

## Tajemnica przedsiębiorstwa w zamówieniach publicznych

19 października 2014 r. wraz z nowelizacją przepisów prawa zamówień publicznych (dalej jako: PZP) zmienił się sposób zastrzegania przez wykonawców w ofertach (lub we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jakie informacje mogą być uznane za poufne i jak zastrzegać w ofertach dane szczególnie dla przedsiębiorców wrażliwe?

Do uznania, iż dana informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest łączne spełnienie trzech warunków, określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazanie że dana informacja:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa;
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa to informacje dotyczące zwłaszcza wielkości produkcji lub sprzedaży. W grupie tej znajdują się również informacje o zasadach finansowania, pozyskiwania surowców, współpracujących, czy zatrudnionym personelu i jego kwalifikacjach. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być więc np. informacje o źródłach zaopatrzenia i zbytu lub informacje technologiczne dotyczące metod wytwarzania wyrobów.

Jakie dane nie podlegają utajnieniu? Jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią dane dotyczące przedmiotu wykonanego już zamówienia, wartości usługi czy terminu jej realizacji. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie są też dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Podobnie utajnione nie mogą być dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby wiedzy i doświadczenia. Zamawiający powinien każdorazowo dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty. Analiza ta dotyczyć powinna nie tylko dokumentu jako całość, ale również jego poszczególnych zwrotów czy danych. Informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. sama nazwa kontrahenta, istotne postanowienia umowne czy pewne dane stanowiące określoną wartość gospodarczą.

W nawiązaniu do drugiego z warunków, za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą zostać uznane informacje, które można uzyskać bez większych trudności. W szczególności mowa tu o informacjach, które objęte są obowiązkiem ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa, np. na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Nie można jednak z góry założyć, że dokumenty pochodzące od podmiotów prywatnych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt, iż źródłem dokumentu jest podmiot spoza

sektora finansów publicznych nie może stanowić uzasadnienia dla jego skutecznego zastrzeżenia.

Ostatnim warunkiem, który musi być spełniony by zaliczyć daną informację do tajemnic przedsiębiorstwa jest podjęcie przez wykonawcę działań w celu zachowania jej poufności. Niewłaściwe jest zachowanie wykonawców, którzy uznają, iż wystarczy samo oznaczenie w ofercie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W definicji tajemnicy przedsiębiorstwa mowa bowiem o określonych działaniach i czynnościach podejmowanych w celu ochrony. Oznacza to, że powinny istnieć materialne dowody podjęcia działań w celu ochrony danej informacji. Ciężar dowodu, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa jedynie na zastrzegającym wykonawcy. Do niego należy wykazanie poufności tej informacji w sposób nie budzący wątpliwości.

Okoliczności tych nie można się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę (KIO 1384/14). Wykonawca może np. przedstawić zamawiającemu funkcjonujące w jego przedsiębiorstwie oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności, procedury postępowania z dokumentami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa czy obowiązujące klauzule umowne. Przedsiębiorca zastrzegający faktyczną tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinien mieć problemów dowodowych w wykazaniu, iż w stosunku do danej informacji przedsięwziął kroki w celu zachowania jej poufności.

Zastrzeżenie przez wykonawców znacznej części złożonej oferty, tylko po to, żeby inni uczestnicy postępowania nie mogli zweryfikować ich poprawności stanowi częstą praktykę wykonawców. Obecnie wykonawca już z chwilą składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma obowiązek wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Warto podkreślić, że w sytuacji złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą nieumotywowanego zastrzeżenia, zamawiający nie ma obowiązku wezwania go do uzupełnienia braków. W takim przypadku zamawiający może od razu ujawnić dane informacje, co do których nie wykazano, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nowelizacja prawa zamówień publicznych wiąże obowiązek udowodnienia przesłanek uzasadniających wystąpienie tajemnicy przedsiębiorstwa z momentem składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Jednak, jeżeli wykonawca w toku postępowania złoży uzupełnienia oferty lub wyjaśnienia, to w takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu (akt KIO 338/15). Takim dokumentem mogą być np. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny (KIO 95/15).

Co do zasady w postępowaniach, których wartość przekracza progi unijne wykonawcy mogą wnieść odwołanie na czynność zamawiającego, która w ich ocenie jest niezgodna z przepisami

ustawy. Często przedmiotem skutecznych odwołań jest nieuzasadnione zastrzeżenie przez zamawiającego znacznej części oferty.

Inaczej sprawa wygląda w przypadku decyzji zamawiającego o upublicznieniu całej oferty, która wg wykonawcy zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W niedawno wydanym wyroku KIO uznało, że wykonawca nie może skutecznie odwołać się od czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu oferty tego wykonawcy. W ocenie KIO decyzja zamawiającego nie ma bowiem istotnego wpływu na wynik postępowania i nie zmienia pozycji odwołującego w postępowaniu. W efekcie czego KIO oddaliło odwołanie, choć na marginesie wskazało, że w wyniku odtajnienia oferty wykonawca mógł ponieść szkodę.

Z powyższego wyroku KIO można wnioskować, że nawet najbardziej jasne, precyzyjne zasady związane z jawnością postępowania oraz tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być przedmiotem całkowicie odmiennych interpretacji. Tym bardziej więc konieczne wydaje się dołożenie należytej staranności dla właściwego zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorcy, aby nie napytać sobie biedy zarówno od strony wykonawcy, jak i zamawiającego.

Autor:

Piotr Liberski, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy

Maria Witkowska, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy