

Warszawa, dnia 05.06.2017 r.

WYKONAWCA:

Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A, 02-673 Warszawa

ZAMAWIAJĄCY:

Miasto Piotrków Trybunalski
Pasaż Karola Rudowskiego 10
97-300 Piotrków Trybunalski

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Miejskiej Biblioteki Publicznej w Piotrkowie Trybunalskim” (dalej „Postępowanie”)

Oświadczenie
o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa

Uwaga! dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa

Szanowni Państwo,

Niniejszym zastrzegamy, że informacje zawarte we wskazanych poniżej dokumentach, załączonych do oferty (strony oferty od nr 40 do nr 115) Wykonawcy („Oferta”) zawierają prawnie chronione tajemnice przedsiębiorstwa.

Wszystkie informacje oraz dokumenty powinny pozostawać zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych.

Nie mogą być zatem udostępniane osobom trzecim, w szczególności innym podmiotom biorącym udział w Postępowaniu.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy informacji zawartych w następujących dokumentach:

- zestawienie cen,
- kosztorysy ofertowe,
- harmonogram realizacji zamówienia z załącznikami,

Mostostal Warszawa S.A.
Oddział Centralny
Tomasz Okoń
Dyrektor Handlowy

- schemat realizacji zamówienia z załącznikami,
- wykaz osób,
- wykaz osób zastępujących.

I. Informacje Ogólne

1. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. W reżimie art. 8 ust. 3 Pzp ustalenia treści pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” dokonuje się na gruncie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”).
3. Z art. 11 ust. 4 UZNK wynika, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą wystąpić **łącznie** następujące przesłanki:
 - 1) określony charakter informacji – informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,
 - 2) niejawnosć informacji - brak jej wcześniejszego ujawnienia do wiadomości publicznej, oraz
 - 3) podjęcie w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a **za takie uważa się w doktrynie w szczególności zastrzeżenie ich poufności zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp.**
4. Według stanowiska Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów definicję tajemnicy przedsiębiorstwa **należy interpretować szeroko i z dużą ostrożnością**, a ponadto należy stosować do niej **wykładnię rozszerzającą**.
5. Z przepisu art. 11 ust. 4 UZNK wynika także, że każda informacja, która ma jakąkolwiek (niekoniecznie dużą) **wartość gospodarczą** może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile spełnione są dwie pozostałe przesłanki przewidziane w tym przepisie.
6. W piśmiennictwie przeważa pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować **liberalnie**.
7. Co istotne, zgodnie z orzecznictwem sądowym, informacja wchodzi w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta była zamawiającemu znana (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59). Sama tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, w **tym także niezależnych konkurentów**.
8. Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach **spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK.**
9. Powyższe rozważania potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych prezentowane na stronie internetowej UZP, w świetle którego *przyjmuje się (...), 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*

Mostostal Warszawa S.A.
Oddział Centralny

Tomasz Okoń
Dyrektor Handlowy

produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną 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 nieznaną, 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.¹

Wykonawca wskazuje, iż wszelkie zastrzeżone informacje znajdujące się w dokumentach wyspecyfikowanych powyżej zawierają informacje techniczne, technologiczne, bądź też o charakterze organizacyjnym i komercyjnym. Zastrzeżone informacje zawierają autorskie rozwiązania, koncepcje techniczne oraz organizacyjne gwarantujące prawidłową realizację zamówienia, uwzględniając wytyczne formułowane przez Zamawiającego, w cenie wskazanej w Ofercie. Stanowią one wynik wieloletniej działalności Wykonawcy, niezbędnego doświadczenia oraz know-how wypracowanego podczas realizacji złożonych inwestycji.

Jednocześnie należy wskazać, iż poza technicznym, technologicznym czy organizacyjnym charakterem, przedmiotowe informacje stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, która pozwala na skuteczną rynkową konkurencję z podmiotami prowadzącymi podobny profil działalności. Nie pozostaje zatem wątpliwe, iż informacje te mogą znajdować się w kręgu zainteresowań podmiotów konkurencyjnych, co w przypadku ich ujawnienia groziło będzie powstaniem u Wykonawcy znaczącej szkody. Należy bowiem zauważyć, iż upublicznienie informacji dotyczące autorskich sposobów realizacji może skutkować przejściem rozwiązań technologicznych.

II. Zestawienie cen, kosztorysy ofertowe

W odniesieniu do kosztorysów oraz zestawienia cen wykonawcy wskazujemy, że informacje w nich zawarte wskazują sposób budowania strategii cenowej w ofercie i stanowią elementy składowe tej strategii. Pragniemy tu zwrócić uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu cena ma charakter ryczałtowy, a udostępnione przez Zamawiającego przedmiary mają tu charakter jedynie pomocniczy. Zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ, Zamawiający określił:

„(...) Zamawiający udostępnia wykonawcom przedmiary robót do dokumentacji projektowej. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia obrazują skalę robót budowlanych i służą jedynie jako

¹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa>

element pomocniczy do wyceny prac (...) Wykonawca jest zobowiązany we własnym zakresie określić ilości i ustalić koszty niezbędnych nakładów związanych z realizacją zamówienia.”

Oznacza to więc, że Zamawiający pozostawił wykonawcom pewien istotny zakres swobody w tworzeniu kosztorysów, a zawarte w nim informacje dotyczące rozliczeń i sposobu kalkulacji w jednoznaczny sposób stanowią o sposobie budowania strategii cenowej w ofercie przez wykonawcę, co bezspornie stanowi określone „know how” wykonawcy i przedstawia dla niego miarodajną, wysoką wartość gospodarczą, zapewniającą przewagę wobec konkurencji. Z uwagi na fakt, że dołączana do oferty, a sporządzana według wzoru Zamawiającego „Zestawienie cen” ujęta w zał. nr 4, jest dokumentem powiązaniem z kosztorysami – bezsporne jest, że zawarte w nim informacje również zawierają dane o elementach składowych strategii cenowej w ofercie i sposobie jej budowania.

Zwracamy przy tym uwagę, że istotną rolę kosztorysów w przedmiotowym postępowaniu przetargowym dostrzegła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2016 r. (sygn. akt KIO: 317/16, 320/16, 327/16, 328/16), w którym stwierdziła jednoznacznie, iż informacje w nim zawarte mogą mieć „ważne znaczenie przy rozliczaniu robót w sytuacjach przewidzianych we Wzorze umowy m. in. w §7 ust. 17, §5 ust.2, §34, §29, §12 ust. 6. Zamawiający przewidział możliwość posiłkowania się informacjami wynikającymi z kosztorysu ofertowego przy realizacji ww. postanowień. Ponadto, załączone do oferty kosztorysy ofertowe stanowią dla Zamawiającego istotną informację o sposobie kalkulacji ceny oferty, co może mieć ważne znaczenie na etapie badania i oceny ofert.”

Uwypuklona przytoczonym fragmentem orzeczenia Izby doniosłość roli kosztorysu jako dokumentu odzwierciedlającego sposób kalkulacji ceny oferty, bezspornie uzasadnia, iż stanowi on swoisty „nośnik” newralgicznej dla wykonawcy informacji o skalkulowanej przez siebie cenie oferty, przedstawiającej określoną wartość gospodarczą.

Informacje zawarte w kosztorysie ofertowym, choć podawane w dokumentach mających zachować układ maksymalnie zbliżony do ujętego w przedmiarach, oraz w załączniku nr 4, mogłyby bowiem pozwolić konkurencji na zapoznanie się z wieloma aspektami działalności Wykonawcy i wykorzystać tę wiedzę przy budowaniu własnej przewagi konkurencyjnej poprzez budowanie własnej strategii cenowej w kolejnych postępowaniach w sposób analogiczny do przyjętego przez Wykonawcę. Powyższe bezspornie przedstawia ogromną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, ponieważ rozwiązania przyjęte przez Wykonawcę, a ujawnione w kosztorysie i Zestawieniu cen charakteryzują określoną strategię firmy z rozłożeniem ciężaru ponoszonych obciążeń, które cechują politykę firmy w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W kontekście powyższego, warto tu zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2014 r. o sygn. akt KIO 495/14, KIO 507/14, KIO 508/14, gdzie Izba stwierdziła, iż ewentualne odtajnienie takich informacji stanowiłoby także naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp: „Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego pozyskanie. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji”.

III. Harmonogram

Wykonawca pragnie wskazać, iż informacje zawarte w harmonogramie obrazują opracowany przez zespół ekspertów podział prac, uwzględniający szereg niezbędnych do precyzyjnego skoordynowania elementów takich jak dostawy oraz prace budowlane. Koordynacja zamówienia stanowią element know-how wypracowanego przez Wykonawcę. Wymagają także znaczącego zaangażowania zasobów technicznych oraz wyspecjalizowanych zasobów kadrowych, co posiada znaczącą wartość wpływającą na zdolność konkurencyjną Wykonawcy.

Zawartość harmonogramu uwzględnia również podział płatności, które jako element wpływający na strukturę finansów stanowią istotną informację o przedsiębiorstwie. Stanowią one swoiste wrażliwe informacje na temat Wykonawcy, które podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

IV. Organizacja przedsięwzięcia, potencjał kadrowy, doświadczenie

Informacja o osobach zaangażowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (wykaz osób oraz wykaz osób zastępowanych) stanowi informację przejawiającą wysoką wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Realnym wobec powyższego staje się zagrożenie przejścia przez konkurencyjne podmioty potencjału kadrowego.

Jednocześnie należy wskazać, iż zakres fachowej wiedzy posiadanej przez osoby realizujące przedmiot umowy stanowi niewątpliwie znaczną wartość gospodarczą.

Informacje zawarte w opisie zapobiegania zagrożeniom związanym z realizacją zadania, schemacie realizacji zamówienia, organizacji zespołu, sposobie zapewnienia przepływu informacji oraz sposobie koordynacji realizacji zamówienia zawierają także wytyczne w zakresie sposobu organizacji budowy. Odpowiednio zoptymalizowane strategie organizacyjne są efektem wieloletniego doświadczenia i pozyskania odpowiedniego know-how niezbędnego dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Jest to również czynnik konkurencyjny, bezpośrednio wpływający na kształt oferty. W ocenie wykonawcy przedstawiona Zamawiającemu indywidualnie opracowana strategia stanowiąca kompleksowy koncept założeń organizacyjnych w zakresie realizacji przedmiotu umowy objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podstawą do objęcia tego rodzaju informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r., w sprawie o sygn.. V Ca 440/06, w której sąd stwierdził, iż *dane dotyczące prowadzonej przed przedsiębiorcą działalności handlowej, w tym zawarte z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK.*

V. Nieujawnienie informacji do publicznej wiadomości oraz działania podejmowane w celu zachowania poufności

Informacje i dokumenty zastrzeżone w Ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są dostępne publicznie, tj. nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów, dokumentów itp. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje)

w jakiś sposób są podane do wiadomości publicznej (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006).

Wreszcie, wskutek wdrożonych przez Wykonawcę wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentacji, dostęp do informacji i dokumentów zastrzeżonych w ofercie Wykonawcy w postępowaniu ma ograniczony krąg osób, zobowiązanych jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich stosownymi klauzulami poufności.

Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania odpowiednich postanowień w regulaminach pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. W związku z tym zarówno pracownicy, jak i podmioty współpracujące z Wykonawcą są zobowiązani do zachowania w poufności uzyskanych informacji.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. "(...) tajemnica nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak chociażby pracownicy i robotnicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany interes" (Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4).

W tych okolicznościach zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu ochronę istotnych interesów Wykonawcy, a zatem było ono konieczne i uzasadnione.

Niniejsze oświadczenie wraz z uzasadnieniem również stanowią **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA** w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK i zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wnosimy o ich nieudostępnianie innym wykonawcom.

W imieniu Wykonawcy


Mostostal Warszawa S.A.
Oddział Centralny
Tomasz Okoń
Dyrektor Handlowy