowych nie posiadają podstawy prawnej do uzyskania informacji na temat korzystania z karty przez użytkowników, co w perspektywie może być odebrane jako ograniczenie swobody osoby, której dane dotyczą. Taką podstawą prawną mogłaby być zgoda użytkownika, ale tylko i wyłącznie pod warunkiem, że jest ona dobrowolna, a użytkownik miał prawo i możliwość odmówić jej udzielenia (co z natury przeczy stosunkowi pracy albo stosunkowi nadrzędności jednostki nad funkcjonariuszem, gdzie pracodawcy/jednostka często wymuszają zgody, warunkując jej udzielenie od możliwości przystąpienia do programu, co jest sprzeczne z prawem). Powołując się na przepisy RODO należy przestrzegać zasady adekwatności przetwarzanych danych do zamierzonego celu. Zamawiający nie powinien uzyskiwać danych nadmiarowych w stosunku do zamierzonego celu przetwarzania (art. 5 ust. 1 pkt c) RODO). Wejście w posiadanie takich danych przez Zamawiającego oznacza przetwarzanie danych nadmiarowych. Przetwarzanie nadmiarowych danych może również stanowić ingerencję w prawo do prywatności użytkownika.

Idąc dalej, nawet zawarcie takiego postanowienia w Umowie nie stanowi, iż Wykonawca będzie zobowiązany do jego wykonania, ponieważ postanowienie takie jako sprzeczne z prawem, nie może być podstawą do działania ze strony Wykonawcy wbrew prawu. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 września 1998 r., sygn. akt I CKN 815/97, interpretacja postanowień umowy powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad i zwyczajów współpracy – zarówno pomiędzy tymi stronami, jak i w układach z innymi osobami. Nie jest jednak dopuszczalne wykonanie z umowy obowiązku, który nie byłby zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Nawet jeśli strony przewidywałyby taki obowiązek, to obejmująca go część umowy pozostawałaby nieważna zgodnie z art. 58 k.c.:

§ 1 Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2 Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3 Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba, że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Dotyczyłoby to w szczególności sytuacji, w której przekazanie danych osobowych Użytkowników miałyby następować bez podstawy prawnej lub godziło w prawo do prywatności Użytkownika. Uregulowanie kwestii udostępnienia danych w umowie, której stroną nie jest Użytkownik i która nie jest zawierana na jego żądanie - nie może prowadzić do powstania podstawy prawnej dla udostępnienia danych osobowych Użytkownika. W przeciwnym wypadku strony każdej umowy mogłyby w niekontrolowany sposób przekazywać sobie posiadane dane osobowe osób trzecich z pominięciem przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. W omawianej sytuacji nie bez znaczenia pozostaje fakt iż, zgoda na przetwarzanie danych osobowych użytkowników przez Wykonawcę w celach związanych z obsługą usług sportowo-rekreacyjnych nie obejmuje zgody na przekazywanie Zamawiającemu szczegółowych informacji o sposobie korzystania z niej przez konkretnego użytkownika.”

ODP. Zamawiający usuwa zapis w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - pkt 15 ppkt a) oraz w istotnych postanowieniach treści umowy § 3 ust 2 pkt g) tiret pierwszy dotyczący obowiązku Wykonawcy udostępnienia Zamawiającemu bezpłatnych raportów informujących o sposobie i zakresie korzystania z usługi przez Użytkownika Zamawiającego. Zmodyfikowany szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz istotne postanowienia treści umowy Zamawiający dołącza do wyjaśnień oraz do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to stanowią jej integralną część.

PYTANIE: „Czy Zamawiający zgadza się na wykreślenie uprawnienia Zamawiającego do czasowego zawieszenia realizacji usługi, w każdej chwili i bez podania przyczyny, określonego w § 3 ust. 4 Umowy? Z treści wskazanego powyżej postanowienia wynika, iż Zamawiający ma jednostronne i niczym nie uwarunkowane prawo do zawieszenia wykonywania usługi w dowolnym momencie, na dowolny okres czasu i bez wskazania przyczyn takiego zawieszenia. Taka klauzula jest klauzulą skrajnie niekorzystną dla Wykonawcy i stawia Zamawiającego w pozycji nad wyraz uprzywilejowanej. Zawarcie umowy czasowej na świadczenia okresowe – abonamentowe, jakimi są usługi dostępu do świadczeń sportowo-rekreacyjnych zakładają pewną ciągłość świadczenia tychże usług. Na podstawie takiej umowy i okresu jej zawarcia oraz określonego wynagrodzenia Wykonawca buduje plany finansowe na przyszłość, kreuje założenia budżetowe, rozlicza swoich pracowników. Zawarcie przedmiotowego zapisu w umowie niweczy gospodarczy cel umowy jakim jest ciągle i nieprzerwane świadczenie usług na rzecz Zamawiającego przez okres umówiony w Umowie. Taki zapis może być uznany za sprzeczny z prawem zgodnie z dyspozycją art. 5 Kodeksu cywilnego.”

ODP. Zamawiający podtrzymuje zapis z uwagi na konieczność ochrony interesu Zamawiającego jako podmiotu publicznego.

PYTANIE: „Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści § 8 ust. 1, a także § 8 ust. 2 Umowy a także § 6 ust 1 Umowy w ten sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym i tym samym będzie uprawniony do naliczenia kary umownej określonej w § 6 ust. 1 Umowy, ale dopiero po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu wyznaczonego Wykonawcy na piśmie, do naprawy stwierdzonych naruszeń?”

Dotychczasowe zapisy dotyczące kar umownych oraz uprawnienia do rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym z powodu naruszenia postanowień Umowy przez Wykonawcę są bardzo rygorystyczne i nie dają one 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 jak i instytucji rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym jest funkcja dyscyplinująca, kiedy inne środki prawne nie skutkują. Zdaniem Wykonawcy, w omawianym przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowego wykonania Umowy, pod rygorem rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym, a w konsekwencji naliczenia kary umownej Wykonawcy, powinno być podstawowym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień, tym bardziej, iż katalog tychże uchybień jest otwarty i każde nawet błahе naruszenie Umowy może skutkować ciężkimi sankcjami nałożonymi na Wykonawcę. Wykonawca chciałby mieć możliwość odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub też naprawy naruszenia.”

ODP. Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w umowie. Ponadto w § 8 ust. 4 Zamawiający wskazał, że rozwiązanie umowy nastąpi pod rygorem nieważności w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia za pośrednictwem listu poleconego za potwierdzeniem odbioru na adres Wykonawcy wskazany w umowie lub złożonego w siedzibie Zamawiającego za pokwitowaniem.

PYTANIE: „Czy Zamawiający zgadza się na dodanie do Umowy zapisów dotyczących ochrony danych osobowych, które to kwestie nie zostały uregulowane w Umowie, w szczególności 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 na rzecz Zamawiającego, której treść zostanie wypracowana w trybie operacyjnym pomiędzy Stronami po podpisaniu Umowy?

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do usług 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 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”.

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

prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego i wiązą 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 nie gwarantują zawarcia umowy powierzenia na rzecz Zamawiającego, dlatego, aby możliwe było złożenie oferty konieczne jest ich doprecyzowanie.

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 Zamawiającemu przetwarzania danych osobowych użytkowników.”

ODP. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 4 pkt 7 rozporządzenia RODO pojęcie administrator danych osobowych oznacza organ, jednostkę organizacyjną, podmiot lub osobę decydującą o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Zakres danych przetwarzanych przez AWL w procesie przetwarzania jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia na „świadczenie usług rekreacyjno-sportowych dla podchorążych AWL będzie obejmował dane osobowe podchorążych zwykłej kategorii. Zamawiający zgodny jest co do treści zapytania do postępowania, że niezbędne jest powierzenie przetwarzania danych osobowych w trybie art. 28 pkt 3 RODO na podstawie umowy powierzenia przetwarzania danych. Należy jednak podkreślić, że zakres danych powierzonych podmiotowi przetwarzającemu będzie obejmował w szczególności: imię, bądź imiona, nazwisko, numer identyfikacyjny PESEL oraz numer telefonu komórkowego. Ponadto zaznaczyć należy, że będzie obejmował kategorię osób tj. dane osobowe podchorążych AWL a nie pracowników. Przesłanką prawną do przetwarzania tych danych będzie art. 6 ust. 1 lit. a tj. zgoda na przetwarzanie danych w celu realizacji umowy na świadczenie usług rekreacyjno-sportowych dla podchorążych AWL WNP/1095/PN/2020, mając na uwadze art. 7 RODO. Pozostałe dane np. dane biometryczne (minucje odcisków palca) zbiera Wykonawca na podstawie art. 9 ust. 2 lit a RODO od osoby, której dane dotyczą. Fakt, że Wykonawca nie posiada bezpośredniego kontaktu z użytkownikami nie ma wpływu na ustalenie faktycznego Administratora tych danych i w odniesieniu do przetwarzania danych na podstawie art. 9 ust. 2 lit. a RODO jest nim Wykonawca, który decyduje o celach i środkach wynikający ze stosowanych przez danego Wykonawcę rozwiązań technicznych.

W związku z powyższym Zamawiający dodaje w istotnych warunkach treści umowy w §1 ust. 6, który otrzymuje brzmienie „Niezwłocznie po zawarciu umowy, w celu jej realizacji, Wykonawca zawrze z Akademią Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusz Kościuszki umowę w sprawie powierzenia

przetwarzana danych osobowych, która stanowi załącznik nr 4 do umowy oraz w § 11 ust. 9 dodaje załącznik nr 4 – Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych. Zmodyfikowane istotne postanowienia treści umowy Zamawiający dołącza do wyjaśnień oraz do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to stanowi jej integralną część.

- II. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) Zamawiający dokonuje modyfikacji w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień treści umowy.
- III. Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień treści umowy, a także wzór umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zostaje dołączona do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowi jej integralną część.
- IV. Zamawiający **nie przedłuża terminu składania** ofert w związku z tym, że na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) Zamawiający dokonał zmiany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. przedłużył termin składania ofert do 21.01.2021 r. godz. 11:00.

Pouczenie o środkach ochrony prawnej

Zgodnie z przepisami art. 179 do art. 183 Ustawy Pzp Wykonawcom, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz ponieśli lub mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej określone w dziele VI Ustawy Pzp.

Zamawiający zamieszcza:

Załącznik nr 1: Zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia – 2 str.

Załącznik nr 2: Zmodyfikowane istotne postanowienia treści umowy – 5 str.

Załącznik nr 3: Załącznik nr 4 – Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych - 5 str.

**PRZEWODNICZĄCY
KOMISJI PRZETARGOWEJ**

/.../

.....
p. Jakub Wesółowski

Wyk. w 1 egz.
Wyk. Renata NAZIMEK tel. 261 658 555
Wrocław 13.01.2021 r.
T 263