

Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki
Dział Zamówień Publicznych
ul. Warszawska 24 W-9 (10-24)/110,
31-155 KRAKÓW

Znak sprawy: KA-2/143/2018

KRAKÓW dnia: 2018-12-07

L. dz. KA-2/1158/2018

ODPOWIEDŹ

na zapytania do ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne

Szanowni Państwo,

Uprzejmie informujemy, że w postępowaniu pn. **Zakup kart uprawniających do korzystania z usług rekreacyjno - sportowych dla pracowników, emerytów, rencistów Politechniki Krakowskiej i ich rodzin**, prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986), wpłynęły następujące pytania od Wykonawcy :

Czy Zamawiający zgadza się na modyfikację zasad ochrony danych osobowych zawartych w projekcie umowy, poprzez zastąpienie postanowień dotyczących uprawnienia Wykonawcy do przetwarzania danych osobowych użytkowników na podstawie ich udostępnienia przez Zamawiającego na rzecz postanowień:

- **uprawniających Wykonawcę do przetwarzania danych osobowych użytkowników na podstawie wyrażonej uprzednio zgody osób których dane te dotyczą,**
- **uprawniających Zamawiającego 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 ?**

Na gruncie umowy o świadczenie usług dostępu do Programu MultiSport, **administratorem danych osobowych posiadaczy kart jest 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, aby możliwa była realizacja umowy o świadczenie usług w zakresie np. zamawiania i dystrybucji kart czy składania reklamacji, **Zamawiający musi posiadać podstawę prawną do przetwarzania danych na gruncie 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 wiąże 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.*

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w literaturze: *Administratorem danych pracowników, a także członków ich rodzin, korzystających z wyżej wspomnianych pakietów, będzie bowiem podmiot świadczący owe usługi medyczne (zob. pkt 1.2 dotyczący zewnętrznej obsługi w zakresie badań profilaktycznych). Tymczasem, co do zasady, umowy tego typu zakładają pośrednictwo pracodawcy na etapie przystępowania danego pracownika do programu, tj. gromadzenia danych osób zainteresowanych pakietem medycznym i ich przekazywania zleceniobiorcy, co ma na celu ułatwienie i usprawnienie komunikacji pomiędzy świadczeniodawcą a świadczeniobiorcą. Problem w tym, że chociaż w tej sytuacji stroną umowy jest pracodawca, nie jest on uprawniony do przekazania danych osobowych pracowników firmie medycznej bez ich wyraźnej zgody. Pracodawca upoważniony jest bowiem jedynie do przetwarzania danych osobowych w zakresie i w celu niezbędnym do realizacji łączącego ich stosunku pracy. Wykupywanie dla pracowników dodatkowych pakietów medycznych niewątpliwie nie mieści się w tym zakresie, co oznacza, że powyższa przesłanka się dezaktualizuje. Nie będzie tutaj miała zastosowania również sytuacja, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 3 OchrDanychU, która zakłada dopuszczalność przetwarzania danych w sytuacji, gdy jest to konieczne do realizacji umowy, gdy osoba, której dane dotyczą, jest jej stroną lub gdy jest to niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy na żądanie osoby, której dane dotyczą. Stroną umowy jest bowiem pracodawca, a pracownicy są jedynie odbiorcami tych usług.*

Pracodawca upoważniony jest do przetwarzania danych osobowych pracownika wyłącznie w zakresie i w celu niezbędnym do realizacji łączącego ich stosunku pracy. Zapewnienie pracownikom dostępu do dodatkowych usług niezwiązanych ze stosunkiem pracy (zajęcia sportowe, usługi medyczne) nie mieści się w wyżej wskazanym zakresie.

W związku z powyższym, zobowiązanie pracodawcy do gromadzenia danych dla tej jednostki czy też dokonywania wszelkich formalności z pracownikami w celu ich przystąpienia do usługi będzie się wiązało z koniecznością zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych na gruncie art. 31 OchrDanychU, w której podmiot medyczny (administrator) upoważni pracodawcę (procesora) do dokonania konkretnych działań na danych osobowych. (...)

W kontekście zapewniania pracownikom dodatkowych usług (uczestnictwo w zajęciach sportowych) wypowiedział się GODO, podkreślając, że pracodawca przetwarza dane osobowe pracowników w zakresie i w celu niezbędnym dla wykonywania ciążących na nich obowiązków wynikających ze stosunku pracy [Joanna Jarguz w: Ochrona danych osobowych pracowników w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016 679 red dr Dominika Dörre-Kolasa, Legalis]. A zatem jako administrator nie może powierzyć ich przetwarzanie innemu podmiotowi w celu, który obejmuje umożliwienie pracownikom skorzystania z dodatkowych świadczeń sportowych (decyzja GODO z 15.7.2015 r., DIS/DEC-594/15/62961). W analizowanym stanie faktycznym GODO wskazał, że administratorem danych jest podmiot świadczący usługi rekreacyjne na rzecz pracowników klienta, która decyduje o środkach i celu przetwarzania danych. Jednocześnie uznał, że przetwarzanie przez ten podmiot danych otrzymanych od klienta (pracodawcy beneficjentów usług) bez zgody tych osób stanowi naruszenie przepisów OchrDanychU. Powołał się tutaj jednocześnie na wyrok NSA z 1.12.2009 r. (I OSK 227/09, Legalis), który podzielił stanowisko GODO, iż administratorem danych użytkowników imiennych przepłacanych kart płatniczych był bank, a nie pracodawca, który jako posiadacz tych kart decydował, którzy z pracowników będą z nich korzystać. Jak podkreślił NSA w wyroku z 1.12.2009 r. (I OSK 227/09), cele i środki przetwarzania danych objęte były decyzją Banku, a nie pracodawcy [Joanna Jarguz w: Ochrona danych osobowych pracowników w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016 679 red dr Dominika Dörre-Kolasa, Legalis]

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.

Poniżej propozycja zapisów 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 Uczestników Programu;*
- 2) *Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie zamówienia.*

2. *Każdy z administratorów danych odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.*

3. *Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do przetwarzania danych osobowych Uczestników Programu zgodnie z RODO, w szczególności do wdrożenia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, w zakresie określonym w RODO, a także innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.*

4. *Wykonawca przetwarza dane osobowe Uczestników Programu w oparciu o art. 6 ust. 1 a RODO, na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, wyrażonej przed przystąpieniem do Programu.*

5. *Zamawiający w imieniu Wykonawcy zobowiązuje się do jednoczesnego zebrania pisemnych zgód na przetwarzanie danych osobowych przez Wykonawcę oraz poddania przedmiotowych oświadczeń procesowi archiwizacji przy zastosowaniu wymaganych przepisami RODO zasad bezpieczeństwa danych.*

6. *Wykonawca będzie przetwarzać dane osobowe Uczestników Programu 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 zamówienia.*

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

8. *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.*

Lub skrócona wersja:

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

2. *Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nieuregulowane 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.*

W odpowiedzi na powyższe pytania Wykonawcy, Zamawiający dokonuje następujących zmian w projekcie umowy :

JEST :

§ 7

1. Administratorem danych osobowych jest Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie przy ul. Warszawskiej 24, 31-155 Kraków, reprezentowana przez rektora PK:
 - 1) Wykonawca – w odniesieniu do danych osobowych wszystkich użytkowników kart
 - 2) Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie umowy/zamówienia
2. Każdy z administratorów danych odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.
3. Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do przetwarzania danych osobowych użytkowników kart zgodnie z rozporządzeniem 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, Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016.), zwanego dalej „RODO”, w szczególności do wdrożenia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, co najmniej w zakresie określonym w art. 32 – 36 a także innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania umowy/ przedmiotu zamówienia.
4. Zamawiający przetwarza dane osobowe użytkowników kart w oparciu o art. 6 ust. 1 lit. c RODO.
5. Wykonawca będzie przetwarzać dane osobowe użytkowników kart 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/zamówienia.
6. Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze operacyjnej na piśmie pod rygorem nieważności.

ZMIENIA SIĘ NA :

§ 7

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 Uczestników Programu;
 - 2) Zamawiający – w odniesieniu do danych osobowych pracowników wskazanych przez niego jako osoby uprawnione do korzystania z usług świadczonych na podstawie zamówienia.
2. Każdy z administratorów danych odpowiada we własnym zakresie za zapewnienie zgodności ich przetwarzania z przepisami o ochronie danych osobowych.
3. Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do przetwarzania danych osobowych użytkowników kart zgodnie z rozporządzeniem 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, Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016.), zwanego dalej „RODO”, w szczególności do wdrożenia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, co najmniej w zakresie określonym w art. 32 – 36 a także innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w celu prawidłowego wykonania umowy/ przedmiotu zamówienia.
4. Wykonawca przetwarza dane osobowe Uczestników Programu w oparciu o art. 6 ust. 1 a RODO, na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, wyrażonej przed przystąpieniem do Programu.
5. Wykonawca będzie przetwarzać dane osobowe użytkowników kart 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/zamówienia.
6. Kwestie dotyczące ochrony danych osobowych nie uregulowane w niniejszym paragrafie zostaną ustalone w drodze operacyjnej na piśmie pod rygorem nieważności.

ZASTĘPCA KIEROWNIKA
Działu Zamówień Publicznych


mgr Danuta Karlikowska