

Sygn. akt: KIO 1369/22

WYROK
z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawcę

Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie

do którego po stronie odwołującego przystąpił

GISPartner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu numer dwa litera a oraz b odwołania;**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego Asseco Poland S.A.:**
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania poniesione przez odwołującego Asseco Poland S.A. oraz zamawiającego Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - b) zasądza od odwołującego Asseco Poland S.A. na rzecz zamawiającego Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „OPRACOWANIE, WDROŻENIE I UTRZYMANIE MAPY INTERAKTYWNEJ” realizowanego w ramach projektu pn. Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, NUMER SPRAWY: BDG.ZPB.072.1.2022. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2022 roku numer ogłoszenia 2022/S S93 255397-2022-PL.

W dniu 23 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej również jako: „odwołujący” lub „wykonawca”) od czynności zamawiającego polegających na sformułowaniu zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również jako „SWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu (dalej również jako „ogłoszenie”) niezgodnych z poniższymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej również „Ustawą” oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. Zm.) dalej również „KC” oraz 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), dalej również „rodo” , tj.

1. art. 99 ust. 1 Ustawy w zw. art. 16 pkt 1 Ustawy i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) - § 14 ust. 9 pkt 4), poprzez rażąco niskie określenie uprawnień Zamawiającego do żądania kar umownych w razie zwłoki Wykonawcy w przekazaniu Projektu technicznego;
2. art. 99 ust. 1 Ustawy w związku art. 16 Ustawy oraz art. 483 § 1 KC, art. 484 § 1 i 2 KC, art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy Ustawy i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU):
 - a. § 14 ust 9 pkt 7) Umowy – poprzez nieprecyzyjne zasady naliczania kary umownej i przyjęcie rażąco wysokiej kary umownej;
 - b. § 14 ust 9 pkt. 12) Umowy – poprzez przyjęcie możliwości żądania odszkodowawczego z tytułu utraconych korzyści w postaci utraty przez Zamawiającego w całości lub części dofinansowania do Projektu ze środków Unii

Europejskiej, przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, wielokrotnie przenoszącego wartość całej umowy i tym samym rażąco wysokiego;

3. art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy oraz art. 8 Ustawy w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 5 ust. 1 lit. a) - c) RODO i wadliwe określenie w Części IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), art. 13 ust. 4 Umowy oraz Załącznika nr 6 (umowa o dalszym powierzaniu danych osobowych), które nakładają zobowiązanie do zawarcia umowy dalszego przetwarzania danych zawartych w zbiorze pn. „Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020” oraz w następstwie przyznają Wykonawcy prawo dostępu do danych, które nie są celowe ani niezbędne z punktu widzenia realizacji zamówienia oraz nakładają obowiązki (min. obowiązek informacyjny wobec podmiotów danych), których koszt i czasochłonność są niemożliwe do rzetelnego i uczciwego skalkulowania w cenie oferty.

Odwołujący żądał zmiany, w tym również wykreślenia, powyżej przywołanych zapisów w sposób określony w odwołaniu.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o uznaniu odwołania w części i zażądał oddalenia w pozostałym. Zamawiający zmienił postanowienia SWZ i zamieścił modyfikacje na platformie zakupowej w dniu 7 czerwca 2022 r.

Zamawiający dokonał zmiany PPU oraz Załącznika nr 6 - umowy o dalszym powierzaniu przetwarzania danych osobowych - w następującym zakresie:

Zarzut dot. § 14 ust. 9 pkt 4) PPU - Było / Jest (Zmienia się na)

4) w razie zwłoki w przekazaniu projektu technicznego w terminie określonym w § 4 ust. 2 pkt 3 Umowy – w wysokości w wysokości 0,001% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; / 4) w razie zwłoki w przekazaniu projektu technicznego w terminie określonym w § 4 ust. 2 pkt 3 Umowy – w wysokości w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

Zarzut dot. § 14 ust. 9 pkt 7) PPU - Było / Jest (Zmienia się na)

7) w razie niedotrzymania innych terminów na dokonanie czynności lub uchybienia innym zobowiązaniom określonym w OPZ i Umowie – w wysokości 500 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki dla każdego uchybienia osobno; / 7) w razie niedotrzymania innych terminów na dokonanie czynności lub uchybienia innym zobowiązaniom określonym w OPZ i Umowie – w wysokości 200 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki dla każdego uchybienia osobno;

Zarzut dot. § 14 ust. 12 PPU - Było / Jest (Zmienia się na)

12. Zapłata jakiegokolwiek kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej od Wykonawcy na zasadach ogólnych w zakresie szkody rzeczywistej z wyłączeniem

utraconych korzyści z wyjątkiem sytuacji, w której działania lub zaniechania Wykonawcy spowodują lub będą podstawą tego, że Zamawiający utraci w całości lub części dofinansowanie do Projektu ze środków Unii Europejskiej. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu utraconych korzyści jest ograniczona do szkody powstałej z tytułu działań lub zaniechań Wykonawcy. / 12. Zapłata jakiegokolwiek kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej od Wykonawcy na zasadach ogólnych w zakresie szkody rzeczywistej z wyłączeniem utraconych korzyści z wyjątkiem sytuacji, w której działania lub zaniechania Wykonawcy spowodują lub będą podstawą tego, że Zamawiający utraci w całości lub części dofinansowanie do Projektu ze środków Unii Europejskiej. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu utraconych korzyści jest ograniczona do szkody powstałej z tytułu działań lub zaniechań Wykonawcy w proporcji odpowiadającej wartości niniejszego zamówienia do wartości Projektu.

Zarzut dot. RODO (Załącznik nr 6 do PPU - umowa o dalszym powierzeniu przetwarzania danych osobowych - § 4 ust. 1) usunięto skreślone:

1. Powierzone do dalszego przetwarzania dane osobowe obejmują następujące kategorie osób:

1) dane wnioskodawców, beneficjentów i partnerów (oraz ich pracowników), którzy aplikują o środki unijne i realizują projekty w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020, a także dane innych osób powiązanych z nimi (kapitałowo, osobowo, w ramach instytucji nadzorujących itp.), nie związanych bezpośrednio z realizacją projektów;

2) dane pracowników instytucji zaangażowanych w przygotowanie i obsługę projektów oraz we wdrażanie i realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020

3) dane personelu projektu i uczestników komisji przetargowych;

4) dane oferentów, wykonawców i podwykonawców, realizujących umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz świadczących usługi na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym dane osób (w szczególności pracowników), które zostały przez nich zaangażowane w przygotowanie oferty lub włączone w wykonanie umowy albo wystawiły im referencje dla potrzeb ubiegania się o zawarcie umowy;

~~5) dane właścicieli, od których nabywane są nieruchomości na potrzeby realizacji projektów, lub ich pełnomocników;~~

~~7) dane uczestników Komitetów Monitorujących i grup roboczych oraz szkoleń, konkursów, konferencji i innych wydarzeń o charakterze informacyjnym czy promocyjnym w zakresie realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020;~~

~~9) dane sygnalistów i osób trzecich, przekazujących zgłoszenia za pomocą dedykowanych narzędzi (skrzynka elektroniczna: naduzycia.POIS@miir.gov.pl oraz formularz: nieprawidlowosci.miiir.gov.pl);~~

~~10) dane dotyczące wyroków skazujących i naruszeń prawa oraz powiązanych środków bezpieczeństwa.~~

§ 4 ust. 2 Załącznika nr 6 do PPU - umowa o dalszym powierzaniu przetwarzania danych osobowych – otrzymał następujące brzmienie:

„2. Powierzone do dalszego przetwarzania dane osobowe obejmują:

1) co do kategorii określonej w ust. 1 pkt. 1 powyżej:

a. Nazwę wnioskodawcy (Beneficjenta);

b. Numer umowy o dofinansowanie projektu;

c. Formę prawną;

d. Formę własności;

e. NIP;

f. REGON;

g. Adres siedziby lub adres do korespondencji:

a) Ulicę;

b) Nr budynku;

c) Nr lokalu;

d) Kod pocztowy;

e) Miejscowość;

f) Kraj;

g) Województwo;

h) Powiat;

i) Gminę;

j) Telefon;

k) Fax;

l) Adres poczty elektronicznej;

m) Adres strony www;

h. Osobę (osoby) uprawnioną (uprawnione) do podejmowania decyzji wiążących w imieniu wnioskodawcy (Beneficjenta):

a) Imię / imiona;

b) Nazwisko;

c) Stanowisko służbowe;

d) Telefon;

e) Fax;

f) Adres poczty elektronicznej;

i. Osobę do kontaktów roboczych lub inną osobę powiązaną z wnioskodawcą, beneficjentem lub partnerem:

- a) Imię / imiona;
- b) Nazwisko;
- c) Stanowisko służbowe;
- d) Telefon;
- e) Fax;
- f) Adres poczty elektronicznej;

2) co do kategorii określonej w ust. 1 pkt. 2 powyżej:

- a. Imię / imiona;
- b. Nazwisko;
- c. Stanowisko służbowe;
- d. Telefon;
- e. Adres poczty elektronicznej;
- f. Miejsce pracy;
- g. Nazwa wnioskodawcy / Beneficjenta;

3) co do kategorii określonej w ust. 1 pkt. 3 powyżej:

- a. Imię / imiona;
- b. Nazwisko;
- c. Forma zaangażowania w projekcie;
- d. Okres zaangażowania osoby w projekcie;
- e. Stanowisko służbowe;
- f. Miejsce pracy;

4) co do kategorii określonej w ust. 1 pkt. 4 powyżej:

- a. Nazwa oferenta / wykonawcy;
- b. Kraj;
- c. NIP oferenta / wykonawcy (jeśli dotyczy);
- d. Imię / imiona;
- e. Nazwisko;
- f. Telefon;
- g. Adres poczty elektronicznej;
- h. Miejsce pracy;

Dodatkowo Zamawiający poinformował o dokonanej zmianie treści PPU w następującym zakresie:

§ 14 ust. 9 pkt 1) PPU - Było /Jest (Zmienia się na)

1) w razie niedotrzymania terminu opracowania i wdrożenia Mapy Interaktywnej, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 Umowy - w wysokości 0,001% wynagrodzenia brutto wskazanego w

§ 9 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; / 1) w razie niedotrzymania terminu opracowania i wdrożenia Mapy Interaktywnej, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 Umowy - w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

§ 14 ust. 9 pkt 8) PPU - Było / Jest (Zmienia się na)

8) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, dokonanej zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy – w wysokości **0,0002 % kwoty brutto wynagrodzenia**, o które powiększone zostało wynagrodzenie Wykonawcy, za każdy przypadek; / 8) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, dokonanej zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy – w wysokości **0,02% kwoty brutto wynagrodzenia**, o które powiększone zostało wynagrodzenie Wykonawcy, za każdy przypadek;

poprzez dodanie ust. 6 do §13 PPU o treści:W przypadku, gdy w trakcie realizacji Umowy konieczne stanie się dalsze powierzenie przetwarzania danych osobowych innych niż wymienione w § 4. ust.1 umowy dotyczącej dalszego powierzenia przetwarzania danych osobowych w związku z realizacją zadań wynikających z projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, Strona która powyższe wiedzę o takiej okoliczności, poinformuje o tym drugą Stronę niezwłocznie. Strony zawrą odpowiedni aneks do Umowy.

Zamawiający zaznaczył dodatkowo, że , że podmiot przetwarzający (Beneficjent; Zamawiający) na mocy umowy zawartej z Centrum Unijnych Projektów Transportowych (dalej jako „CUPT”) jest zobowiązany podpowierzać przetwarzanie danych osobowych w zbiorach administrowanych przez właściwego Ministra (aktualnie Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej), nakładając na swojego podprocesora te same obowiązki i zasady w zakresie przetwarzania i ochrony danych, jakie wynikają z umowy zawartej przez Beneficjenta (Zamawiającego) z CUPT, a szczególną uwagę należy zwrócić na postanowienia §7 ust. 2 ww. umowy, z którego wynika, że powierzenie przez Beneficjenta (Zamawiającego) przetwarzania danych osobowych wykonawcom, z którymi Beneficjent (Zamawiający) zawarł umowy niezbędne do realizacji umowy/umów o dofinansowanie, odbywa się na podstawie umów lub porozumień zawartych na piśmie, w brzmieniu zgodnym z ww. umową. Przy czym

zakres powierzonych do przetwarzania danych osobowych powinien być zgodny z celem przetwarzania danych osobowych wynikającym z ww. umowy.

Odwołujący oświadczył, że mając na uwadze dokonane przez zamawiającego zmiany uwzględniające jego zarzuty i żądania odwołanie stało się bezprzedmiotowe w zakresie zarzutu drugiego litera a) i b). W pozostałym zakresie podtrzymał swoje żądanie oczekując:

- w zakresie zarzutu pierwszego dalszego podwyższenia kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w przekazaniu projektu technicznego na poziomie 0,001 % wynagrodzenia brutto a obecnie na poziomie 0,05 % wynagrodzenia brutto do poziomu 0,1 % wynagrodzenia brutto – tutaj wskazał dodatkowo na dokonane poza zakresem odwołania przez zamawiającego podwyższenie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niedotrzymania terminu opracowania i wdrożenia Mapy Interaktywnej pierwotnie na poziomie 0,001 % wynagrodzenia brutto do poziomu 0,1 % wynagrodzenia brutto , co wskazuje również na niekonsekwencję zamawiającego,
- w zakresie zarzutu trzeciego usunięcia zarówno paragrafu 13 ust. 4 PPU jak całego skorelowanego z nim Załącznika nr 6 do PPU tj umowy podpowierzenia przetwarzania danych również z zmienionym przez zamawiającego brzmieniu, tutaj dodatkowo podtrzymał stanowisko, co do niezgodności z prawem żądania zawarcia takiej umowy oraz nadmiarowości wskazanych w umowie danych, jakie powierzone do przetwarzania mogą być wykonawcy oraz kosztowność zapewnienia ewentualnego przetwarzania danych osobowych zgodnie z prawem.

Zamawiający podtrzymał w powyższym zakresie żądanie oddalenia odwołania podkreślając dodatkowo:

- różnicę pomiędzy zachowaniami wykonawcy, dla których zastrzegł kary umowne w odmiennej wysokości oraz dokonanie analizy wysokości kar umownych także pod kątem ewentualnego ich wpływu na ceny ofertowe,
- konieczność zawarcia umowy podpowierzenia danych wobec możliwej konieczności ich podpowierzenia wykonawcy. Zaznaczył, że będą przetwarzane będą dane beneficjenta/ zamawiającego - personelu projektu, wykonawców oraz innych podmiotów oraz, że powierzane dane osobowe będą jedynie w celu i związku z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do postępowania przystąpienie zgłosił GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu, który poparł stanowisko odwołującego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem i wynikał bezpośrednio z dokumentów postępowania oraz pism i załączonych doń dokumentów oraz stanowisk stron i uczestnika, w tym również przedstawionych na rozprawie.

W zakresie zarzutu numer dwa litera a) oraz b) Izba uznała, że odwołanie podlega umorzeniu jako bezprzedmiotowe zaś w zakresie zarzutu numer jeden i trzy nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania, w postaci zmiany zapisów SWZ, czynią zarzuty drugi litera a) oraz b) bezprzedmiotowymi. Z chwilą dokonania zmiany SWZ zgodnej z żądaniem odwołującego oraz wobec jego wniosku umorzenia w tym zakresie postępowania jako bezprzedmiotowego zarzuty te utraciły swoją aktualność. W dacie zamknięcia rozprawy i wydania wyroku dalsze postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne i bezprzedmiotowe. W tej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania przepis art. 522 ust. 3 Ustawy, który dotyczy uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego będącej czynnością proceduralną, lecz norma art. 568 pkt. 2 Ustawy.

Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*, należało uznać, iż opisany stan faktyczny wypełnia przesłankę innej przyczyny prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego. Stąd Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu numer dwa.

Zarzut numer jeden i trzy podlega oddaleniu wobec faktu, że ich zakres wyznaczony winien zostać nie tylko wskazaniem naruszenia przepisu prawa, ale przede wszystkim okolicznościami faktycznymi, które miałyby wypełniać normę prawa, z której naruszeniem wiąże się złożony środek ochrony prawnej zaś okoliczności naruszenia i wpływ na kalkulację ceny i możliwość złożenia oferty winny zostać wykazane przez odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu numer jeden Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, co do adekwatności wysokości zastrzeżonej kary i naruszenia oraz realności wywołanej nią potencjalnej dolegliwości a także potrzeby ważenia wysokości zastrzeganej kary umownej i wpływu, jaki może mieć jej zmiana na cenę ofertową. Dodatkowo zamawiający przewidział w umowie w sprawie zamówienia publicznego możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych w sytuacji, gdy kara umowna nie spełniłaby swej roli kompensacyjnej.

W odniesieniu do zarzutu numer trzy w ocenie Izby nie zostało wykazane, w jaki sposób żądanie zawarcia umowy podpowierzenia przetwarzania danych osobowych wpłynie na kalkulację ceny czy też możliwość złożenia oferty. Nie wykazano naruszenia przepisów ustawy ani nie wskazano na czym naruszenie to polega. Kwestionowane zapisy nie kształtują praw ani obowiązków stron w sposób inny niż wynikający z przepisów prawa, nie mogą więc wpływać na możliwość złożenia oferty. Zawarcie umowy powierzenia czy podpowierzenia przetwarzania danych samo w sobie nie stanowi naruszenia norm prawnych, nie konstytuuje również przetwarzania danych. Dopiero powierzenie danych nadmiarowych lub nieadekwatnych i ich przetwarzanie lub powierzenie i przetwarzanie danych osobowych bez zawarcia umowy podpowierzenia przetwarzania stanowiłoby delikt. Zgodnie z art. 28 ust. 2 rodo podmiot przetwarzający może powierzyć dalsze powierzenie przetwarzania danych osobowych, jeśli uzyska uprzednio szczegółową lub ogólną zgodę administratora, co jest okolicznością niesporną wynikającą z przedłożonej przez zamawiającego jako procesora umowy dotyczącej powierzenia przetwarzania danych osobowych w związku z realizacją programu operacyjnego infrastruktura i środowisko 2014 – 2020 (paragraf 7), w związku z którą zawierana jest umowa kwestionowana przez odwołującego.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego czy zdarzenia, z którym można było powiązać sformułowany w odwołaniu zarzut numer trzy. Dodatkowo, zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. W niniejszym przypadku wobec treści odwołania Izba nie miała podstaw dla stwierdzenia zaistnienia wpływu żądania zawarcia umowy podpowierzenia przetwarzania danych na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :