

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Ośrodek Ewaluacji Sp. z o.o.

1. Zakres dokonanego zastrzeżenia

Na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy - Prawo Zamówień Publicznych - zastrzegamy część oferty w zakresie całości dokumentów:

- * Szczegółowy opis planowanej realizacji Przedmiotu zamówienia - zwany dalej również „ofertą” oraz „ofertą merytoryczną”;
- * Wykaz osób – w momencie, kiedy zostanie złożony. w związku z tym, że w dokumentach tych zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z czym nie mogą one być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim. Nie jest również możliwe wyodrębnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z całości dokumentu i zastrzeżenie jedynie jego części. Wszystkie te informacje stanowią źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej. Informacje zastrzeżone posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą rozumianą w aspekcie, iż ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku.

2. Podstawa prawna dokonanego zastrzeżenia

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 2 uznk), tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Z kolei zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca uprawniony jest do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o ile zastrzeżenie to zostanie dokonane w chwili składania oferty i będzie zawierało uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia. Całość zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji, a także podjętych działań, mieści się w wyżej wskazanych granicach wyznaczonych prawem. Dodatkowo informacje zawarte w wykazie osób chronione są na podstawie Ogólnego rozporządzenie o ochronie danych (RODO).

3. Podstawa faktyczna dokonanego zastrzeżenia

Niniejsza oferta została przygotowana na podstawie wieloletnich doświadczeń zdobytych podczas realizacji dotychczasowych badań i analizy zakresu merytorycznego przedmiotowego badania oraz przy uwzględnieniu specyfiki instytucji zamawiającej badanie. W związku ze znacznym wyrównaniem cen, jakie wykonawcy oferują za realizację poszczególnych badań, oraz ze stosowaniem przez instytucje zamawiające badania kryterium merytorycznego na etapie oceny ofert (przy jednoczesnym stopniowym zwiększaniu jego wagi/istotności) oferty merytoryczne są kluczowym elementem stanowiącym o konkurencyjności poszczególnych oferentów oraz decydującym o faktycznym sukcesie, jakim z perspektywy oferenta jest pozyskiwanie zamówień i w następnym etapie ich sprawna i terminowa realizacja. Oferty merytoryczne stanowią jako całość istotną wartość gospodarczą oferentów i są kluczowym narzędziem decydującym o ich ewentualnej przewadze konkurencyjnej. W związku z faktem, że merytoryczny poziom ofert merytorycznych jest często bardzo wyrównany, oraz że ocena ofert realizowana jest przez poszczególnych przedstawicieli Zamawiającego w oparciu o ich indywidualną wiedzę, doświadczenie oraz, co ważne, subiektywną ocenę oferty jako całości, istotny z perspektywy uzyskania

wysokiej oceny jest nie tylko zaproponowany zakres, ale również sposób omówienia i prezentacji poszczególnych elementów składających się na ofertę merytoryczną. Należy zatem przyjąć, iż prezentacja oraz struktura oferty posiadają wymierną wartość gospodarczą, tzn. elementy te mogą być kluczowe z perspektywy podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty.

Przez ofertę merytoryczną Wykonawca rozumie przyjętą i zaoferowaną Zamawiającemu metodologię realizacji przedmiotu zamówienia, której opis jest składany z ofertą i podlega ocenie Zamawiającego. Metodologia taka ma charakter autorski i powstaje przed złożeniem oferty w wyniku połączenia unikalnego doświadczenia Wykonawcy z uwzględnieniem stosowanych przez niego narzędzi, praktyk, procedur i zespołów ludzkich. Informacje te zarówno jako całość jak i w ujęciu jednostkowym poszczególnych elementów są przez Wykonawcę chronione i nie były udostępniane podmiotom trzecim, a stosowane w innych projektach pozostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dla osób postronnych.

Istotny dla ochrony informacji jest również fakt, że doświadczenie Wykonawcy na bazie którego budowana jest metodologia pracy oparta jest nie tylko o projekty realizowane w sektorze publicznym, ale również w sektorze prywatnym, w którym ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa jest dalej idąca i uznawana za przyjętą z góry, a zapisana w umowie obwarowana jest karami umownymi.

Reasumując, w zakresie zastrzeżenia dotyczącego stosowanej metodologii pracy i przygotowania przedmiotu oferty, uznać należy, że:

- * jest to **informacja organizacyjna przedsiębiorstwa o charakterze gospodarczym, oparta o indywidualnie wypracowane know-how** i doświadczenie podmiotów składających ofertę. Informacje te podlegają również ochronie jako mające także wartość gospodarczą, to jest w szczególności taką, która jest źródłem zysku lub podstawą do zaoszczędzenia kosztów dla Wykonawcy właśnie w związku z tym, że pozostanie ona poufna. Wartość gospodarcza wypracowanej przez Wykonawcę metodyki wykonania oferty merytorycznej jest równa cenie oferty. Informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób – Wykonawca chroni informacje dotyczące metodologii pracy, a tworząc konsorcja czy współpracując z podmiotami trzecimi nie tylko nie udostępnia im informacji dotyczących wypracowanych metodologii w całości, ale również w przypadku konieczności ujawnienia dla efektywnej współpracy części wypracowanych zasad działania, zawiera z podmiotami tymi odpowiednie porozumienia dotyczące poufności, zastrzegając jednocześnie wysokie kary umowne w przypadku niedotrzymania zasad ochrony informacji.
- * Wykonawca podejmuje, przy **zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania chronionych informacji w poufności**. Wykonawca nie udostępnia zasad tworzących metodologię publicznie, a w przypadku ubiegania się o zamówienia publiczne, wypracowane metodologie pozostają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa również po okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszyscy pracownicy Zamawiającego jednocześnie zobowiązani są do zachowania poufności informacji, chroniąc szczególnie wszelkie przejawy utworów mających charakter autorski i unikatowy, a przyjęty u Wykonawcy dostęp do informacji jest ograniczony do osób dedykowanych do realizacji danego projektu.
- * Realizowana usługa będąca **przedmiotem zamówienia oparta jest w głównej mierze o szczególne kompetencje, w tym kompetencje osobiste, personelu**. Zarówno informacja dotycząca osób, którymi Wykonawca dysponuje w celu wykazania spełniania warunków udziału, jak i wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia jest informacją szczególnie przez Wykonawcę chronioną. Imię i nazwisko, kwalifikacje, doświadczenie zawodowe, wykształcenie mają charakter informacji organizacyjnej przedsiębiorstwa. Wykaz osób jest efektem wieloletniego doświadczenia Wykonawcy w zakresie rekrutacji odpowiednich specjalistów, którzy gwarantują spełnienie oczekiwań Zamawiającego zarówno w kwestii wymogów formalnych, jak i odpowiedniej terminowości, kultury, czy jakości pracy, przy

zachowaniu racjonalnego poziomu kosztów. Udostępnienie tego wykazu konkurencji ułatwi jej rekrutację odpowiednich osób do wykonywania analogicznych zleceń, a zatem również posiada wymierną wartość gospodarczą. W sytuacji konkurencji na rynku osoby posiadające doświadczenie w określonej branży czy dziedzinie stanowią o potencjale wykonawcy. Zastrzeżenie wykazu tych osób pozwala chronić ten potencjał (ludzki) przed praktyką „podkupywania” specjalistów przez konkurencyjne firmy. Wykaz osób zatem podlega przez Wykonawcę zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z przyjętą doktryną oraz linią orzeczniczą Sądów Okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V Ca 421/ 07), który uznał że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa). Ujawnienie powyższych informacji zagraża interesowi przedsiębiorcy i rodzi negatywne skutki dla Wykonawcy. Ich ujawnienie daje możliwość wykorzystania w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej danego przedsiębiorcy, a przy konkretnych zapisach umowy z Zamawiającym, również niemożności wykonania przedmiotowego zamówienia, co przełoży się nie tylko na kary umowne ale również utratę reputacji i dobrego imienia Wykonawcy, co w konsekwencji utrudni mu prowadzenie działalności gospodarczej. Podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wysztalcenie, certyfikaty) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji „podkupienie”. Tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Ponadto wykaz osób daje wiedzę, co do posiadanego doświadczenia oraz struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca, a także jego relacji biznesowych w przypadku realizacji umowy czy poleganiu na potencjale udostępnionym przez podmioty trzecie. Wykonawca podkreśla przy tym, iż także w odniesieniu do osób wskazanych w wykazie podjęte zostały odpowiednie działania, zmierzające do zachowania poufności dotyczących ich informacji. Abstrahując bowiem od samego zastrzeżenia poufności tych danych w ramach oferty Wykonawcy (co samo w sobie świadczy o dążeniu Wykonawcy do ich nieujawniania), zarówno w umowach z osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wskazanymi w ofercie przewidziano odpowiednie klauzule poufności.

Niezależnie od faktu, iż w świetle SWZ wskazanym osobom stawiane są wymagania, które przekonują o szczególnej „wartości gospodarczej”, jaką reprezentują one dla Wykonawcy (w szczególności wymagania co do wieloletniego doświadczenia zawodowego na odpowiednich stanowiskach oraz co do uczestnictwa w określonego rodzaju zamówieniach i posiadaniu określonych certyfikatów), podkreślenia ponadto wymaga, że informacje takie mają również charakter organizacyjny i wejście w ich posiadanie przez konkurentów Wykonawcy, daje im nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną w razie ubiegania się przez nich w przyszłości o udzielenie innych zamówień. Jak bowiem zwróciła uwagę KIO m.in. w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r. (1663/12): "Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zawarty w ofercie, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ posiada charakter organizacyjny oraz posiada wartość gospodarczą i dotyczy sytuacji, gdy nie został ujawniony do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do informacji w nim zawartych niezbędne działania w celu zachowania poufności."

Wykonawca wyjaśnia, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa chroni informację o fakcie, że konkretne osoby będą brały udział w niniejszym przetargu, ewentualnie będą uczestniczyły w realizacji przedmiotowego zamówienia. Tylko informacje pełne tj. że konkretne osoby będą realizowały zamówienie stanowi wartość gospodarczą dla Wykonawcy.

Spółka nie chroni natomiast i nie jest w stanie zapobiec ujawnianiu informacji o danych osobowych konkretnych osób na portalach społecznościowych, czy też na stronach firm, w których pracują.

Zwracamy uwagę, że z informacji tam zawartych (podanych przez te osoby w swoim profilach) nie wynika, iż wskazane osoby współpracują z Wykonawcą w niniejszym postępowaniu i że będą realizowały przedmiotowe zamówienie, a zatem Wykonawcy mają w dalszym ciągu prawo do nieujawniania w/w informacji do wiadomości publicznej.

4. Podsumowanie

Zgodnie z zapisem ustawy tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić wyłącznie informacje chronione. Informacjami takimi będą więc wszelkie informacje, które nie znajdują się w domenie publicznej, tzn. nie istnieje legalny sposób zapoznania się z nimi bez wyraźnej zgody dysponenta. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają tę przesłankę.

Ponadto w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ramach oferty składanej w postępowaniu, Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności takich informacji, tj.: klasyfikacja i znakowanie poufnych informacji; ograniczenie dostępu oraz fizyczna ochrona miejsc przechowania informacji; zabezpieczenie nośników, na których zapisane są dane w postaci elektronicznej; zastosowanie zabezpieczeń informatycznych; zobowiązanie pracowników do zachowania poufności udostępnionych informacji; wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami.

Małgorzata Leszczyńska

Ośrodek Ewaluacji

Podpis Wykonawcy