

Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa przy składaniu ofert

Jak zrobić to skutecznie? Co mówią przepisy Prawa Zamówień Publicznych i orzecznictwo?

Przeczytaj tekst mec. Marty Olczak-Klimek.

Wiele firm, działających lub dopiero zamierzających rozpocząć współpracę z przedsiębiorcami z tzw. sektora publicznego, których przy pozyskiwaniu usług obowiązują reżimy nałożone przez ustawę Prawo zamówień publicznych, boryka się nie tylko z samymi formalnościami jakie przynosi ze sobą wzmiankowana ustawa, ale również ze strategią składania oferty w tym publicznym trybie.

W wielu przypadkach konkurencja jest doświadczona, a przez to nawet najmniejszy błąd może spowodować wyeliminowanie naszej ofert z grona potencjalnych dostawców usług czy towarów. Jaką więc przyjąć strategię przy pisaniu oferty, czy być aktywnym od momentu zamieszczenia zaproszenia do składania ofert, czy podglądać i donosić na naszych kontr oferentów – na te i inne pytanie wskazówek udzieli seria artykułów oparta o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych (ustawa PZP) oraz praktyka KIO oraz sądów odwoławczych.

Powyższy cykl otwiera artykuł, w którym podjęta zostanie problematyka zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa już na etapie składania ofert do zamawiającego.

ZASTRZEGANIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA – aspekty praktyczne (orzecznictwo i praktyka)

Kwestia ta stanowi niezmiennie jeden z ważniejszych punktów przy przygotowywaniu oferty. W znaczącej większości przypadków oferty składane są równocześnie przez kilku oferentów, którzy w ramach wyznaczonych przez SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), próbują złożyć najbardziej korzystną i atrakcyjną ofertę. Niewątpliwie w tym celu muszą owi przedsiębiorcy odsłonić rąbek swych tajemnic, które łatwo może podchwycić konkurencja i wykorzystać, porównując w danym przetargu lub w przyszłości swoje atuty z naszymi. Czy zatem istnieje możliwość złożenia oferty, a jednocześnie utajnienia informacji istotnych z punktu widzenia strategii działalności danego przedsiębiorcy? Taka możliwość jest dopuszczona przez prawo i praktykę

orzeczniczą, jednak przedsiębiorca idący tą drogą musi bezwzględnie przestrzegać szeregu zasad. Ich złamanie to utrata szansy na powodzenie w przetargu i ryzyko wyeliminowania takiej właśnie oferty.

Zgodnie z Art. 8 ust. 3 ustawy 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**. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Powyższy przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Jak wynika z brzmienia powyższego przepisu, skorzystanie z możliwości zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorcy możliwe jest wyłącznie, gdy ten wykaże od razu, już na etapie składania oferty, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W opisywanej materii kluczowe jest zdefiniowanie pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienie, jak ma się ona do zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się **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**.

Zgodnie z wyrokami Sądu Najwyższego, informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą spełniać **kumulatywnie** następujące warunki:

- *informacje te mają charakter techniczny, technologiczny oraz organizacyjny,*
- *informacje te posiadają wartość gospodarczą,*
- *informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej,*
- *w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Wyjaśniając powyższe kryteria w praktyce, która powstała i nadal kształtuje się bogatym orzecnictwem KIO oraz sądów powszechnych, jako przykłady informacji, których poufność może podlegać ochronie prawa, wskazać można informacje:

- *techniczne (projekty rozwiązań technicznych niepodlegających ochronie patentowej),*
- *technologiczne (metody produkcji, kontrola jakości),*
- *handlowe (elementy ceny i sposób jej budowania, także sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe, listy kontrahentów, strategie biznesowe),*
- *organizacyjne (system dystrybucji, procedury wewnętrzne, zasady organizacji i zarządzania, kwalifikacje specjalistów).*

Niezwykle powszechnym zachowaniem przedsiębiorców już na etapie przygotowania się do składania ofert, jest tworzenie grona renomowanych podwykonawców, którzy swoim doświadczeniem nie tylko wzbogacą ofertę, ale pozwolą zdeklasować kontr oferentów. W tym miejscu warto więc zwrócić uwagę, iż zgodnie z wyrokami sądów, **dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na szczególną ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa.** Wynika to z faktu, jak zostało wskazane w uzasadnieniu jednego z istotnych wyroków w tej materii, „(...) że dane te podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...)

Koniecznym jest zwrócenie uwagi na orzecznictwo Sądu Najwyższego, które jednoznacznie wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana **może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.** Podobne stanowisko zajmowały Sądy Apelacyjne wskazując między innymi, że: „Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa **nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć**”.

„Za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze”.

Odnosząc się do składanych wraz z formularzem oferty załączników, w tym harmonogramów rzeczowo-finansowych oraz ramowych harmonogramów realizacji kontraktu, w określonych przypadkach mogą one zostać objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa po spełnieniu ustawowych przesłanek zastrzeżenia. Co istotne jednak, za każdym razem ujawnieniu powinna podlegać treść harmonogramów w zakresie obowiązkowych pozycji określonych w SIWZ (harmonogram rzeczowo-finansowy) oraz w zakresie kolumn opis wykonywania czynności, gdzie przeniesiono etapy z harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz w zakresie pozycji narzuconych przez Zamawiającego jako obowiązkowe w SIWZ.

Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić również zakresy przedmiotu powierzonego podwykonawcom, gdyż zgodnie z orzecznictwem „ujawnienie **zakresu przedmiotu powierzonego podwykonawcom** może spowodować ujawnienie danych dotyczących charakteru współpracy oraz

relacji biznesowych między podmiotami, które będą podwykonawcami a podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia”.

Podobne stanowisko przyjmowały sądy w odniesieniu do wykazów technicznych wyposażenia lub części twierdząc, iż ujawnienie **wykazu wyposażenia i części** może doprowadzić do uzyskania informacji dotyczących zastosowanej technologii i określonego rozwiązania, jakiego rodzaju urządzenia będą używane przy wykonywaniu zamówienia. Są to niewątpliwie informacje posiadające określoną wartość gospodarczą, o charakterze technologicznym, a więc stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zwrócenia wymaga również inny pogląd zauważany w judykaturze, zgodnie z którym „**dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę 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 przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa” .

Należy przy tym pamiętać, że część informacji, chociażby niezmiernie istotnych z punktu widzenia przedsiębiorcy, z samego swego rodzaju nie może podlegać utajnieniu i nasza oferta w tym zakresie musi pozostać jawna. Ustawa PZP nie wskazuje w tym zakresie katalogu, przez co kluczową rolę w kształtowaniu wiedzy w tym zakresie ma praktyka sądów orzekających. Zgodnie z jednym z takich poglądów, utrwalonych w orzecznictwo, „informacje wynikające z Wykazu wykonanych robót oraz z Wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. **Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości**”.

W tym miejscu pojawić się może pytanie, czy nie jest dopuszczalne prawnie przygotowanie takiej oferty, która w całości zawierać będzie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, przez co winna w całości pozostać utajniona. Taka sytuacja wydaje się być pożądana, gdyż potencjalna konkurencja nie będzie w ten sposób mogła zaszkodzić danemu oferentowi na etapie danego oraz przyszłych postępowań. Kwestia ta była przedmiotem analiz zarówno KIO jak i sądów powszechnych. Zgodnie z

poglądem wyrażonym przez KIO w jednym z analizowanych przypadków, „zastrzeżenie przez wykonawców **wszystkich informacji składających się na część techniczną oferty**, prowadzi w konsekwencji do uniemożliwienia wykonawcom dokonania oceny poprawności opisu i przeprowadzenia weryfikacji spełnienia oczekiwanych przez zamawiającego założeń, w tym uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie. Także zdaniem Izby tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące know-how wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu części oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom”.

Na wstępie niniejszego artykułu wskazuje się, iż warunkiem koniecznym powodzenia utajnienia danych informacji w toku postępowania jest wykazanie – udowodnienie, iż rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak widać już na pierwszy rzut oka, posługuję się w tym miejscu co najmniej cenniejszymi pojęciami, gdyż kwestia dowodowa zależy praktyki zamawiających i wycucia oferentów. W celu dobrego rozeznania jak należy uzasadniać utajnienie części oferty konieczna jest pogłębiona analiza orzecznictwa. Wynika z niej, iż niezwykle istotne jest wskazywanie na sposób ochrony tychże informacji przed dostępem osób trzecich, a nawet części pracowników danego przedsiębiorcy. W jednej ze spraw KIO, wbrew twierdzeniom przystępującego **uznała za nieudowodnione**, iż dostęp do tych informacji mają wyłącznie upoważnieni pracownicy i współpracownicy a osoby trzecie otrzymują dostęp dopiero po podpisaniu odpowiedniej umowy o poufności. Izba wskazała, iż przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

W tym miejscu nasuwa się pytanie czy możliwe jest wskazania jakiego rodzaju dowody mogłyby być satysfakcjonujące w powyższym zakresie. Stworzenie takiego zamkniętego katalogu nie jest z pewnością możliwe natomiast niewątpliwie takimi dowodami będą opisy faktycznie stosowanych zabezpieczeń, np. chronione dostępem systemów pomieszczenia, zamykane kluczami pomieszczenia lub sejfy/szafy pancerne, chronienie dostępu do informacji przez stwarzania poziomów dostępu, podpisywanie klauzul poufności i sprawdzanie ich przestrzegania przez pracowników lub współpracowników w usystematyzowany sposób, regulaminy, procedury obowiązujące w spółce, itp.

Rynek zamówień publicznych rodzi niezwykle wiele różnego rodzaju kwestii, które następnie są przedmiotem analiz prawników – praktyków, batalii przed KIO oraz w sądach. W tym aspekcie chciałam zwrócić Państwa uwagę na omawiane kwestie, czyli na możliwość zachowania w tajemnicy pewnych informacji w stosunku do przetargów ogłaszanych dla bardzo wąsko wyspecjalizowanych firm w wąskich branżach, gdzie konkurencja wie o sobie praktycznie wszystko. W takich sytuacjach często dochodzi do wzajemnego „podkupowania” pracowników, współpracowników, którzy jednocześnie będąc zatrudnieni w jednej firmie na umowę o pracę, w innej świadczą usług doradcze na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zaistnienie na takim rynku, a tym bardziej przygotowanie oferty konkurencyjnej i utajnienie części informacji stanowi wyzwanie nawet dla wytrawnych graczy zamówień publicznych.

Jednak i takie kwestie były już przedmiotem analiz KIO oraz sądów powszechnych. Warto więc wskazać przykładowy wyrok, w którym KIO wskazała, iż w zakresie odtajnienia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienia, dane osób, jak też ich kwalifikacje i doświadczenie, mając na względzie wysoko wyspecjalizowany rynek w tym zakresie jak też wąskie grono osób o wymaganym doświadczeniu, posiadają wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba na marginesie zauważa, iż nie jest wyjątkiem na rynku przejmowanie pracowników konkurentów w szczególności, gdy są to osoby o szczególnych uprawnieniach czy też posiadające mało spotykane na rynku doświadczenie lub uprawnienia.

Jedną z bardziej istotnych kwestii w czasie ofertowania jest wykorzystanie przysługujących praw w celu zbadania poprawności zastrzeżenia określonych informacji jako tajnych w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Brak w ustawie PZP trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z jednym z wyroków KIO, „**Nie jest możliwe wskazanie dla wszystkich stanów faktycznych jednolitej zasady co do określenia terminu, od którego należy liczyć rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania w omawianym zakresie, a kwestia ta winna każdorazowo podlegać indywidualnej ocenie**”.

Zgodnie z kolejnym poglądem, „Wykonawca uzyskuje wiedzę o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie w dniu otwarcia ofert, lecz **w dniu ich rzeczywistego udostępnienia przez zamawiającego**”, przez co od tego właśnie terminu należy liczyć termin ewentualnego odwołania.

W przypadku natomiast zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, termin na wniesienia odwołania winien być liczony **od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne.**

W innym przypadku bierności zamawiającego i braku sygnałów dla wykonawców o jakichkolwiek czynnościach związanych z dokonaniem oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy przyjąć, że dopiero z **momentem wyboru najkorzystniejszej oferty**, będącej reasumpcją badania i oceny ofert, wykonawcy mogli podnosić zarzuty w tym zakresie. Natomiast gdy odwołanie wnoszone jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, termin przekazania informacji o wyniku postępowania wyznacza co do zasady bieg ostatecznego terminu na wniesienie odwołania wobec wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zapoznanie się wykonawcy z jawną częścią oferty konkurencji, nie oznacza automatycznie, że zaczyna swój bieg termin na wniesienie odwołania z powodu niedostarczenia pozostałych dokumentów załączonych do oferty. Powyższe wskazania powstały pod wpływem analizy orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych i z całą pewnością nie stanowią wyczerpujących wskazówek. Podkreślenia wymaga bowiem, iż każdy przypadek winien być analizowany odrębnie z uwzględnieniem jego specyfiki oraz warunków SIWZ.