

Uzasadnienie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa

Na podstawie art. 8 ust 3 ustawy Pzp poniżej przedstawiamy uzasadnienie zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa elementów złożonej oferty.

Wykonawca zastrzegł w złożonej w w/w postępowaniu ofercie treść dokumentów: **Załącznik nr 13 - Wykaz osób (dokument składany na wezwanie Zamawiającego)**. Przedłożone przez Wykonawcę zastrzeżone informacje mają dla Wykonawcy znaczną wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż szczegółowo określają posiadany przez Wykonawcę potencjał o wymiernej wartości, umożliwiając uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych.

Zastrzeżone informacje tj: identyfikacja danej osoby na danym stanowisku umożliwiło Wykonawcy zaoferowanie wykonania zamówienia za daną cenę. Posiadanie takich informacji przez innego wykonawcę, mogłoby uniemożliwić zawarcie ostatecznej umowy o współpracy z danym ekspertem, lub zerwanie umowy już podpisanej, co spowodowałoby znaczne straty finansowe Wykonawcy. Wymagania postawione w przetargu co do doświadczenia ekspertów, znacznie zawężają krąg personelu, który może brać udział w realizacji zamówienia, tym samym personel ten ma znacznie większą wartość rynkową w danym momencie.

Niniejszy pogląd przedstawił także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. V Ca 421/07 Stwierdził, że **wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa**. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. **Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób.**

Należy mieć w tym miejscu na uwadze analogie, iż przedmiotowa usługa nadzoru nad realizacją robót, tak jak usługa informatyczna przywołana w cytowanym wyroku jest usługą intelektualną, wykonaną przez potencjał osób o określonym, wysokim doświadczeniu, będący w dyspozycji wykonawcy.

Podobne stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 874/08 z dnia 5 września 2008r. wskazując, iż:

Dane co do potencjału osobowego - wykaz osób wraz z kwalifikacjami i zdobytym doświadczeniem – zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlegają w związku z tym odtajnieniu i ujawnieniu”

Taka opinia została potwierdzona także w innych, późniejszych wyrokach KIO takich jak: wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1564/10 oraz wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/1400/10. Ponadto Wykonawca w całości uznaje za swoje stanowisko przedstawione w wyroku KIO z dnia 31 grudnia 2012r. sygn. akt KIO 2765/12, gdzie Izba stwierdziła:

W odniesieniu do wykazu osób Izba uznała, że dokument ten może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zawiera bowiem informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza przystępującego. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko co do kwalifikacji, doświadczenia, czy wiedzy, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. Usługi sektora IT głównie opierają się na wiedzy i doświadczeniu informatyków. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa przystępującego lub osób, którymi przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby możliwe są sytuacje, w których wola przedsiębiorcy decyduje o bycie tajemnicy przykładowo można wskazać na przemysł samochodowy, gdzie powszechne jest utrzymywanie tajemnicy dotyczącej nowego modelu danej marki do czasu określonych targów branżowych. Podobnie na rynku usług branży IT nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. Utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników.

Wyrok ten dotyczy wprawdzie potencjału kadrowego z branży IT, ale jak wskazywano powyżej – w związku z charakterem usług będących przedmiotem niniejszego postępowania – znajduje on zastosowanie również w tej sprawie.

Wykonawca podejmując decyzję o zastrzeżeniu informacji miał na celu ochronę swojego potencjału przed wykorzystaniem zawartych tam informacji przez innych wykonawców, w tym także podkupowaniu pracowników lub stałych współpracowników.

W tym zakresie także orzekła Krajowa Izba Odwoławcza Sygn. akt KIO 667/10 z dnia 13 maja 2010r wskazując, iż:

*„wskazanie przez Odwołującego na zjawisko "podkupywania" pracowników jest wystarczające do stwierdzenia, że wszelkie informacje **w tym zakresie zasługują na ochronę**. Ich ujawnienie zagraża bowiem interesom danego przedsiębiorcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej danego przedsiębiorcy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę "podkupywania". Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, **Wykaz ten daje wiedzę, co do struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot).**”*

W niniejszym przypadku nie ma znaczenia, iż część doświadczenia personelu zostało zdobyte w trakcie realizacji zamówień publicznych gdzie umowy są jawne. Wykonawca nie chce ujawnić swojej struktury zatrudnianego personelu, więc naturalnym jest, iż wykazane doświadczenie także zostało utajnione, gdyż informacje te jednoznacznie identyfikują daną osobę. Warto zaznaczyć, że informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 21 czerwca 2011, KIO 1195/11).

Informujemy, że ECM Group Polska S.A. zastrzega we wszystkich ofertach złożonych od początku roku 2012 informacje związane z doświadczeniem i składem wskazanego personelu do realizacji zamówienia (także gdy ECM występuje jako członek konsorcjum). Zarząd ECM wprowadził takie działanie jako stałą zasadę w skutek negatywnych doświadczeń wynikających ze składania w pełni jawnych ofert w latach poprzednich polegających na „podbieraniu” osób zgłoszonych do realizacji zamówienia. Wykonawca dbając o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa podjął szerokie działania na etapie przygotowania ofert. Wykonawca posiada ściśle określony obieg dokumentów, wynikający z systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008. Dokumenty mają określone dekrety i są przechowywane w systemie informatycznym na własnym serwerze ECM ze ścisłym podziałem dostępu dla pracowników na działy i dane foldery. Osoby

bezpośrednio zajmujące się ofertowaniem są zobowiązane do zachowania tajemnicy odpowiednimi instrukcjami zawierające klauzule o zachowaniu tajemnicy. Wykonawca w taki sposób zachowuje należyte środki ochrony aby przedmiotowymi wykazami osób dla danego postępowania, oraz bazą osób nie dysponował jakikolwiek inny podmiot lub osoba do tego nieuprawniona. Kontakt z podmiotami udzielającymi potencjał jest prowadzony tylko z osobami do tego wyznaczonymi, informacje jej przekazane nie są dostępne dla innych pracowników konsorcjanta, lub udzielającego. Poza tym w ustaleniach z podmiotami współpracującymi mamy zobowiązania do zachowania poufności. Potwierdzamy więc, że brak jest dostępu na zwykłej drodze do danych zawartych w ofercie, które zostały zastrzeżone.

Tożsamy do prezentowanych zakres wyjaśnień składanych w innym postępowaniu przez ECM został oceniony przez KIO w postępowaniu KIO 1696/13 z dnia 2013-07-26. W uzasadnieniu Izba uznała zasadność utajnienia przedmiotowych danych :

*"..... Wykonawca mógł utajnić dane personalne osób, które będą realizowały zamówienie. Wskazał na szczególną potrzebę związaną z ochroną swoich interesów i negatywne doświadczenia związane z dotychczasowym udziałem w postępowaniach przetargowych, w tym polegające na uniemożliwieniu współpracy z proponowanymi ekspertami i próbach nawiązania współpracy z ekspertami przez podmioty trzecie z pominięciem Wykonawcy. **Izba uznała, że uprawnione zatem było utajnienie danych w zakresie imienia i nazwiska osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, jak również danych, które wprost mogą doprowadzić do identyfikacji tych osób.** W ocenie Izby, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, danymi, które mogą wprost identyfikować osobę są dane w zakresie opisu doświadczenia poszczególnych osób. Opisy doświadczenia zawierają bowiem dane dotyczące konkretnych projektów zrealizowanych przez poszczególne osoby. Z uwagi na fakt, że projekty te dotyczą wielkich inwestycji wraz z datami ich realizowania, umożliwiają przez to identyfikację osób, które działały przy ich realizacji....."*

Ponadto wskazujemy, że informacje, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostały dotychczas ujawnione do publicznej wiadomości.

Podsumowując, podkreślamy iż :

- zastrzeżone informacje nigdy nie zostały ujawnione do informacji publicznej, publikacji itp.,
- są informacją handlową i mającą charakter organizacyjny związaną bezpośrednio ze sposobem realizacji zamówienia,
- posiadają dla wykonawcy wymierną wartość gospodarczą, mają bezpośredni wpływ na szacowanie ceny ofertowej i uzyskanie zamówienia publicznego,
- Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

Przedstawione argumenty potwierdzają że przedmiotowy zakres winien być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). wskazanym w opinii Urzędu Zamówień Publicznych gdzie czytamy :

Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno 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.

Wyrażamy nadzieję, iż powyższe wyjaśnienia Zamawiający uzna za wystarczające, jednocześnie podtrzymujemy swoje stanowisko, iż informacje w przedmiotowym zakresie nie powinny być udostępnione osobom trzecim.