

Ekspert od prawa o zamówieniach publicznych wyjaśnia

Utajniając dane kontrahentów, zadbaj o dowody

Czytelnik Biuletynu Górniczego pyta, co należy zrobić, żeby skutecznie objąć klauzulą poufności dane podmiotu trzeciego (głównie chodzi o nazwę kontrahenta), na którego zasoby wykonawca chce powołać się w swojej ofercie i wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu? W zapytaniu podkreślano, że liczba podmiotów konkurencyjnych na rynku nie jest duża. Oznacza to, że udostępnienie wiadomości, z jakim podmiotem prywatnym współpracuje wykonawca, może mieć dla niego negatywne konsekwencje finansowe.

Zasada jawności to niekwestionowana reguła zamówień publicznych. Jej fundamentalny charakter wynika z potrzeby zapewnienia uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Jak to z zasadami bywa, od każdej są wyjątki. Od tej reguły odstępstwem jest ujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Żeby nie doszło do udostępniania informacji konkurencji, wykonawca musi skutecznie zastrzec, że dane informacje nie mogą być udostępniane oraz jednocześnie wykazać, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przepisach nie określono żadnego wykazu/katalogu informacji, których nie można udostępniać innym podmiotom. Przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określają natomiast trzy warunki, których spełnienie decyduje o tym, czy określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa: musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny, posiadający wartość gospodarczą; nie była wcześniej ujawniona do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do tej informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Takim zasadom podlega również nazwa i dane podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że ranga tego podmiotu dla oceny spełnienia warunków przewidzianych w SIWZ, a także możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, są kluczowe. Mają one bowiem decydujący wpływ na rozstrzygnięcie o uzyskaniu zamówienia i są jednymi z podstawowych danych zawartych w ofercie. Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 lutego 2017 r., KIO 90/17; KIO 112/17: „Brak możliwości zbadania treści zobowiązań, które mogą okazać się wadliwe, [...] narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie prowadzenia postępowania. Podmiot trzeci, który udziela doświadczenia ma kluczową rolę w postępowaniu, nie mniejszą niż rola partnera konsorcjum. Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zawierać odniesienie się do poszczególnych wymogów, wynikających z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; w tym należy wy-

kazać, że spełnione są trzy wyżej wskazane przesłanki. Nie można ograniczać się tylko do ogólnego, nieuzasadnionego stwierdzenia, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Znaczenia nie będzie mieć także obszerność uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności, jeżeli odnosi się ono do nieadekwatnych zapatrywań literatury i orzecznictwa lub przywołuje szereg okoliczności, które jednak nie zostały w żadnej mierze udowodnione czy odniesione do konkretnego stanu faktycznego – a taka sytuacja w praktyce zdarza się coś często.

Co więcej – przepisy nakładają obowiązek wykazania, czyli udowodnienia istnienia przesłanek uznania konkretnej informacji za informację niejawną w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględnienie samej argumentacji, bez przedstawienia dowodów, oznaczałoby uznanie za właściwą absurdalnej tezy, iż dla wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa odpowiednie jest przedstawienie samych oświadczeń i zaniechanie przedstawienia dowodów, ponieważ treści z nich wynikające są objęte tajemnicą. Pozostaje to o tyle znamienne, że wykonawcy nie powinni mieć trudności z przedstawieniem odpowiednich dokumentów, skoro powołują się na nie w treści wyjaśnień.

Powyższe można zobrazować na podstawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpatrywanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt 1550/18. W ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca wymienił działania, jakie podjął w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, tj.: zastrzeżenie informacji we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego; ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do informacji; zobowiązanie pracowników do zachowania poufności; szkolenia nowych pracowników/współpracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”; wprowadzenie procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”; ustanowienie wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności.

Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie załączono jednak żadnych dokumentów na udowodnienie wymienionych powyżej działań. Po rozpoznaniu tej sprawy, wyrokiem z 24 sierpnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu odtajnienie informacji o nazwie podmiotu trzeciego, na którego zasoby powoływał się wykonawca. W uzasadnieniu tego orzeczenia KIO wskazała, że „[...] ewentualnie załączenie programu szkolenia pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno stanowić większego problemu. W ocenie Izby było możliwe załączenie wyciągu z umowy łączącej Przystępującego zawierające klauzule poufności lub fragmentu dotyczącego kar umownych, czy też wprowadzenie specjalnej procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa. W tym ostatnim wypadku – w sposób pozwalający na uznanie, że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje”.

To oznacza, że za każdym oświadczeniem dotyczącym sposobu chronienia tajemnicy, jaką jest nazwa podmiotu trzeciego, na którego zasoby chcemy powołać się w ofercie – powinno iść przedstawienie dowodów. Sama deklaracja może okazać się niewystarczająca.

Agnieszka Zaborowska
Adwokat z Kancelarii Adwokackiej Zaborowska,
specjalizująca się w procesie udzielania
i realizacji zamówień publicznych