

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Dariusz Koba, KCG



Art. 18. Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest **jawne**.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia **tylko** w przypadkach określonych w ustawie.
3. **Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa** w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Czyli jawność jest zasadą, a ochrona tajemnicy wyjątkiem?

Art. 11. uznk

1. **Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie**, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne **informacje posiadające wartość gospodarczą**, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów **nie są powszechnie znane** osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo **nie są łatwo dostępne** dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Czyli zasadą jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa?

„Wykaz usług zawierać może bowiem dużo bardziej szczegółowe informacje, niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach, a wiedza którą uzyskałby wykonawca po zapoznaniu się z dokumentami pozwalałaby na zapoznanie się z aspektami działalności wykonawcy, prześledzenie jego aktywności gospodarczej, jakie zamówienia zrealizował, kto był odbiorcą danych zamówień oraz uzyskanie informacji na temat przychodów.„

KIO 1797/11, KIO 1801/11, KIO 1808/11, KIO 1813/11, KIO 1817/11

Można utajnić wykaz usług.

W ocenie Izby argumentacja ta nie odnosi się do zawartych w wykazie informacji o usługach zrealizowanych przez Przystępującego (którego nazwa jako oferenta jest przecież konkurencji znana) na rzecz podmiotów publicznych. Informacje takie **nie spełniają podstawowej przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa** określoną w art. 11 ust. 2 uznk (...) Informacje o tych usługach, realizowanych w wyniku udzielonych zamówień publicznych, są powszechnie dostępne dla nieograniczonej liczby osób i mogą być z łatwością odnalezione przez każdą osobę zainteresowaną, nie tylko "zwykle zajmującą się tym rodzajem informacji". Informacje te, zawarte w omawianym wykazie, nie są ujęte w żadnym szczególnym zestawieniu czy zbiorze, w których umiejscowienie mogłoby nadawać im szczególny charakter, uzasadniający uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

KIO 92/19

Nie można utajnić wykazu usług.

„(...) 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, którą 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; wykaz ten daje wiedzę co do struktury personelu, jakim posługuje się innym przedsiębiorca; na jego podstawie można bowiem ustalić czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów karowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się posługują (poziom, przedmiot),,

(KIO 667/10, KIO 1498/10, KIO 908/13, KIO 1032/14)

Można utajnić wykaz osób.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. (...) Przystępujący **nie wyjaśnił także, z czego konkretnie wynika jego rzekoma obawa przejęcia specjalistów**. O prawdopodobieństwie odejścia współpracowników można byłoby mówić wtedy, gdyby przystępujący oferował swym specjalistom **nieatrakcyjne, nierynkowe wynagrodzenie** czy stawki. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu nie udowodnił takiego faktu. W braku dowodu przeciwnego, a nawet w braku przeciwnych twierdzeń przystępującego, należało dojść do wniosku, że są to stawki rynkowe, a co za tym idzie obawa podkupywania nie istnieje.

KIO 131/19

Nie można utajnić wykazu osób.

„Szczegółowy opis rozwiązania ze specyfikacją techniczną zawiera informacje o charakterze technicznym, które spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. **Konfiguracja urządzeń i konfiguracja rozwiązania** może obejmować unikatowe zestawienie urządzeń, oprogramowania i tym samym dawać wykonawcy przewagę rynkową – ekonomiczną nad konkurencją, jak również organizacyjną. Uznanie, że dokument ten może zawierać informacje prawem chronione jest uzasadnione.”

(KIO 623/13, KIO 631/13)

Można utajnić opis oferowanego rozwiązania.

„Za tajemnicę przedsiębiorstwa **nie można uznać** nazw producentów urządzeń lub aparatury, jeżeli zamawiający żądał podania takich informacji w ofercie.„

(KIO 1239/13)

Nie można utajniać opisu oferowanego rozwiązania.

„Zarówno **metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze** ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...) **Sposób budowania strategii cenowej** w ofercie i elementy składowej tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know – how, jako posiadające wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.”

KIO 908/13, SO w Katowicach, XIX Ga 167/07, KIO 960/13, KIO 995/12

Można utajnić kalkulację ceny.

Nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powoływanie się przez Wykonawcę na bliżej nie sprecyzowane know – how, ani też na strategię cenową wykonawcy, w sytuacji, gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidualnie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania"

(KIO 1632/17, KIO 1662/17)

Nie można utajniać kalkulacji ceny.

Na koniec **podkreślenia wymaga, że z całą mocą należy zwalczać** występujące z dużym nasileniem praktyki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa bez wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a przynajmniej bez wykazania ich zaistnienia, częstokroć **tylko z powodu chęci uniemożliwienia innym wykonawcom dostępu** do tych informacji. Zaś, uniemożliwianie innym wykonawcom dostępu do określonych informacji częstokroć nie jest podejmowane w celu ochrony czy ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, ale po to, aby umożliwić innym wykonawcom weryfikację informacji podanych przez wykonawcę i tym samym wyłączyć, a przynajmniej **zminimalizować ryzyko skorzystania przez nich ze środków ochrony prawnej.**

KIO 2395/18

Na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym,
złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

wydał dnia 17 listopada 2022 r.

wyrok w sprawie C-54/21 Antea.

33 Instytucja zamawiająca zauważa, że w niniejszym wypadku każdy oferent dołączył do swojej oferty wiarygodne i spójne wyjaśnienia dotyczące zakwalifikowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i na ich podstawie postanowiono uwzględnić wnioski o zachowanie poufności. Uważa ona w tym względzie, że **zasada przejrzystości nie ma pierwszeństwa przed prawem do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.**

34 Instytucja zamawiająca wskazuje, że poufność obejmuje między innymi wykazy osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Ujawnienie takich wykazów zawierających informacje pozwalające na identyfikację ekspertów mogłoby narazić oferentów na utratę kadry, ponieważ **konkurenci mogliby próbować ich pozyskać.** Informacje o podwykonawcach lub innych osobach trzecich również zawierają dane dotyczące ich własnych ekspertów.

49 W tym względzie Trybunał wielokrotnie orzekał, że **podstawowy cel** przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia **niezakłóconej konkurencji** oraz że aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające **nie ujawniały** związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznej informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach.

Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego **opierają się na stosunku zaufania** między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, **ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę** (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34–36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115).

- To pięknie! Odwrotnie, niż w Polsce!

53 Definicja ta („tajemnicy przedsiębiorstwa” zdefiniowana w prawie polskim w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) odpowiada co do istoty definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943.

55 Prawdą jest, że pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” zdefiniowane w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 lub w odpowiednim przepisie prawa krajowego jedynie częściowo pokrywa się z określeniem „informacje przekazane [...] jako poufne” zawartym w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego ostatniego przepisu informacje, o których w nim mowa, obejmują „między innymi tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert”, co wskazuje na to, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 34 i 35 opinii, że **ochrona poufności przewidziana w dyrektywie 2014/24 jest szersza niż ochrona rozciągająca się wyłącznie na tajemnice przedsiębiorstwa.**

Ograniczając poufność do tajemnicy przedsiębiorstwa naruszamy prawo europejskie – i prawa wykonawców!

61 Podobnie, o ile art. 55 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wprost zezwala każdemu oferentowi, który złożył dopuszczalną ofertę, na zwrócenie się do instytucji zamawiającej z wnioskiem o podanie mu powodów odrzucenia jego oferty oraz o **poinformowanie go o cechach i względnej przewadze oferty, która została wybrana**, jak również o nazwie albo imieniu i nazwisku wybranego oferenta, o tyle w ust. 3 tego artykułu przewidziano, że instytucja zamawiająca może podjąć decyzję o **nieudzieleniu niektórych z tych informacji**, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, **mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy** lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji.

- Przegranemu wykonawcy należy się tzw. debriefing.
- Można nie podać niektórych informacji w uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty!

66 Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i **pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej ochrony sądowej** instytucja zamawiająca powinna nie tylko **uzasadnić decyzję** o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również **przekazać w neutralnej formie**, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, **zasadniczą treść tychże danych** odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają **kluczowe znaczenie** (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 122, 123).

- Nie ujawniać ofert.
- Przekazać w uzasadnieniu w neutralnej formie zasadniczą treść poufnych danych

67 Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie – przekazać **w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty** oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła **zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne** (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 124, 125).

- Nie odtajniać ofert.
- Poprosić wykonawców o jawną wersję tajnych dokumentów. A może już w SWZ?

68 W świetle całości powyższych rozważań na pierwsze zadane pytanie trzeba odpowiedzieć, iż art. 18 ust. 1 i art. 21 ust. 1 w związku z art. 50 ust. 4 i art. 55 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że **stoją one na przeszkodzie** przepisom krajowym w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, które wymagają, aby – z jedynym wyjątkiem tajemnic przedsiębiorstwa – informacje przekazywane przez oferentów instytucjom zamawiającym były w całości publikowane lub podawane do wiadomości pozostałych oferentów, a także praktyce instytucji zamawiających polegającej na każdorazowym uwzględnianiu wniosków o zachowanie poufności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Czyli mamy ustawę niezgodną z prawem europejskim.

79 W świetle tych rozważań i o ile prawdopodobne jest, że oferent oraz zaproponowani przez niego **eksperti lub podwykonawcy stworzyli synergii o wartości handlowej**, nie można wykluczyć konieczności odmowy dostępu do dotyczących tych zobowiązań danych identyfikacyjnych na podstawie zakazu ujawniania, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, ani możliwości takiej odmowy na podstawie art. 55 ust. 3 tej dyrektywy.

Czyli można utajnić zarówno personel, jak i podwykonawców.

Komisja w składzie (...) po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania (...) orzeka:

Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.1. i 2.2. i **nakazuje Zamawiającemu:** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, **odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **dotyczących wyliczenia ceny** z dnia 12 grudnia 2022 r. **w całości, tj. wraz z wszystkimi załącznikami** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

- Czyli wyrok TSUE C-54/21 się nie przyjął!
- TSUE sobie a KIO sobie!



Urząd Zamówień
Publicznych

Dariusz Koba