

**Gmina Kołbaskowo**  
**Kołbaskowo 106**  
**72-001 Kołbaskowo**

**Nazwa postępowania:**

**„Budowa drogi gminnej nr 195030Z w miejscowości Moczyły”**

Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje złożone na potrzeby niniejszego postępowania i znajdujące się w poniższych dokumentach:

1. Procedura Komitetu Ryzyka – wszystkie informacje ujęte w dokumencie (dokument zastrzeżony w całości),
2. Logigram procesu ofertowania - wszystkie informacje ujęte w dokumencie (dokument zastrzeżony w całości),
3. Wytyczne Prezesa Zarządu w zakresie oceny ryzyk przed udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – wszystkie informacje ujęte w dokumencie (dokument zastrzeżony w całości),
4. Schemat działu zakupów - wszystkie informacje ujęte w dokumencie (dokument zastrzeżony w całości),
5. Wskazane fragmenty pisma z wyjaśnieniami wykonawcy dot. złożonego w trakcie postępowania Oświadczenia wykonawcy w trybie art. 125 PZP.

Wykonawca w tym miejscu podkreśla, iż znane jest mu orzecznictwo w zakresie zastrzegania, tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazujące, że zastrzeżeniu podlega informacja, a nie dokument, w którym takowa się znajduje. Pragniemy jednak wskazać na szczególny charakter i układ przedłożonych do zastrzeżenia procedur.

Przekazane dokumenty to procedury i schematy, które przedstawiają informacje o wartości gospodarczej dla Wykonawcy dopiero po ich zbiorczym zestawieniu, tj., gdy mogą być prezentowane jako całość. Brak jest możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie fragmentów tych dokumentów, a ich ochrona musi objąć całość treści w nich zawartych. W odniesieniu do powyższej kwestii podnosimy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm. – „UZNK”), tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią również informacje oceniane

jako „[...] całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów [...]”, co przesądza o prawidłowej identyfikacji zakresu informacji podlegającym zastrzeżeniu przez Wykonawcę.

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 Ustawy pzp, zasada jawności doznaje ograniczenia w ściśle określonych warunkach, mianowicie: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Z powyższej jednostki redakcyjnej możemy wyłonić grupę przesłanek, które musi spełnić Wykonawca chcąc utajnić poszczególne informacje zawarte w dokumentach składanych w toku postępowania:

- a. Informacje stanowić muszą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, przez którą rozumie się:
  - informacje techniczne, technologiczne, **organizacyjne** przedsiębiorstwa lub **inne**;
  - informacje posiadają wartość gospodarczą,
  - informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
  - informacje co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności,
- b. Informacje nie później niż w momencie ich złożenia muszą zostać zastrzeżone jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym nieprzeznaczone do udostępniania podmiotom trzecim,
- c. Wykonawca musi wykazać, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

#### **AD. 1**

Należy wskazać, iż aby dana informacja, jaką posłużył się Wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostała dostępna ograniczonemu kręgowi podmiotów, według przepisów krajowych konieczne jest łączne spełnienie przedstawionych powyżej przesłanek.

W pierwszej kolejności Wykonawca pragnie skupić się na warunku widniejącej pod literą „a”, który ze względu na swoją redakcję należy rozbić na poniższe podpunkty.

#### **PKT I**

Dla wykazania pierwszej z przesłanek Wykonawca przedkłada zestawienie wraz kwalifikacją określającą charakter poszczególnych informacji, zgodnie z brzmieniem przytoczonej jednostki redakcyjnej.

Informacje przedłożone Zamawiającemu mają charakter tak organizacyjny, jak i inny: handlowy, zgodnie z przedstawionym zestawieniem:

- Dokument nr 1 - organizacyjny, inny - handlowy,
- Dokument nr 2 – organizacyjny, inny – handlowy,
- Dokument nr 3 – organizacyjny, inny – handlowy,
- Dokument nr 4 - organizacyjny,
- Fragmenty pisma – organizacyjny, inny – ekonomiczny.

przy czym szczegółowa argumentacja w sprawie charakteru poszczególnych dokumentów wskazana została w dalszej części niniejszego pisma.

Wykonawca w drodze wprowadzenia pragnie przytoczyć przykładowe stanowisko judykatury, które potwierdza przedstawioną przez niego argumentację. W tym zakresie posłużymy się zarówno orzecnictwem aktualnym, jak też tym bazującym jeszcze na poprzednim brzmieniu UZNK (tj. sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. poz. 1637), wobec faktu, iż wskazane tam tezy nie uległy dezaktualizacji.

*„[...] Za informację **organizacyjną** przyjmuje **się całokształt 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 rozpoznawalna. [...]”* (vide: Wyrok KIO z dnia 29.04.2011 r. sygn. akt KIO 818/11, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 185/19 oraz Wyrok WSA w Warszawie sygn. akt II SA/Wa 1328/12).

*„[...] **Informacja handlowa obejmuje najogólniej, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa**, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym [...]”* (vide: Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

W komentarzu do UZNK wskazano w kontekście zdefiniowania zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa, że: *„[...]Kolejną wymienioną grupą informacji są **dane dotyczące organizacji przedsiębiorstwa**, a więc np. wiadomości dotyczące jego struktury organizacyjnej, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych, zasad współpracy pomiędzy poszczególnymi działami przedsiębiorstwa (komórkami organizacyjnymi) itp.[...]”* (vide: Nowińska Ewa, Szczepanowska-Kozłowska Krystyna, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II).

Wykonawca poprzez odniesienie do konkretnych dokumentów pragnie uzasadnić charakter informacji podlegających zastrzeżeniu.

### **Dokument nr 1 i 3,**

Przedmiotowe dokumenty przedstawiają metodykę i proces postępowania w zakresie przygotowania ofert o znacznym stopniu ryzyka. Procedury ujawniają unikalne rozwiązania

organizacyjne Wykonawcy, mające na celu zapobieganie ryzykom realizacyjnym, ich identyfikację i wycenę. Są one oparte na know – how dotyczącym zarówno identyfikacji i antycypacji ryzyk wykonawczych już na etapie ofertowania, jak i know – how dot. kalkulacji działań naprawczych i mitygujących.

Sposób postępowania zawarty w przedłożonych dokumentach określa konkretne zasady organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy z uwzględnieniem zaangażowania konkretnego personelu w proces przygotowania propozycji cenowych. Ustalenie i przeprowadzenie procesów weryfikacyjnych w sposób zasadniczy oddziałuje na skuteczność i poprawność wykonanych wycen i zapobieganie niepożądanym zdarzeniom inwestycyjnym, co pozwala przypisać ww. informacjom charakter handlowy.

Informacje tego rodzaju są w orzecznictwie KIO traktowane jako spełniające kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 9 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3440/21) „[...] Informacje pokazujące sposób budowania ceny oferty spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają nie tylko charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa, ale zawierają szczegółowe informacje na temat stosowanej polityki cenowej, a wiedza o zastrzeżonych zagadnieniach może mieć negatywny wpływ na jego pozycję rynkową [...]”.

#### **Załączniki nr 2 i 4**

Przekazany logigram (Dokument nr 2) w pełni koresponduje z dokumentami wskazanymi pod numerami 1 i 3 uzupełniając (w formie graficznej) ich treść. Logigram stanowi uporządkowanie i wskazanie przyjętego w przedsiębiorstwie Wykonawcy sposobu organizacji procesu ofertowania, tj. proces od identyfikacji zamówienia, w którym Wykonawca planuje wziąć udział, poprzez jego przeprocesowanie do momentu skutecznego złożenia propozycji cenowej. Logigram obrazuje ponadto ścieżkę kontroli i audytu wewnętrznego, pozwalającą (podobnie jak procedury z nr 1 i 3), przeciwdziałać negatywnym skutkom zdarzeń inwestycyjnych.

Procedura jest autorskim tworem Wykonawcy i znajduje zastosowanie tylko w ramach jego przedsiębiorstwa, co określa jej organizacyjny charakter.

Charakter handlowy schematu można określić analogicznie do tego o którym mowa w dokumentach nr 1 i 3, tj.: pozwala na ustalenie i przeprowadzenie procesów weryfikacyjnych, co w sposób zasadniczy oddziałuje na skuteczność i poprawność wykonanych wycen ofertowych, czyli podstawowego instrumentu rywalizacji na ryzyku konkurencyjnym.

W zakresie Dokumentu nr 4, Wykonawca podnosi, iż dokument ten wskazuje na jego wewnętrzną strukturę organizacyjną, która to została specjalnie zreformowana i dostosowana do zmian na rynku inwestycji budowlanych, gwarantując bardziej wydajny proces przeprowadzania zakupów materiałowych. Schemat stanowi autorskie opracowanie Wykonawcy, mające na usprawnienie wewnętrznych procesów w ramach jego

przedsiębiorstwa, co też przełoży się na lepsze zabezpieczenie miejsca realizacji robót budowlanych/świadczenia usług pod kątem dostępności niezbędnych surowców.

### **Fragmety pisma**

Wykonawca pragnie podnieść, że wskazane w piśmie wyjaśniającym okoliczności otrzymania kar umownych na Kontrakcie S11, znalazły się fragmenty informujące o roszczeniach wykonawcy i argumentacji znajdujące zastosowanie w toku procesu sądowego.

Nie ulega wątpliwości, iż określone tam dane wskazują na kwestie organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz odnoszą się bezpośrednio do jego sfery ekonomicznej, co pozwala na ich kwalifikację zgodnie z ww. kluczem.

Kolejno dane dotyczące kar na Kontrakcie realizowanym dla Gminy Mściwojów wskazują na szczegółowy przebieg realizacji ww. zadania i zawierają informacje mogące posłużyć w przyszłości za argumentację w sporze o miarkowanie kary umownej. Jednocześnie nie można wykluczyć, że pomimo obecnego uznania roszczenia za naruszenie warunków kontraktowych, Wykonawca na skutek dalszych analiz prawnych dojdzie do wniosku, iż zachodziły w stosunku do niego przesłanki egzoneracyjne, czego będzie dowodził na drodze sądowej.

Zbyt wczesne ujawnienie informacji z zakresu realizacji zadania dla Gminy Mściwojów może negatywnie wpłynąć na możliwość dochodzenia należności Wykonawcy. Związek informacji z sytuacją materialną Wykonawcy przesądza o ekonomicznym charakterze informacji.

Podsumowując przedstawione zestawienia, Wykonawca podnosi, iż zastrzeżone informacje dotyczą bezpośrednio struktury organizacyjnej Eurovia Polska S.A. oraz wewnętrznych procedur mających na celu identyfikację i wycenę ryzyk kontraktowych, jak też usprawnienie procesów na etapie wykonawstwa, co ma przełożenie na późniejsze wyniki realizacyjne.

Jednocześnie Wykonawca w dokumentach zawarł dane które wskazują na strukturę jego roszczeń i objętą taktykę procesową, co pozostaje istotne z punktu widzenia prowadzonej działalności gospodarczej. Wobec powyższego zestawienia, wskazujemy na spełnienie kolejnej z przesłanek uprawniających nas do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

### **PKT II**

Informacje przedstawione w wyjaśnieniach Wykonawcy są dostępne dla jedynie ograniczonego kręgu pracowników Eurovia Polska S.A. Liczba pracowników, którzy mogli mieć dostęp do przedmiotowych informacji jest ograniczona i weryfikowalna, co wynika z wewnętrznych zasad organizacyjnych Eurovia Polska S.A. Wykonawca aktywnie zarządza dostępem do przedmiotowych informacji w związku z czym jest w stanie określić konkretną liczbę osób, jak

też zidentyfikować indywidualnie każdą z osób mogących zapoznać się z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W kontekście powyższego wskazujemy, że informacje odnoszące się do procedur były dostępne:

- Członkom Zarządu,
- Dyrektorom Regionu,
- Dyrektorom Oddziałów,
- Pracownikom Działów ofertowania,
- Wymienionym w dokumentach pracownikom działów wsparcia,
- Pracownikom działu IT.

Informacje dotyczące procesu sądowego/roszczeń były dostępne:

- Członkom Zarządu,
- Dyrektorowi Regionu,
- Dyrektorowi Oddziału,
- Pracownikom Działu prawnego (2 os.),
- Profesjonalnemu pełnomocnikowi (zawarto Umowę o zachowaniu poufności).

Informacje dotyczące realizacji dla Gminy Mściwojów były dostępne:

- Członkom Zarządu,
- Dyrektorowi Regionu,
- Dyrektorowi Oddziału,
- Pracownikom Działu prawnego (4 os.),
- Kierownikowi budowy,
- Profesjonalnemu pełnomocnikowi (zawarto Umowę o zachowaniu poufności).

Każdy z pracowników wylistowanych powyżej i mających styczność z przedłożonymi Zamawiającemu dokumentami, w swojej umowie o pracę posiada klauzulę o zakazie ujawniania informacji w których posiadanie wszedł na skutek pracy w Eurovia Polska S.A. (w załączeniu), a ponadto obowiązany był do zapoznania się i potwierdzenia przyjęcia do wiadomości dokumentu pn. *Wytyczne Prezesa Zarządu Eurovia Polska S.A. w zakresie zapoznania się z procedurami wewnętrznymi* (w załączeniu).

Ujawnienie informacji bez wyraźnego upoważnienia udzielonego przez osoby umocowane do reprezentowania Wykonawcy, jest sankcjonowane koniecznością naprawienia szkody jakiej doznała Eurovia Polska S.A. na skutek opisanego działania.

Wskazujemy, iż sprzęt komputerowy na którym mogły znaleźć się zastrzeżone procedury, jest przypisany do konkretnej osoby i posiada indywidualne hasło, które ze względów bezpieczeństwa składa się z mieszanych znaków i podlega obowiązkowej zmianie po upływie znanej nam jednostki czasu.

Przepływ danych drogą elektroniczną jest objęty kontrolą w zakresie samych wiadomości e-mail, jak też przesyłanych plików z danymi. Szczególnej kontroli systemowej podlegają wiadomości kierowane do adresów e-mail należących do podmiotów spoza grupy VINCI. Każda przesyłana wiadomość/plik jest możliwa do późniejszego odczytania i weryfikacji. Dane zabezpieczone są na wewnętrznych serwerach administrowanych przez wewnętrzny dział IT.

Komputery wykorzystywane przez dział ofertowania posiadają ponadto zabezpieczenie fizyczne, w postaci wpinanej stalowej linki, która przytwierdza daną jednostkę sprzętową do mebli lub ścian, utrudniając ich kradzież. Linkę usuwa się poprzez otwarcie zamka patentowego. Klucz do zamka zostaje przypisany konkretnemu pracownikowi.

Pragniemy zwrócić uwagę, że informacje, które zastrzegamy zostały opracowane w oparciu o wiedzę i doświadczenie Wykonawcy oraz wygenerowane dla potrzeb i warunków działania przedsiębiorstwa Wykonawcy. Postanie zastrzeżonych dokumentów jest ściśle związane z sytuacją rynkową i prawną Wykonawcy.

Wobec powyższego informujemy, iż Wykonawca uprzednio nie przekazywał zastrzeżonych informacji tak tutaj. Zamawiającemu, jak też nie ujawniał ich do publicznej wiadomości z pominięciem procedury zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślamy, że powyższe informacje, o ile nie zostały przekazane wprost, są niemożliwe do odtworzenia nawet przez profesjonalny podmiot z tej samej branży.

Mając to na względzie, podtrzymujemy, iż informacje, które zastrzegł Wykonawca nie zostały ujawnione do informacji publicznej i nie są informacjami powszechnie znanymi.

### **PKT III**

Zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą.

Należy wskazać, że pojęcie wartości gospodarczej jest pojęciem nieostrym i kwalifikacja informacji jako posiadającej ten przymiot winno być oceniane z punktu widzenia konkretnego podmiotu.

Organy i Sądy orzekające w sprawach zamówień publicznych, w toku wydawanych rozstrzygnięć, pewnego rodzaju wskazówki, pomagające w kwalifikacji poszczególnych informacji, których wykonawcy zdecydowali się nie ujawniać.

W wyroku Izby z dnia 13 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1692/19) wskazano:

„[...] Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w **możliwości wykorzystanie tej informacji w walce konkurencyjnej**. Chodzi więc o wykazanie, że **dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej**. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków [...]”

Natomiast w wyroku KIO z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 458/18) analogicznie orzeczono: „[...] Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady **w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej**. Chodzi więc o wykazanie, że **dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy** i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej [...]”.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 października 2015 r., (sygn. akt VI SA/Wa 2405/15) uznano: „[...] Jeżeli informacje zastrzeżone zawierają **szczegółowe informacje finansowe i techniczne**, a tak informacje zastrzeżone zakwalifikował Prezes UKE, **to informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurenci na rynku telekomunikacyjnym będą mogli łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, na ile wycenić swoje usługi [...]”.**

Opierając się na powyższych stanowiskach orzeczniczych, można stwierdzić, iż wartość gospodarcza informacji może przejawiać się przede wszystkim za pośrednictwem/w sytuacji:

- możliwości wykorzystania informacji do walki konkurencyjnej,
- jej przydatności do prowadzenia działalności gospodarczej,
- w sytuacji ujawnienia informacja będzie stanowiła ułatwienie dla funkcjonowania podmiotów konkurencyjnych na danym rynku,

Wobec powyższego:

### **Dokument nr 1 i 3**

Dokumenty pokazują wprost metodę i procedurę wykrywania i oceny ryzyk kontraktowych.

Przeprowadzenie w sposób właściwy wskazanych tam procedur w sposób zasadniczy pozwala zminimalizować ryzyka inwestycyjne i w sposób właściwy przygotować się na zdarzenia przyszłe – niepewne.



Procedury gwarantują również możliwość korekty wyceny w przypadku wykrycia ryzyk inwestycyjnych, co tym samym przekłada się na późniejszy wynik finansowy przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Procedury pozwalają na kompleksową ocenę zamierzenia realizacyjnego i uwzględnienia w procesie ofertowania jego wszystkich aspektów lub zaniechania udziału w postępowaniu, które generowałoby dla Wykonawcy nadmierne ryzyka.

Należy zwrócić uwagę, że każda procedura, podobnie jak metodyki zarządzania mają charakter abstrakcyjny i ich skuteczność może być oceniana dopiero po ich zastosowaniu do konkretnego zadania biznesowego. Niemniej jednak sam fakt posiadania schematu i ścieżki przejścia przez proces przygotowania startu do inwestycji budowlanej stanowi wartość gospodarczą. Postępowanie zgodnie z procedurą pozwala na weryfikację zadania w każdym jego aspekcie i tym dokładniejsze przygotowanie wyceny, niwelując tym samym ryzyko straty kontraktowej.

Wszelkie procedury przedstawione wraz z niniejszym pismem mają charakter autorski i zostały opracowane przez wewnętrznych specjalistów Wykonawcy, a ich pozyskanie od podmiotów consultingowych może wiązać się z poniesieniem znacznych kosztów.

Mając powyższe na względzie, pragniemy podkreślić, że procedury po pierwsze pozwalają w sposób bardziej pewny sporządzać propozycje cenowe unikając w tym zakresie błędów ceny nieadekwatnej do zakresu zadania, co też ma przełożenie na wynik finansowy przedsięwzięcia. Po drugie ich sporządzenie przez podmioty zewnętrzne wymaga poniesienia przez wykonawców odpowiednich kosztów, które to koszty nie wystąpią w przypadku ujawnienia ww. dokumentów.

Reasumując należy wskazać, że procedury mają przełożenie na rachunek ekonomiczny danego zamówienia publicznego, albowiem już na etapie przygotowania ofert pozwalają obliczyć dodatkowe rezerwy finansowe na pokrycie ryzyka kontraktowego, tym samym zapobiegając potencjalnej stracie wykonawcy w trakcie realizacji konkretnej inwestycji.

Procedury pozwalają dodatkowo na wstrzymanie procesu partycypacji w określonym zadaniu inwestycyjnym w sytuacji, w której ryzyka są na tyle istotne, iż ich precyzyjna wycena jest zasadniczo niemożliwa. Tym samym dla zachowania pozytywnego rezultatu ekonomicznego prowadzonej inwestycji, wykonawca posiada wskazane konkretne punkty, w których powinien zaprzestać przygotowania propozycji cenowej.

## **Dokumenty nr 2 i 4**

Dokument nr 2, analogicznie do dokumentów 1 i 3, jako schemat postępowania, pozwala na klarowne określenie ścieżki decyzyjności i kontroli określonego zamierzenia realizacyjnego.

Klarowne wskazanie ścieżki procedowania postępowania ofertowego zapewnia kontrolę procesu oraz pozwala wyeliminować omyłki tak w zakresie przedmiotu, jak i poziomu wyceny.

Proces pozwala na wykorzystanie w ramach ofertowania, ekspertów z różnych dziedzin, co przekłada się na kompleksowość kontroli i tym samym poprawia proces decyzyjności w zakresie udziału w danym postępowaniu, jak i warunków na jakich taki udział będzie się odbywała (poziom wyceny). Skierowanie do oceny inwestycji personelu o różnych specjalizacjach gwarantuje ocenę ryzyk kontraktowych przez osoby przygotowane merytorycznie do analizy danego aspektu wykonawstwa. Ocena zadania poprzez osoby podejmujące się wąskich aspektów wykonawczych, gwarantuje jej precyzję i dostrzeżenie problemów, które mogą być nieosiągalne dla osób o przygotowaniu ogólnym. Tym samym, dokładniejsze sprawdzenie zadania pozostawia większą szansę na wykrycie kluczowego ryzyka i zabezpieczenie na jego cel środków finansowych, co jest nie bez znaczenia dla finalnego wyniku ekonomicznego zadania.

Dodatkowo pragniemy podnieść, że schemat przekazany jako Dokument 4, stanowi autorskie rozwiązanie w zakresie organizacji struktury zakupów w przedsiębiorstwie Wykonawcy, którego celem jest zabezpieczenie dostaw materiałów realizacyjnych, jak też usprawnienie procesu ich zamawiania.

Łańcuch dostaw stanowi podstawę dla poprawnego i sprawnego przeprowadzenia określonego zadania inwestycyjnego, stąd też prawidłowe określenie procesu i struktury zakupów ma znaczący wpływ na późniejsze efekty finansowe Wykonawcy. Należy również podkreślić, że prowadzenie zakupów z uwzględnieniem zasad gospodarności, jak też ich planowanie z wyprzedzeniem (kupowanie większych partii materiałów z wyprzedzeniem) przekłada się na wymierny zysk Wykonawcy.

Informujemy, że Dział zakupów posiada przydzielonych opiekunów dla poszczególnych grup materiałów, którzy na skutek znajomości i działania wyłącznie w dobranym dla nich asortymencie są w stanie negocjować korzystne warunki umów indywidualnych, jak też ramowych, z uwzględnieniem bonusów cenowych.

Przydzielenie poszczególnych grup materiałów poszczególnym specjalistą znacząco poprawia komunikację z dostawcami i pozwala na efektywniejsze wykorzystywanie zakupów centralnych.

W ramach podsumowania, należy powtórzyć argumentację, która padła powyżej wskazując, że procedury wprowadzone mają charakter abstrakcyjny, to jednak w każdym konkretnym postępowaniu przekładają się na identyfikację ryzyk, które to znowu mogą stanowić o wyniku finansowym inwestycji. Umiejętne odnalezienie ryzyka i przełożenie go na konkretną kwotę łącznie na wszystkich przedsięwzięciach Wykonawcy, decydują o finalnym wyniku całej spółki. Ujawnienie informacji w tym zakresie może pozwolić na zmianę polityki konkretnych podmiotów tym samym zezwalając im na poprawę swojej sytuacji materialnej.

Ponownie podnosimy, iż pozyskanie procedur i schematów na wolnym rynku stanowi dodatkowy wydatek, którego podmioty trzecie mogą w tym momencie uniknąć.

## **Fragmenty wyjaśnień**

Wykonawca podnosi, że elementy argumentacji stanowiącej przedmiot postępowania sądowego mogą w sposób zasadniczy przesądzać o pozycji gospodarczej wykonawcy, jak też o jego możliwościach negocjacyjnych.

Analogicznego zdania w tym zakresie była Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 7 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 730/22), wskazała, że: „[...] Podziela stanowisko co do znaczenia gospodarczego w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa informacji związanych z udziałem przedsiębiorcy w postępowaniu sądowym, których ujawnienie może stanowić zagrożenie dla interesów przedsiębiorcy poprzez między innymi osłabienie ich wiarygodności, zmniejszenie zdolności kredytowej, zdolności negocjacyjnej, co w konsekwencji może rzutować na zawieranie umów na korzystnych warunkach [...]”.

Wobec powyższego nie sposób kwestionować wartości informacji zawartych w piśmie jak też konieczności ich utajnienia przed podmiotami zewnętrznymi. Wykonawca wskazuje, że ich ewentualne wykorzystanie mogłoby w sposób znaczący prowadzić do osłabienia jego pozycji rynkowej.

Analogiczną argumentację należy zastosować w zakresie materiału dotyczącego realizacji robót budowlanych dla Gminy Mściwojów. Informacje zawarte w załączniku będą stanowić podstawę dla dalszego postępowania wszczętego przez Wykonawcę, polegającego na odniesieniu się przede wszystkim do wysokości nałożonej kary umownej. Wykonawca pragnie uniknąć na obecnym etapie udostępniania informacji, które mogłyby wpłynąć na osłabienie jego argumentacji.

Jednocześnie pragniemy podnieść, że upublicznienie informacji co do inwestycji prowadzonej dla Gminy Mściwojów może negatywnie wpłynąć na postrzeganie Wykonawcy na rynku robót budowlanych w sytuacji, gdzie ostateczny wymiar kary umownej może ulec zmianie. Wiarygodność Wykonawcy jest niezwykle ważna w kontekście jego działalności na rynku robót budowlanych, zwłaszcza w kontekście zamówień wyjętych spod reżymu Ustawy PZP.

## **METODY ZABEZPIECZENIA INFORMACJI**

Eurovia Polska S.A. w trosce o zabezpieczenie informacji poufnych i utrudnienie dostępu do nich podmiotów czy też osób trzecich, przedsięwzięła szereg działań, których kwalifikacja została zaprezentowana poniżej.

Poniższe zestawienie wykonano w oparciu o kryteria jakie zostały wyszczególnione w doktrynie i orzecznictwie.

Wobec powyższego środki zabezpieczające dzielimy na fizyczne (w tym elektroniczne) i prawne.

### **BUDYNEK SIEDZIBY SPÓŁKI**

Siedziba Wykonawcy znajduje się w Bielanych Wrocławskich (w której znajduje się zastrzeżona dokumentacja w wersji papierowej, jak i serwerownie) i posiada szereg zabezpieczeń, tak mechanicznych, jak i elektronicznych.

Wjazd do siedziby jest zabezpieczony szlabanem i całodobowo dozorowany przez profesjonalny podmiot z branży ochrony mienia.

Siedziba mieści się w wielopiętrowym budynku będącym pod stałym dozorem fizycznym jak i video-monitoringiem. Budynek jest obsługiwany przez profesjonalnego przedsiębiorcę z zakresu branży ochrony, z którym zarządca budynku posiada ważną umowę.

Wejście do budynku zabezpieczają drzwi z zamkiem magnetycznym, za którymi znajduje się recepcja, na której w godzinach otwarcia budynku stacjonuje personel weryfikujący wchodzących do budynku.

Wejście do powierzchni biurowej Wykonawcy zabezpiecza dodatkowy zamek cyfrowy otwierany po wpisaniu odpowiedniej kombinacji cyfr i symboli lub posłużeniu się kartą pracowniczą. Karty, jak i kody wejściowe są zindywidualizowane i przypisane do poszczególnych osób.

Lista osób dysponująca możliwością wejścia do siedziby jest stała i weryfikowalna. Goście zewnętrzni są zawsze wprowadzani przez pracownika Wykonawcy.

Poszczególne pokoje mają odrębne zamki patentowe wraz kluczem przypisanym konkretnym pracownikom.

Warto w tym kontekście wskazać na wyrok KIO z dnia 04.01.2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2709/10, w którym stwierdzono, że „[...] Jeśli wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji (informacji objętych tajemnicą- przypis Wykonawcy), informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności [...]”

### **WYPOSAŻENIE SIEDZIBY SPÓŁKI/OBIEG DOKUMENTÓW**

Dokumentacja dotycząca procedur wewnętrznych Eurovia Polska S.A. znajduje się w przystosowanych do tego pomieszczeniach, gdzie jest umieszczana w zamykanych na klucze szafach.

Zakazuje się wynoszenia dokumentacji poza pomieszczenia przeznaczone od przechowywania dokumentacji proceduralnej, jak też ogranicza możliwości kserowania i skanowania poszczególnych jej stron.

Spółka wyznaje politykę wedle której drukowanie dokumentów należy ograniczyć do niezbędnego minimum, co ma niebagatelny wpływ na możliwość kontroli ich przepływu.

Wydruki dokumentów są weryfikowalne: drukowanie następuje po wpisaniu personalnego kodu drukarki lub przyłożeniu karty pracowniczej.

Każdy z użytkowanych w siedzibie komputerów jest zabezpieczony indywidualnym hasłem, znanym jedynie konkretnemu pracownikowi (posiadaczowi komputera), które należy wprowadzić przed rozpoczęciem pracy.

Przed atakiem zewnętrznym dane gromadzone na dyskach i serwerach, chroni oprogramowanie zabezpieczające, jak też stały nadzór wewnętrznego działu IT.

Spółka posiada restrykcyjną procedurę użytkowania urządzeń elektronicznych i korzystania ze środowiska sieciowego, która to jest egzekwowana przez personel Wykonawcy.

Wiadomości e-mail wysyłane i otrzymywane przez każdego z pracowników za pośrednictwem konta służbowego, są gromadzone na wewnętrznym serwerze. Szczególnemu nadzorowi podlegają wiadomości wysyłane do adresów e-mail spoza grupy VINCI.

Korespondencja tradycyjna jest rejestrowana elektronicznie, a następnie przekazywana poszczególnym działom za potwierdzeniem odbioru.

Obieg kontroluje wewnętrzny system typu DMS.

## **PROCEDURY**

Eurovia Polska S.A. posiada wewnętrzne procedury określające zasady działania w stosunkach wewnętrznych, jak i zewnętrznych. Za przykładowe można wskazać:

- a. Zasady Dostępu i Korzystania z Systemu Informatycznego,
- b. Polityka Bezpieczeństwa Danych Osobowych.

## **ŚRODKI PRAWNE**

Pracownicy Eurovia Polska S.A. mający dostęp do dokumentacji proceduralnej posiadają w umowie o pracę Klauzule o zakazie konkurencji i obowiązku zachowania poufności informacji pozyskanych w trakcie realizacji obowiązków służbowych.

Ponadto zapoznając się z wytycznymi Prezesa Zarządu w zakresie stosowania procedur wewnętrznych spółki, pracownik jest informowany o poufnym charakterze takich informacji, co wyklucza przypadkowe udostępnienie przedmiotowych danych.

Metoda ta zabezpiecza spółkę przed ewentualnym powielaniem rozwiązań stosowanych w spółce, przed wykorzystaniem na rzecz konkurencji.

## **STANOWISKO DOKTRYNY I ORZECZNICTWA**

W zakresie poparcia wyżej przedstawionych twierdzeń, pomocne staje się orzeczenie Sądu Najwyższego, wyrażone w orzeczeniu z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/00). Sąd zważył, iż „[...] informację można uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna [...]”.

Przedstawiciele doktryny, podejmujący tematykę zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazują, iż środki jakie przedsiębiorca winien podjąć można podzielić na ochronę fizyczną i instrumenty prawne.

Do ochrony fizycznej należy zaliczyć:

- dozór fizyczny,
- kontrolę dostępu do pomieszczeń,
- monitoring,
- właściwy obieg dokumentacji,
- technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci.

(*vide: Komentarz do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 11, wydanie II; aut. M. Sieradzka, M. Zdyb; LEX 2016*).

Katalog, na który powołuje się Wykonawca, został rozwinięty przez Izbę, w wyroku z dnia 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2121/16.

Jako środki ochrony fizycznej tajemnicy przedsiębiorstwa określono:

- kontrolę wewnętrzną i ograniczenia dostępu do takich informacji,
- korzystanie ze środków elektronicznych (np. bazy danych kontroli dostępu), które zabezpieczają dostęp do takich informacji i pomieszczeń, monitorowanie takiego dostępu i rozpowszechniania takich informacji,
- wdrożenie systemu obiegu dokumentów zapewniającego selektywne udostępnianie informacji pracownikom,
- dostęp kontrolowany poprzez elektroniczny system dający prawo dostępu tylko ograniczonej grupie pracowników, w tym dostęp do danych na dyskach sieciowych chroniony poprzez szczególne zabezpieczenia,
- organizowanie pracy w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji osobom niezaangażowanym w dany projekt,
- monitoring biura, całodobową ochronę obiektu, limitowanie wejść poprzez konieczność,
- uzyskania dostępu,

- inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.

Środki Prawne według literatury fachowej:

- poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji,
- wewnętrzne procedury,
- klauzule do umów o pracę,
- oddzielne umowy o poufności,
- zakazy konkurencji,
- oświadczenia o poufności dokumentów.

Środki prawne według orzecznictwa KIO:

- informacje w formie dokumentu, które są poufne oznaczone są jako informacja poufna,
- zawieranie umów z pracownikami o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności,
- ograniczenie publikacji dot. nowych projektów czy zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych,
- inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.

Analizując zaprezentowane środki i zestawiając je z rozwiązaniami przyjętymi przez Wykonawcę, odnajdujemy analogiczne metody zabezpieczeń.

Należy stwierdzić, iż Wykonawca podejmuje szereg skutecznych działań mających na celu uniemożliwienie dostępu do swoich informacji osobom trzecim.

Wobec powyższego Wykonawca łącznie spełnił przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK.

## **AD. 2**

Wykonawca zastrzegł informacje przekazane Zamawiającemu w momencie ich przedłożenia, co czyni zastrzeżenie złożonym w terminie, o którym mowa w ustawie.

## **AD. 3**

Wykonawca celem wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa szczegółowo wykazał, w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, dlaczego informacje przedłożone Zamawiającemu należy procedować przez pryzmat art. 11 ust. 2 UZNK i w jaki sposób doszło do wypełnienia przez Wykonawcę spełnienia poszczególnych rygorów przewidzianych litera prawa.

Wykonawca szczegółowo przedstawił charakter informacji oraz ich wartość gospodarczą, identyfikując ją tak w stosunku do niniejszego postępowania, jak i co do działalności spółki w znaczeniu globalnym. Wykonawca zaprezentował metody podjęte w celu zabezpieczenia poszczególnych danych przed dostępem osób trzecich, opisując szereg działań prewencyjnych. Przedstawione zestawienie sprawia, iż Wykonawca dopełnił obowiązku „wykazania”, iż informacje przedłożone Zamawiającemu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Problematykę procesu „wykazania” przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. podjęła Krajowej Izby Odwoławcza, która przykładowo w wyroku z dnia 27.10.2017 r. sygn. akt KIO 2112/17, KIO 2113/17, stwierdziła „[...] Pojęcie „wykazanie”, którym posłużył się ustawodawca w ww. przepisie art. 8 ust. 3 p.z.p., należy interpretować mając na uwadze konkretne okoliczności dotyczące zastrzeganych informacji. W niektórych przypadkach do wykazania konieczne będzie przedstawienie dowodów, choćby tylko w pewnym zakresie, a w innych wystarczające będzie poprzestanie na wyjaśnieniach, z tym, że stopień szczegółowości wymaganych wyjaśnień też może być różny [...]”.

Wykonawca dodatkowo pragnie zwrócić uwagę, że w świetle **wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: TSUE) z dnia 17 listopada 2022 r. sygn. akt C-54/21**, Wykonawca ma prawo chronić informację, które uzna za poufne, a które nie muszą się wpisywać w pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK.

TSUE w odpowiedzi na pytanie nr 1 potwierdził, że jako informacje poufne można zastrzegać nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz również inne, które m.in. „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy”. Informacje poufne stanowią pojęcie szersze i nie wymagają tak szczegółowego i restrykcyjnego procesu wykazania, jak określił to polski ustawodawca w art. 18 ust. 3 PZP.

Mając na względzie powyższe orzeczenie, Wykonawca podnosi, że nie tylko wypełnił przesłanki zastrzeżenia tajemnicy w świetle przepisów krajowych, ale również wykazał poufny charakter zastrzeganych informacji, co gwarantuje im ochronę analogiczną do tej którą stosuje się wobec „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

Wykonawca z ostrożności podnosi, że zastrzeżone przez niego informację wskazują wewnętrzne procedury, a ich ujawnienie wskazałoby konkurencji metodologię działania Wykonawcy w ramach opracowywania propozycji cenowych. Przekazane informację pokazują pełny proces oceny ryzyka, jego identyfikacji oraz podejmowania kroków prewencyjnych w tym zakresie. Przedstawione procedury mają charakter autorski i zostały oparte na doświadczeniach własnych i wiedzy pracowników Wykonawców.

Ponadto Wykonawca podnosi, że ujawnienie informacji dotyczących postępowania sądowego mogłoby negatywnie wpłynąć na jego taktykę procesową, jak też doprowadzić do zachwiania jego wiarygodności rynkowej, co przekładać się będzie na stosunki z kontrahentami.

Załączniki - Dowody:

Załącznik nr 1 – Wytyczne Prezesa Zarządu Eurovia Polska S.A. w zakresie zapoznania się z procedurami wewnętrznymi,

Załącznik nr 2 – Umowa o pracę z klauzulą poufności.

Z poważaniem,



