

Szkoła Podstawowa nr 21
z Oddziałami Dwujęzycznymi
im. Armii Krajowej
ul. Miodowa 6
35-303 Rzeszów

Rzeszów, 18 grudnia 2023 r.

W związku z wpływaniem pytań do Zamawiającego w dniu 14.12.2023 r. dotyczących postępowania pn.: „Świadczenie usług sportowo-rekreacyjnych w roku 2024”, Szkoła Podstawowa nr 21 z Oddziałami Dwujęzycznymi w Rzeszowie udziela odpowiedzi jak niżej:

Pytania i odpowiedzi:

1. 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 (...) pozyskiwanie numeru PESEL od użytkowników abonamentów sportowych przeczy zasadzie minimalizacji danych. Tak więc numer PESEL użytkowników tych produktów jest daną nadmiarową z perspektywy (...) jako dostawcy abonamentów sportowych.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający udostępni Wykonawcy dane niezbędne do realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia, a ich zakres będzie wynikał z decyzji administratora danych, czyli Wykonawcy. Ocena niezbędności zakresu danych osobowych leży bowiem po stronie administratora danych tj. Wykonawcy.

Na tym etapie postępowania nie można ocenić jaki zakres danych będzie niezbędny do należytego wykonania usługi.

2. Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający zgadza się na dodanie do Umowy klauzuli uprawniającej Stronę do zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia zgodnie z postanowieniem art. 439 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług

konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni, w którym doszło do zawarcia Umowy?

W treści Umowy brak jest odniesienia do możliwości waloryzacji cen w oparciu o art. 439 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Zgodnie z tym postanowieniem klauzule waloryzacyjne trzeba zawrzeć we wszystkich umowach o zamówienia publiczne bez względu na ich przedmiot, jeśli tylko okres ich trwania przekracza 6 miesięcy.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Art. 439 ust. 1 PZP odnosi się do postępowań o wartości od 130 tys. zł prowadzonych w oparciu o przepisy PZP.

Natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest w oparciu o obowiązujący w Szkole Podstawowej nr 21 z Oddziałami Dwujęzycznymi w Rzeszowie Regulamin udzielania zamówień publicznych o wartości mniejszej niż 130 000,00 złotych.

3. Pytanie nr 3:

Czy Zamawiający zgadza się na dodanie do treści § 2 Umowy postanowień w zakresie ochrony danych osobowych, a w szczególności zobowiązania stron, że w ramach wykonywania czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy, Strony zawrą odrębną umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych, Zamawiającemu jako podmiotowi przetwarzającemu przez Wykonawcę, będącym Administratorem danych osobowych, tym samym Zamawiający będzie występował jako podmiot przetwarzający przy wykonywaniu części czynności przetwarzania danych osobowych, wykonywanych na zlecenie Wykonawcy?

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający na tym etapie postępowania nie wyklucza zawarcia pisemnej umowy powierzenia danych. Gdyby w ramach wykonywania czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy doszło do powierzenia przetwarzania danych zawarcie pisemnej umowy powierzenia przetwarzania danych byłoby obowiązkiem prawnym, a nie umownym, gdyż miałoby charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny.

4. Pytanie nr 4:

Jednocześnie czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 2 ust. 3 Umowy poprzez dopuszczenie możliwości zbierania i archiwizacji zgód użytkowników na przystąpienie do usług w imieniu Wykonawcy?

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu (...), **administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest wyłącznie 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 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**. 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 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.

Aktualne zapisy Umowy w części dotyczącej ochrony danych osobowych nie przewidują możliwości zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, pomimo iż draft takiej umowy stanowi załącznik do umowy głównej. Wskazanie wprost na umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych w relacji wskazanej w pytaniu, zabezpieczy obie strony przed ewentualnymi konsekwencjami złamania przepisów prawa w zakresie ochrony danych osobowych.

Poniżej propozycja zapisów umowy:

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 przez Wykonawcę przetwarzania danych osobowych użytkowników.

Jednocześnie, tak jak zawarto w sentencji pytania, na podstawie powyższego uzasadnienia, wnosimy o zmianę treści postanowienia § 2 ust. 3 poprzez dopuszczenie możliwości zbierania i archiwizacji zgód użytkowników na przystąpienie do usług w imieniu Wykonawcy.

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Gdyby w ramach wykonywania czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy doszło do powierzenia przetwarzania danych zawarcie pisemnej umowy powierzenia przetwarzania danych byłoby obowiązkiem prawnym.

W przypadku powierzenia przetwarzania danych osobowych zastosowanie ma art. 28 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). Zgodnie z art. 28 ust. 3 lit. g RODO:

*„po zakończeniu świadczenia usług związanych z przetwarzaniem zależnie od decyzji administratora **usuwa lub zwraca** mu wszelkie dane osobowe oraz usuwa wszelkie ich istniejące kopie, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego nakazują przechowywanie danych osobowych”.*

Zamawiający nie może zawierać postanowień umownych sprzecznych z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie wyklucza realizowania zadania w zakresie **gromadzenia i przechowywania** dokumentacji dotyczącej użytkowników przez okres trwania umowy.

Zamawiający jest administratorem danych osobowych pracowników na gruncie stosunku pracy. Zamawiający nie jest odpowiedzialny za podstawy przetwarzania wskazane przez administratora danych, którym na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do programu sportowego będzie Wykonawca.

W związku z tym, iż finansowanie zamówienia będzie realizowane w części poprzez dofinansowanie z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych prowadzonego przez Zamawiającego, podstawą prawną do przetwarzania danych osób przystępujących do programu na gruncie umowy o świadczenie usług dla Zamawiającego będzie art. 6 ust. 1 lit. c RODO – dla osób będących pracownikami oraz art. 6 ust. 1 lit. f RODO – dla osób zgłoszonych do programu przez pracownika, ponieważ przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią. Interesem tym będzie zapewnienie zgodności z ustawą o finansach publicznych i dokonywanie rozliczeń wydatkowania środków z ZFŚS a także rozliczania dobrowolnych potrąceń z wynagrodzenia pracowników w sytuacji zgłoszenia przez nich dodatkowych osób, gdyż zgodnie z § 8 Umowy „*Karty dodatkowe (dla dzieci i osób towarzyszących) będą finansowane **w całości z wynagrodzeń pracowników**”.*

5. Pytanie nr 5:

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 7 ust. 2 lit. a) c) i e) Umowy w ten sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym, na podstawie przesłanek tam wskazanych, ale dopiero po bezskutecznym upływie 7-dniowego terminu wyznaczonego Wykonawcy na piśmie, do wyjaśnienia lub naprawy stwierdzonych naruszeń?

Dyspozycja postanowienia § 7 ust. 2 lit. a) c) i e) Umowy dotycząca możliwości rozwiązania Umowy przez Zamawiającego w trybie natychmiastowym jest bardzo rygorystyczna i co prawda w pkt a) daje możliwość wezwania Wykonawcy do zapłaty, ale nie wskazuje minimalnego, technicznie wykonalnego terminu do naprawy naruszenia, natomiast w punktach c) oraz e) nie daje możliwości Wykonawcy na naprawę ewentualnych naruszeń, bądź wykazania, że stwierdzone nienależyte wykonywanie Umowy jest wynikiem działań lub okoliczności niezależnych od Wykonawcy. Istotą zastosowania instytucji rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym jest funkcja anihilacyjna umowy, kiedy inne środki prawne nie skutkują. Zdaniem Wykonawcy, w omawianym przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowego wykonania Umowy w terminie 7 dni lub odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego i wykazanie, że wina nie leży po stronie Wykonawcy, pod rygorem rozwiązania Umowy w trybie natychmiastowym, powinno być tym środkiem prewencyjnym, który da możliwość Wykonawcy odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub niezwłocznego naprawienia uchybień. Wykonawca chciałby mieć możliwość odniesienia się do zarzutów Zamawiającego lub też naprawy naruszenia, tym bardziej, że katalog ewentualnych naruszeń jest otwarty i każde, nawet najbardziej błahе naruszenie z punktu widzenia Wykonawcy, może być uznane za rażące po stronie Zamawiającego i stanowić podstawę rozwiązania umowy oraz obarczenia Wykonawcy karą umowną.

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Zamawiający zmienia treść § 7 ust. 2 lit. a) c) i e) umowy.

Załączono zmieniony wzór umowy.

6. Pytanie nr 6:

Czy Zamawiający zgadza się na zmianę treści postanowienia § 8 ust. 1 Umowy, w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza możliwość indywidualnych dopłat przez Użytkowników, wnoszonych bezpośrednio na rzecz obiektów partnerskich Wykonawcy w sytuacji kiedy wymaga tego sam obiekt i wynika to wprost z regulaminu obowiązującego w danym obiekcie?

Aktualne zapisy zakazują jakichkolwiek dopłat z tytułu świadczonych usług, nie określając o jakie dodatkowe opłaty i na czym rzecz może chodzić. Część obiektów, świadczących usługę dostępu do droższych aktywności w swoich regulaminach ma zagwarantowany obowiązek ponoszenia dodatkowych opłat przez użytkowników na rzecz tych obiektów, z tytułu korzystania z części usług. Dotyczy to np. wynajmu kortów tenisowych, kortów do squash. W takiej sytuacji konieczne jest uwzględnienie w umowie możliwości ponoszenia takich opłat przez użytkowników bezpośrednio, pod warunkiem, że opłaty te wynikają z wewnętrznych regulacji obiektów i są ponoszone bezpośrednio na ich rzecz.

Odpowiedź na pytanie nr 6:
Zamawiający zmienia treść § 8 ust. 1 umowy.
Załączono zmieniony wzór umowy.

DYREKTOR

mgr Renata Prozdorska