

Zastrzeżenie Openfield spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w Ofercie

Działając w imieniu Openfield sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: **Wykonawca**), na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm., dalej: **Ustawa PZP**) w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm., dalej: **Ustawa ZNK**) oświadczam, iż **zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w „OPIS PLANOWANEJ REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - str. 2-11 Formularza oferty” i wnoszę o ich nieudostępnianie.**

UZASADNIENIE

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 Ustawy PZP, co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wyjątek w tym zakresie został uregulowany w przepisie art. 18 ust. 3 Ustawy PZP, w myśl którego - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Ustawodawca nałożył więc na wykonawcę dwa obowiązki, które powinny być spełnione łącznie w celu dopuszczenia możliwości skorzystania z instytucji zastrzeżenia informacji w toku postępowania o zamówienie publiczne. Przedmiotowe obowiązki stanowią:

- 1) dokonanie przez wykonawcę zastrzeżenia, że informacje przekazane przez wykonawcę nie mogą być udostępnione;
- 2) wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pierwszy krok stanowi więc złożenie przez wykonawcę oświadczenia o zakazie udostępniania przekazanych przez niego informacji. Obowiązek wynikający z punktu drugiego jest bardziej skomplikowany, gdyż wymaga wykazania, że informacje o których mowa w pkt 1 powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnica przedsiębiorstwa została uregulowana w art. 11 ust. 2 Ustawy ZNK i rozumie się przez nią - *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.*

Mając na względzie powyżej powołaną definicję należy wskazać, że za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać jedynie takie informacje, które spełniają łącznie następujące warunki:

- 1) stanowią informację o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym bądź też stanowią inną informację o wartości gospodarczej;

- 2) informacje te łącznie lub osobno nie są udostępnione do powszechnego użytku;
- 3) uprawniony do nich podmiot podjął czynności mające na celu utrzymanie ich w poufności.

W ocenie Wykonawcy zawarte przez niego informacje w „**OPIS PLANOWANEJ REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - str. 2-11 Formularza oferty**” spełniają wyżej wskazane przesłanki, na dowód czego, Wykonawca wskazuje jak niżej.

W pierwszym rzędzie zastrzeżenia wymaga, że każda poufna informacja ma indywidualny charakter, a co za tym idzie nie jest możliwe enumeratywne wyliczenie informacji, które mogą na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - *Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całość stałt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna¹.*

W tym miejscu podniesienia wymaga, że zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają charakter organizacyjny i posiadają znaczną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Przede wszystkim informacje zastrzegane w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę stanowią rozwiązania oryginalne i jednostkowe, które stanowią wypracowane przez Wykonawcę know-how, nieudostępniane do użytku osobom trzecim. Na zakres zastrzeżonej informacji składają się autorska metodologia, sposób organizacji badań, kontekst naukowo-teoretyczny oraz sposób prowadzenia analiz. Nadto całość metodologii stosowanej przez Wykonawcę, która obejmuje zasady organizacji pracy, techniki i metody prowadzenia badań jest unikalna i wypracowana na podstawie wiedzy oraz indywidualnych doświadczeń Wykonawcy opartych na podstawie wcześniej realizowanych przez Wykonawcę zleceń o podobnym charakterze.

Co istotne przedmiotowy zakres informacji jest kluczowym elementem oceny Oferty pod kątem jej konkurencyjności, a więc jednoznacznie należy uznać, że mają istotną wartość gospodarczą.

Upowszechnienie zastrzeżonych informacji zawartych w Ofercie osobom trzecim spowodowałoby udostępnienie na rzecz zewnętrznych podmiotów posiadanej przez Wykonawcę wiedzy, techniki, metod, narzędzi badawczych oraz wypracowanego przez Wykonawcę know-how w zakresie rozwiązań organizacyjnych i technicznych stosowanych przez Wykonawcę, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do uzyskania przez konkurencję przewagi na rynku lub zmniejszenia przewagi Wykonawcy. Działania upubliczniające wskazywane w niniejszym zastrzeżeniu informacji pozwalałyby na zaoszczędzenie osobom trzecim wydatków lub powodowałyby zwiększenie ich zysków, co stanowiłoby jednoznacznie powstanie szkody po stronie Wykonawcy. Ochrona treści informacji dotyczącej „**OPIS PLANOWANEJ REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - str. 2-11 Formularza oferty**” zwiększa konkurencyjność

¹ Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2019 r., sygn. akt 185/19

Wykonawcy na rynku. Wszystkie zastrzeżone informacje mają bowiem dla Wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie muszą być chronione. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 917/17 - *informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ZNKU musi mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.*

Co istotne, zawarte w Ofercie dane dotyczące „**OPIS PLANOWANEJ REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - str. 2-11 Formularza oferty**” zostały opracowane w sposób indywidualny na potrzeby przedmiotowego zamówienia oraz wymagały one poczynienia znacznego nakładu pracy w postaci uwzględnienia doświadczenia i wiedzy posiadanej przez Wykonawcę, a także z zastosowaniem procedur wewnętrznej struktury i organizacji przedsiębiorstwa, które stanowią istotną wartość organizacyjną Wykonawcy i przekładają się na wartość gospodarczą. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14 - *tajemnicę tę stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z powyższego wynika, że zastrzeżenie poufności informacji może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski – nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęte zostały w stosunku do niej przez przedsiębiorcę działania zmierzające do zachowania jej poufności.*

Zaznaczenia wymaga, że informacje przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania były przygotowywane pod kątem konkretnego zamówienia, a więc mają charakter oryginalny, jednostkowy i twórczy, który jednocześnie wykorzystuje metody i narzędzia badawcze wypracowane na potrzeby konkretnego postępowania, a więc posiadają również znaczną wartość gospodarczą.

Odnosząc się do przesłanki wynikającej z pkt 2, Wykonawca nie udostępnił wcześniej w żadnej sposób informacji w zastrzeżonym zakresie do wiadomości publicznej i podjął szereg działań mających na celu jej zabezpieczenie przed dostępem do niej przez osoby postronne, czym wypełnił obowiązek w zakresie podjęcia czynności mających zapewnić odpowiedni poziom ochrony prawnej. Wykonawca kontroluje zakres udostępniania informacji podmiotom działającym w ramach jego organizacji, jednocześnie chroniąc przedmiotowe informacje przed ich udostępnieniem osobom trzecim.

Wykonawca wdrożył bowiem szereg narzędzi i instrumentów związanych z ochroną informacji niejawnych tj. technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych Wykonawcy

wprowadził procedury wewnętrzne, które gwarantują poufność informacji, przede wszystkim odnoszące się do klauzul poufności obowiązujących pracowników przygotowujących danych, które Wykonawca zastrzega w niniejszym postępowaniu.

Nadto Wykonawca wskazuje, że w celu zapewnienia poufności zastrzeganych w niniejszym postępowaniu informacji, wskazuje, że w ramach jego organizacji funkcjonują takie środki ochrony jak:

- przyjęte polityki bezpieczeństwa dla grup informacji,
- stosowane klauzule poufności w umowach z pracownikami lub z kontrahentami dla określonego rodzaju informacji,
- oświadczenia podmiotów trzecich (niezależnych od Wykonawcy) o doborze rozwiązania na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Działania takie spełniają wymogi w zakresie ochrony zachowania określonych informacji w tajemnicy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 - *podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.*

Wykonawca wprowadził w swoich strukturach organizacyjnych szereg zabezpieczeń, które fizycznie zapewniają ochronę przechowywanych przez niego informacji. Wprowadzono ściśle kontrolowany dostęp do danych zabezpieczony poprzez zapewnienie dostępu jedynie dla uprawnionych i zarejestrowanych użytkowników. Używane przez Wykonawcę systemy zostały zabezpieczone przez atakami z sieci zewnętrznej oprogramowaniem antywirusowym. Nadto cała transmisja danych zabezpieczona jest kryptograficznie. Serwery i dostęp do baz danych zabezpieczony jest przez zastosowanie firewalli i innych narzędzi zabezpieczających.

Czynności podejmowane przez Wykonawcę nakierunkowane są właśnie na niedopuszczenie do sytuacji, w których osoby trzecie weszłyby w posiadanie chronionych informacji, a więc również w tym zakresie wypełniony został przez Wykonawcę obowiązek podjęcia czynności mających na celu utrzymanie ich w poufności.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że istotne jest by wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału, dlatego też Wykonawca mając na uwadze powyższy wymóg, zastrzega informacja zawarte w **„OPIS PLANOWANEJ REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - str. 2-11 Formularza oferty”** już na etapie składania Oferty do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne.

Z poważaniem
Justyna Wojtun