

Персональні дані та дискримінація: як не стати «заручником» у власних працівників

Мабуть, кожен з учасників публічних закупівель мав справу із замовником, який встановив кваліфікаційний критерій на кшталт «наявність працівників відповідної кваліфікації» і (з-поміж іншого) просить зазначити П. І. Б. працівників або надати копії їхніх трудових книжок або паспортів тощо. При цьому учасник не має змоги виконати цю вимогу, оскільки уклав з працівниками угоди про нерозголошення персональних даних (або працівники категорично відмовляються від їх розголошення). У зв'язку із цим в учасника виникають два запитання. **Перше стосовно того, чи матиме замовник право відхилити тендерну пропозицію без зазначених персональних даних, а друге щодо доцільності участі в такому тендері.** Відповідь на ці запитання надаємо в даній публікації.

Що належить до персональних даних

Як відомо, виконання вимог встановленого режиму захисту персональних даних забезпечує сторона, що поширює ці дані. Тобто відповідно до вимог чинного законодавства отримання згоди своїх працівників на розголошення їхніх персональних даних в електронній системі ProZorro покладено саме на учасника, а не на замовника. **Тому вважаємо помилковою думку, що роботодавець не зобов'язаний додатково одержувати окрему згоду працівника на окремі випадки поширення його персональних даних [у тому числі тих, що містяться в трудовій книжці, документах про освіту (кваліфікацію), які він надав при прийманні на роботу].**

Відповідно до ст. 11 Закону «Про інформацію» інформація про фізичну особу (персональні дані) — це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Неприпустимими є збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини. **До конфіденційної інформації про фізичну особу належать, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження.**

Згідно зі ст. 2 Закону «Про захист персональних даних», база персональних даних — це іменована сукупність упорядкованих персональних даних в електронній формі та/або у формі картотек персональних даних. Володілець персональних даних — фізична або юридична особа, яка визначає мету оброблення персональних даних, встановлює склад цих даних та процедури їх оброблення, якщо інше не визначено законом. Згода суб'єкта персональних даних — добровільне волевиявлення фізичної особи (за умови її поінформованості) щодо надання дозволу на оброблення її персональних даних відповідно до сформульованої мети їх оброблення, висловлене в письмовій формі або у формі, що дає змогу дійти висновку про надання згоди.

Згідно з п. 6 ст. 6 Закону «Про захист персональних даних», неприпустимим є оброблення даних про фізичну особу, які є конфіденційною інформацією, без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Згідно зі ст. 32 Конституції України, неприпустимими є збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Зважаючи на викладене, учасник зобов'язаний дістати згоду своїх працівників на розголошення їхніх персональних даних у системі ProZorro. Якщо учасник подасть тендерну пропозицію, яка містить персональні дані працівників, то цим він підтверджує, що згоду на їх розголошення він отримав.

У разі ж відмови працівника надати згоду на поширення своїх персональних даних учасник процедури закупівлі втратить можливість виконати вимогу тендерної документації, унаслідок цього пропозиція такого учасника може бути відхилена через причину, що не залежать від його волі.

Тобто ця вимога тендерної документації буде дискримінаційною стосовно учасника. При цьому під час публічних закупівель дискримінацію забороняють ст. 3 Закону «Про публічні закупівлі» (принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель), ч. 3 ст. 5 цього Закону (замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників) і ч. 4 ст. 22 цього Закону (тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників).

Водночас ігнорувати вимогу тендерної документації не слід: у кожному конкретному випадкові необхідно довести її необґрунтованість і дискримінаційність стосовно конкретного учасника закупівлі.

Нижче пропонуємо позицію органу оскарження щодо наявності в тендерній документації вимог стосовно надання учасниками у складі тендерних пропозицій інформації та/або документів, яка містить персональні дані про третіх осіб.

Приклади позицій органу оскарження щодо надання учасниками документів, які містять персональні дані про третіх осіб

Приклад № 1 (додатково див. Рішення Постійної діючої колегії АМКУ № 4415-р/пк-пз від 05.07.2017, [UA-2017-05-12-000685-b](https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/personalni-dani-ta-dyskryminatsiia-iaak-ne-staty-zaruchnykom-u-vlasnykh-pratsivnykh))

Учасник скаржився на встановлення дискримінаційних вимог у тендерній документації та просив зобов'язати замовника внести зміни до неї. Так, у додатку № 2 тендерної документації, зокрема, було зазначено: «Для документального підтвердження

відповідності кваліфікації працівників робітничих спеціальностей, вказаних у таблиці, учасник повинен надати такі документи: копії наказів про призначення, про прийом на роботу та копії трудових книжок (або трудових договорів). Для документального підтвердження відповідної кваліфікації інженерно-технічних працівників, перерахованих у таблиці, учасник повинен надати копії наказів про призначення, копії дипломів про закінчення навчальних закладів (у тому числі сторінку, на якій міститься інформація щодо фаху/спеціальності) та копії трудових книжок (або трудових договорів)». Троє працівників письмово відмовилися надавати копії своїх трудових книжок, відповідні заяви, написані власноручно, були долучені до тендерної пропозиції.

Орган оскарження ухвалив рішення зобов'язати замовника внести відповідні зміни до тендерної документації, яке обґрунтував тим, що замовник не довів необхідність встановлення в тендерній документації наведеної вище вимоги, а також не спростував інформацію, наведену скаржником у скарзі.

До уваги! Наведені вище умови документації (зокрема в разі відмови працівників учасника від оприлюднення персональних даних) можуть стати підставою для відхилення тендерних пропозицій потенційних учасників через причини, що не залежать від них. Такі вимоги дискримінують потенційних учасників процедури закупівлі, у тому числі скаржника.

Приклад № 2 (додатково див. Рішення Постійної діючої колегії АМКУ № 330-р/пк-пз від 24.01.2017, [UA-2016-11-11-000861-b](#))

Учасник, пропозицію якого замовник відхилив, звернувся до органу оскарження з вимогою зобов'язати замовника скасувати рішення про допущення пропозиції переможця (ТОВ «Бомбардир Транспортешн Україна») до аукціону в процедурі закупівлі через її невідповідність умовам тендерної документації.

Скаржник зазначав, що у складі тендерної пропозиції ТОВ «Бомбардир Транспортешн Україна» міститься довідка про наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, яка не містить інформації щодо П. І. Б. працівників.

П. 2 дод. 1 тендерної документації передбачене надання учасниками інформації про наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, яку подають за формою, розміщеною нижче.

П.І.Б.	Посада	Стаж роботи на вказаній посаді (у роках)

За результатами розгляду орган оскарження ухвалив рішення, що тендерна пропозиція ТОВ «Бомбардир Транспортешн Україна» не відповідає вимогам документації та мала бути відхилена замовником відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону. Не відхиливши цю тендерну

пропозицію, замовник порушив вимоги ч. 1 ст. 30 Закону (скаржник звернувся з вимогою зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення пропозиції скаржника).

До уваги! орган оскарження не завжди визнає дискримінаційними умови тендерної документації стосовно надання персональних даних працівників учасника закупівлі. Адже учасники часто нехтують необхідністю доводити та документально підтверджувати неможливість виконати відповідну умову документації, а також надавати документальне підтвердження того, яким чином ця умова порушує їхні права та законні інтереси, пов'язані з участю у процедурі закупівлі. У результаті їхні скарги не задовольняють.

Приклад № 3 (додатково див. Рішення Постійної діючої колегії АМКУ № 9621-р/пк-пз від 18.09.2018, [UA-2018-08-17-000641-b](#))

В одній зі справ скаржник звернувся до органу оскарження з вимогою зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації, яка містить вимогу щодо надання документів про освіту та/або підвищення кваліфікації працівників, документа встановленого законодавством взірця (посвідчення та протокол/витяг з протоколу комісії з перевірки знань), що містить інформацію про результати перевірки знань з охорони праці, яка суперечить Закону України «Про захист персональних даних», оскільки вказані документи містять персональні дані працівників.

Замовник у своїх поясненнях зазначив, що такі детальні умови про надання всіх описаних документів вписані для отримання відомостей про підтвердження кваліфікації працівників, які виконуватимуть роботи з чітким дотриманням правил техніки безпеки.

У зв'язку з тим, що скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконати наведену вище умову документації, а також не надав документального підтвердження, яким чином наведена вище умова порушує його права та законні інтереси, пов'язані з участю в процедурі закупівлі, орган оскарження ухвалив рішення про відсутність підстав для задоволення скарги.

Приклад № 4 (додатково див. Рішення Постійної діючої колегії АМКУ № 3465-р/пк-пз від 13.04.2018, [UA-2018-02-07-000607-a](#))

Замовник, зловживаючи повноваженнями, безпідставно відхилив пропозицію скаржника з посиланням на те, що в довідці, що містить інформацію про наявність працівників, не зазначена інформація про працівників, а саме — П. І. Б., що може свідчити про те, що працівників даних спеціальностей на підприємстві немає.

Учасник не погодився з даним рішенням і звернувся до органу оскарження з вимогою зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення його тендерної пропозиції та рішення про визначення переможця процедури закупівлі.

Скаржник зазначав, що у складі його пропозиції надано довідку, що містить інформацію про наявність в учасника працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, необхідні для виконання договору про закупівлю. При цьому документація не містить вимоги щодо зазначення прізвищ, імен, по батькові працівників.

Відповідно до п. 1 дод. 1 тендерної документації для підтвердження відповідності кваліфікаційному критерієві «наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід» необхідно надати довідку в довільній формі, що містить інформацію про наявність в учасника працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, необхідні для виконання договору про закупівлю із зазначенням: найменування професії (посади, розряду), освіти, спеціальності та стажу роботи.

У підсумку орган оскарження дійшов висновку, що скаржник не порушив умови документації, у зв'язку із чим його пропозиція була неправомірно відхилена, оскільки тендерна документація передбачала необхідність надання зазначеної вище довідки саме в довільній формі та не передбачала окремої вимоги щодо необхідності зазначення П. І. Б. працівників.

А якщо не вимагати лист-згоду на розголошення персональних даних?

Трапляються непоодинокі випадки, коли тендерна документація не містить окремої вимоги щодо надання учасниками листа-згоди, а в умовах тендерної документації як альтернатива прописано: **«Факт подання тендерної пропозиції учасником — фізичною особою, у тому числі фізичною особою-підприємцем, яка є суб'єктом персональних даних, вважається безумовною згодою суб'єкта персональних даних щодо оброблення її персональних даних у зв'язку з участю в процедурі закупівлі відповідно до абз. 4 ст. 2 Закону України "Про захист персональних даних" від 01.06.2010 № 2297-VI.**

В усіх інших випадках факт подання тендерної пропозиції учасником — юридичною особою, що є розпорядником персональних даних, вважається підтвердженням наявності в неї права на оброблення персональних даних, а також надання такого права замовникові як одержувачу зазначених персональних даних від імені суб'єкта (володільця)». У такому випадкові відповідальним за неправомірне передавання замовникові персональних даних, а також їх оброблення є виключно учасник процедури закупівлі, що подав тендерну пропозицію.

Висновки

На підставі вищевикладеного зробимо кілька висновків.

По-перше, належним способом захисту учасника в даній категорії справ є звернення до органу оскарження в порядку ст. 18 Закону «Про публічні закупівлі» на етапі подання тендерних пропозицій зі скаргою про визнання дискримінаційними вимоги тендерної документації та зобов'язання замовника внести до неї зміни.

По-друге, вимоги тендерної документації учасник має сприймати буквально та виконуватися в повному обсязі. Неможливість виконання кожної вимоги має бути обґрунтованою і підтвердженою документально (наприклад, якщо працівники

відмовилися розголошувати свої персональні дані, то слід надіслати у складі тендерної пропозиції докази такої відмови). Також необхідно підтвердити відсутність інших працівників, які не відмовлялися від розголошення їхніх персональних даних. Тобто учасник закупівлі має довести і підтвердити: (1) об'єктивну неможливість виконання умови, (2) яким чином умова порушує його права та законні інтереси, пов'язані з участю у закупівлі, (3) протиправність умови (обґрунтувати, що вона суперечить законодавству).

По-третє, тендерну пропозицію подають відповідно до вимог тендерної документації. Якщо тендерна документація містить вимогу про надання документа, що містить персональні дані працівників учасника закупівлі, то надання такого документа є обов'язковим. І якщо учасник його не надасть, то це буде невиконанням вимог тендерної документації. Якщо учасник не оскаржить відповідну умову тендерної документації, то оскарження рішення замовника про відхилення його тендерної пропозиції в подальшому буде істотно ускладнене.