

Warszawa, 07.04.2023

Dot.: „

„Dostawa środków do mycia i dezynfekcji w podziale na zadania”

Znak sprawy: 6/PN/2023/BK

w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa

Firma Schulke Polska Sp. z o.o. korzysta z uprawnienia wskazanego w dyspozycji art. 8 ust. 3 Pzp (ustawy Prawa zamówień publicznych), w zakresie uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 53 poz. 1503 z późn. zm., dalej jako „Uznk”) w ramach przedmiotowego postępowania Wykonawca Schulke Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Wykonawca”), przedstawia następujące wyjaśnienia.

Na wstępie należy podkreślić, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 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 udostępni oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*. Ten sam przepis przewiduje, iż nie można zastrzec takich danych, jak adres wykonawcy, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarta w art. 11 ust. 4 Uznk stanowi z kolei, iż *„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”*.

Wykonawca, składając ofertę w Postępowaniu, **utajnił** następujące dokumenty:

1) Badania mikrobiologiczne dotyczące zaoferowanych preparatów.

Wykonawca oświadcza, że spełnione zostały wszystkie przesłanki wynikające z ww. art. 11 ust. 4 Uznk, uzasadniające skorzystanie z uprawnienia do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą. Nie są to przy tym informacje, które zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Schulke Polska Sp. z o.o.

Eurocentrum Office Complex, Budynek Delta

al. Jerozolimskie 132 | 02-305 Warszawa

Zezwolenie: GIF-N-411/1091-3/TL/15

Dział Obsługi Klienta: Tel. + 48 22 11 60 710 | Fax + 48 22 11 60 701 | Księgowość: Tel. + 48 22 11 60 730 | Dział Zamówień Publicznych: Tel. + 48 22 11 60 720

schulke.polska@schulke.com

NIP: 527-00-10-985 | NIP UE: PL5270010985 | Regon: 010385400

BANK HANDLOWY S.A.: 89 1030 1654 0000 0000 5631 1301

Sąd Rejonowy dla m. St. Warszawy XII Wydział Gospodarczy KRS | KRS: 0000104818 | Kapitał zakładowy: 50 000,00 PLN

Zgodnie z przytoczoną powyżej definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, aby dana informacja mogła zostać uznana za takową łącznie spełnione muszą zostać następujące warunki:

1. informacja nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
2. ma ona charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,
3. podjęto względem niej działania zmierzające do zachowania poufności.

Wykonawca może zastrzec informacje, z punktu widzenia technicznego, technologicznego, organizacyjnego, względnie innego posiadającego wartość gospodarczą, charakteru. W tym kontekście w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że ustawodawca, poprzez stwierdzenie, iż status taki można nadać innej informacji, „*posiadającej wartość gospodarczą*”, objął przysługującym wykonawcom uprawnieniem do ochrony danych ich dotyczących zakres informacji właściwie nieograniczony. Jak podnosi doktryna swoistą granicę pomiędzy danymi podlegającymi ochronie, a tymi, które na ochronę nie zasługują stanowią przepisy ustawowe oraz dobre obyczaje. I tak np. za niezasługujące na ochronę uznać należy informacje służące prowadzeniu działalności niezgodnej z prawem lub zasadami współżycia społecznego¹. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż **dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 4 Uznk stanowi katalog o charakterze otwartym i od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa**². Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji przepisów Uznk z dnia 5 lipca 2002 r. (na podstawie której zastąpiono istniejące dotychczas enumeratywne wyliczenie informacji mogących być uznanymi za tajemnicę przedsiębiorstwa katalogiem otwartym): „*W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy - autor] rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto **wszelkie informacje**, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy*”.

Wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym sektorze rynku³. Tożsame stanowisko w wielu swoich orzeczeniach zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „**Izba**”). W jednym z nich stwierdza: „*W ocenie Izby wartość gospodarczą posiadają tego rodzaju informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku*”⁴.

¹ Por. komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, J. Sz wajda, Sołtysiński, Gogulski, wydanie 3, Warszawa 2013

² Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08

³ Por. komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, A. Bazan, J.E. Nowicki, LEX 2014

⁴ Wyrok z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt KIO 667/10

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca niniejszym wyjaśnia, że **zastrzeżone dokumenty załączone do oferty Wykonawcy zawierają informacje stanowiące dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, która wpływa na jego przewagę konkurencyjną na rynku.**

Badania dotyczące ww. preparatów potwierdzające skuteczność mikrobiologiczną zostały przeprowadzone przez laboratoria i w swojej treści zawierają szczegółowe informacje dotyczące metodyki jaką została przeprowadzona badania, wartości wyników jakie osiągnięto przy zastosowaniu określonych warunków w jakich badania zostały wykonane i informacje te dla Wykonawcy posiadają wartość gospodarczą.

Ujawnienie tych informacji mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę majątkową w postaci wykorzystania ich przez podmioty zaliczane do jego konkurencji. To bowiem od Wykonawcy zależy w jaki sposób treści te zostaną wykorzystane przez niego.

Jakie działania Wykonawca podjął celem zachowania w poufności

Jak wspomniano powyżej, przesłanką warunkującą uznanie danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę działań zmierzających do zachowania jej poufności. Ustawodawca w żaden sposób nie precyzuje form, jakie przybrać powinny działania przedsiębiorcy zmierzające do zachowania poufności danej informacji. Nie budzi zatem wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorcy w kontekście art. 11 ust. 4 Uznk oceniać należy przez pryzmat celu, jaki tej normie przyświeca. Tym natomiast jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony⁵.

*Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku*⁶. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań.

Na uwagę zasługuje, iż, zdaniem Izby, działaniami wykonawcy wystarczającymi do uznania danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być te podjęte *ad hoc* w związku z udziałem w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 21 maja 2014 r. Izba stwierdziła: „Fakt, że wykonawca wydzielił część swojej oferty i oznaczył ją jako tajemnica przedsiębiorstwa, a następnie stanowczo oponował wobec pisma zamawiającego o odtajnieniu

⁵ Por. wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. I CKN 304/00

⁶ Wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 444/06

tajemnicy stanowią dowód na to, że poczynił starania celem zachowania informacji w poufności”. Mając na uwadze powyższe, już sam fakt wydzielenia przez Wykonawcę z jego uzupełnienia informacji zawartych w opiniach użytkowych oraz badaniach mikrobiologicznych i oznaczenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wystarczające dla uznania, iż Wykonawca podjął niezbędne działania celem zachowania informacji w nim zawartych w poufności. Tym bardziej, jeżeli dokumenty te nie miały powtarzalnego, wielokrotnie wykorzystywanego charakteru, a określony kształt został im nadany przez Wykonawcę właśnie na potrzeby Postępowania.

Wykonawca jednocześnie podkreśla, iż konsekwentnie chroni w toku prowadzonej przez siebie działalności informacje zastrzeżone na potrzeby Postępowania. Jak zostało wykazane powyżej stanowią one jego *know-how*, a nieograniczone ich upublicznienie zagrażałoby jego interesowi. W tym celu Wykonawca prowadzi politykę w zakresie ochrony informacji poufnych, polegającą m. in. na nieujawnianiu tego rodzaju informacji osobom trzecim. Informacje te nie są podawane również w publicznie dostępnych materiałach. Wykonawca oświadcza także, że podejmuje działania ochronne w trosce o zachowanie poufności informacji mających istotne znaczenie gospodarcze, poprzez np.: wdrożenie zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, ochronę mienia na terenie przedsiębiorstwa należącego do Wykonawcy czy stosowanie technologii zapewniającego bezpieczeństwo systemu IT. Ponadto, biorąc udział w analogicznych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, utajnia tego typu dokumenty.

Niezależnie od powyższego Wykonawca oświadcza, iż, jakkolwiek nie stało się to przedmiotem zapytania Zamawiającego, zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości (tym samym spełniona została ostatnia z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 Uznk). Informacja nieujawniona do publicznej wiadomości to taka, która znajduje się poza szeroko rozumianą domeną publiczną. Zgodnie ze stanowiskiem SN „*informacja (wiadomość) nie ujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna*”⁸. Bezsporne jest, iż przesłanka ta została spełniona.

Jaką wartość przedstawiają dla Wykonawcy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

Na pytanie Zamawiającego w zakresie wartości, jakie zastrzeżone informacje przedstawiają dla Wykonawcy, Wykonawca udzielił odpowiedzi w pkt. I powyżej. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż z uwagi na fakt, że zawierają one informacje o przedmiocie będącym w ofercie Wykonawcy posiadają one dla niego istotną wartość gospodarczą. Stanowią emanację wiedzy, jaką posiada Wykonawca w

⁷ Sygn. akt KIO 920/14

⁸ Wyrok SN z dnia 3 października 2010 r., I CKN 304/00

zakresie korzystania z oferowanych przez niego produktów, która stanowi wartość pozwalającą na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków. Jednocześnie niemożliwe jest wskazanie konkretnej, wyliczonej wartości materialnej tych informacji. Nie jest także wykonalne na obecnym etapie wskazanie wysokości potencjalnej szkody, jaką poniósłby Wykonawca w przypadku, gdyby doszło do ujawnienia zastrzeżonych informacji (zależy to bowiem od czynników, na które Wykonawca nie ma wpływu, jak np. zakresu i sposobu wykorzystania tych informacji przez konkurencję).

Uwzględniając podjęte przez Wykonawcę działania w celu zachowania poufności, charakter zastrzeżonych informacji oraz fakt, iż Wykonawca wywiązał się z wymogów postawionych przez Zamawiającego w zakresie utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w pkt. 8 ppkt 8.13 SIWZ, uznać należy, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 Uznk. Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga, iż ze względu na charakter zastrzeżonych informacji nie zachodzi ryzyko, iż mogłoby to skutkować naruszeniem jawności i transparentności Postępowania. Ich treść bowiem pozostawiona została przez Zamawiającego całkowitej swobodzie wykonawców (Zamawiający nie formułował bowiem minimalnych wymogów w zakresie ich brzmienia w pkt. 10.5.5 SIWZ). Tym samym, ewentualne odtajnienie zastrzeżonych dokumentów pozostałoby bez wpływu na przebieg Postępowania, mogłoby natomiast doprowadzić do wyrządzenia szkody Wykonawcy poprzez umożliwienie nieuprawnionym podmiotom dostępu do informacji posiadających istotną wartość gospodarczą.

Z poważaniem,