

Anna Grochocińska-Jarząbek

Zasada jawności a tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

I. Zasada jawności w ustawie – Prawo zamówień publicznych

Zasada jawności jest jedną z najważniejszych zasad systemu zamówień publicznych. Wyinterpretować ją można było z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych¹, dopiero jednak w obowiązującym stanie prawnym została ona wyrażona *expressis verbis* w przepisie art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych² (dalej: u.p.z.p.). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przejawia się ona w powszechnym dostępie do informacji związanej z przebiegiem postępowania oraz w jawności dokumentacji postępowania. Ma zapewnić wszystkim zainteresowanym dostęp do informacji publicznej oraz zapobiegać różnym patologiom systemu, np. korupcji. Zasada ta uwidoczniła się już w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Ustawa przewiduje różne sposoby powiadamiania o rozpoczęciu postępowania, uzależnione przede wszystkim od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Zamawiający umieszcza ogłoszenie o przetargu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, na stronie internetowej, jeżeli ją posiada, na portalu UZP, w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich czy wreszcie w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.

ogólnopolskim³. Sposób zamieszczania ogłoszenia uzależniony jest od wartości zamówień oraz konkursów, które określa rozporządzenie wydane przez Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p.⁴

Dzięki tak szerokiej obowiązkowi informacyjnemu nałożonemu na zamawiającego, bezpośredni dostęp do informacji o prowadzonym postępowaniu mają nie tylko osoby bezpośrednio nim zainteresowane, ale również osoby postronne. Jak podkreśla A. Sołtysińska „szybki, tani i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych wspomagających efektywną realizację zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Jego waga wynika z potrzeby zapewnienia równych szans wszystkim przedsiębiorcom już na samym początku postępowania. Prawidłowa forma powiadomienia o zamiarze udzielenia zamówienia nie tylko zapewnia dotarcie tej wiadomości do wszystkich zainteresowanych, ale jednocześnie gwarantuje im ten sam czas na przygotowanie oferty i dokumentacji związanej z uczestnictwem w przetargu”⁵.

Choć zasada jawności wyraźnie wyszczególniona została w art. 8 u.p.z.p., przejawia się ona w większości przepisów ustawowych, a co za tym idzie, w niemalże każdej czynności zamawiającego. Wyrażona jest więc w ustawie – Prawo zamówień publicznych również w sposób dorozumiany. Wyczytać możemy ją obok przepisów dotyczących publikacji ogłoszeń (już na etapie planowania procedur), w regulacji prawnej dotyczącej jawności umów i dokumentacji postępowania, przepisach nakazujących zamawiającemu informowanie wykonawców o podejmowanych czynnościach (informowanie o odrzuceniu oferty, wpłynięciu

³ Por. art. 11, 13, 40 u.p.z.p.

⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 87, poz. 604), które weszło w życie 25 maja 2006 r. i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 lutego 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 36, poz. 228).

⁵ A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 165.

protestu, poprawieniu oczywistej omyłki w tekście oferty, przesłanie do publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, przekazywanie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcom, którzy ją pobrali, czy obligatoryjne w trybie przetargu nieograniczonego zamieszczanie SIWZ i jej modyfikacji na stronie internetowej zamawiającego itd.). Nakładając na zamawiającego daleko posunięty obowiązek informacyjny, ustawodawca zmusił go niejako do składania wykonawcom „bieżącego sprawozdania” z toczącego się postępowania.

W regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych wyróżnić można kilka rodzajów ogłoszeń. Wskazać tu można na tzw. wstępne ogłoszenie informacyjne (art. 13), ogłoszenie o zamówieniu (np. w trybie przetargu nieograniczonego – art. 40) oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (art. 95). Ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę co do formy przekazywania ogłoszeń, np. Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych czy Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich⁶ ogłoszenie przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. „Zasada przejrzystości stanowi bezpośrednią konsekwencję zasady równego traktowania wszystkich oferentów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego. Jak wynika z orzeczenia *Unitron Scandinavia* i 3-S z dnia 18 listopada 1999 r. (C-275/98, pkt 31) „szczególnym obowiązkiem spoczywającym na zamawiającym jest zapewnienie przejrzystości postępowania. Obowiązek ten polega na zagwarantowaniu w stosunku do wszystkich oferentów, w tym oferentów potencjalnych, a więc takich, którzy mogą być zainteresowani wzięciem udziału w postępowaniu, odpowiedniego stopnia jawności pozwalającego z jednej strony na otwarcie rynku za-

⁶ W przypadkach przewidzianych ustawą Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, a w przypadkach nieprzewidzianych w ustawie – drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust.3 załącznika VIII do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi albo w ust.3 załącznika XX do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zwaną dalej „stroną internetową określoną w dyrektywie” (art. 12 ust. 2 u.p.z.p.).

mówień na konkurencję, z drugiej na kontrolę obiektywności przeprowadzanych postępowań (Telaustria Verglas z dnia 7 grudnia 2000 r. – C-324/98, pkt 62)⁷.

Zasada jawności przejawia się również w art. 86 u.p.z.p., zgodnie z którym otwarcie ofert jest jawne, co oznacza, że uczestniczyć w nim może każda zainteresowana osoba, niezależnie od tego, czy będzie uczestnikiem danego postępowania, czy też nie. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający zobowiązany został przez ustawodawcę do publicznego podania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uregulowanie to ma na celu zapobieganie patologiom systemu oraz dowolności działań zamawiającego, który pod rządami wcześniejszego stanu prawnego, w sytuacji, gdy najkorzystniejszą okazała się oferta „niewygodnego wykonawcy”, często unieważniał postępowanie, powołując się na fakt, że nie posiada zabezpieczonych dostatecznych środków finansowych na dane zamówienie.

„W każdym trybie otwarcie ofert jest jawne, co oznacza, że w sesji otwarcia ofert może uczestniczyć każdy”⁸. Bezpośrednio po ujawnieniu wysokości środków przeznaczonych na realizację konkretnego zamówienia zamawiający, podczas sesji otwarcia ofert, odczytuje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Podkreślić należy, że wykonawcy nie mogą zastrzec tajności tych elementów oferty, które odczytywane są podczas otwarcia ofert (szerzej na ten temat w dalszej części opracowania).

II. Interes prawny i interes faktyczny w uzyskaniu informacji o postępowaniu

Cechą szczególną zasady jawności jest fakt, że korzystając z uprawnień, jakie daje ona każdemu zainteresowanemu, nie nakłada na niego obowiązku wykazania się posiadaniem interesu prawnego czy faktycz-

⁷ W. Hartung, *Gwarancja jawności i przejrzystości we wspólnotowym prawie zamówień publicznych*, Informator UZP, XII/2003.

⁸ J. Granecki, M. Kuźma, A. Olszewska, *Zamówienia publiczne w praktyce po nowelizacji*, Warszawa 2006, s. 270.

nego w uzyskaniu informacji z toczącego się postępowania. Warto w tym miejscu przytoczyć definicję pojęcia interesu faktycznego i interesu prawnego. Najogólniej powiedzieć można za W. Jakimowiczem, że interes faktyczny to taki „interes indywidualny, który nie został w sposób wyraźny wzięty pod ochronę przez obowiązujące prawo”⁹. Jest to też faktyczne pragnienie czegoś (dobra, wartości), co jest pozbawione prawnej ochrony, polegającej na tym, „że prawo przyznaje posiadaczom tych interesów sformalizowane środki, za pomocą których mogą się oni ubiegać o ocenę danego interesu i o autorytatywne (urzędowe) ustalenie skutków tego interesu w konkretnej sytuacji, prowadzące do jego zrealizowania”¹⁰. Niewątpliwie „interes prawny istnieje wówczas, gdy zgłoszone żądanie oparte jest na konkretnej normie prawnej, a konieczność jego obiektywnego charakteru oznacza, że o istnieniu interesu prawnego nie decyduje przekonanie zainteresowanego, ale ocena ustawodawcy”¹¹. Interes prawny nie może mieć charakteru hipotetycznego ani nie może wynikać tylko z interesów innych podmiotów, musi być legalny, obiektywny, zgodny z wolą ustawodawcy, z obowiązującym prawem. Musi też być oparty na konkretnej normie prawa materialnego. Interes prawny „jest łącznikiem pomiędzy sferą stosowania prawa procesowego a prawem materialnym przy wszczęciu postępowania i w jego toku”¹².

III. Zasada jawności w innych aktach prawnych

Podkreślić należy, że zasada jawności jako jedna z „najszerzych” zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowana jest nie tylko w przepisach prawa zamówień publicznych, ale również w innych aktach prawnych. Wynika ona także z art. 54 ust. 1¹³ i z art.

⁹ W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 127 i nast.

¹⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 317.

¹¹ Postanowienie NSA z 5 lutego 1998 r., I SA/Po 1242/97 (niepubl.); zob. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, s. 131.

¹² B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowniczo-administracyjne*, Warszawa 2003, s. 142.

¹³ Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

61¹⁴ Konstytucji RP¹⁵, z ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁶ (dalej: u.o.d.i.p.), która daje prawo zapoznania się z przebiegiem postępowania również osobom postronnym, które nie są jego uczestnikami, a są zainteresowane jego wynikiem, a także z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych¹⁷, zgodnie z którym gospodarka środkami publicznymi jest jawna. „Mówiąc więc o jawności zamówień publicznych możemy powiedzieć, że ma ona charakter wewnętrzny – czyli wobec uczestników postępowania, jak i charakter zewnętrzny wobec wszystkich osób zainteresowanych przeprowadzoną procedurą”¹⁸. Zasada jawności rozszerzona została także na akty wykonawcze do ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wskazać w tym miejscu można chociażby rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁹, które określa sposób udostępniania protokołu postępowania wraz z jego załącznikami. Zgodnie z jego przepisami za-

¹⁴ 1. Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

2. Prawo do uzyskania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu.

3. Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

4. Tryby udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy.

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹⁶ Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.

¹⁷ Dz.U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.

¹⁸ P. Szustakiewicz, *Zasady zamówień publicznych*, [w:] G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce – studium prawne*, Warszawa 2005, s. 77.

¹⁹ Dz.U. Nr 87, poz. 606.

mawiający obowiązany został do umożliwienia sporządzenia w swojej siedzibie kserokopii odpisów protokołów wraz z załącznikami, a także do przesłania – na wniosek wykonawcy – kopii protokołu. Również art. 96 ust. 3 u.p.z.p. stanowi o jawności protokołu postępowania i jego załączników, czyli ofert, opinii biegłych, oświadczeń, informacji z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomień, wniosków, innych dokumentów i informacji składanych przez zamawiającego i wykonawców oraz umów w sprawie zamówienia publicznego. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania. „Z treści cytowanego przepisu *expressis verbis* wynika, iż protokół jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępniane do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego lub faktycznego”²⁰. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. „Zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do dokumentacji przetargowej, z wyjątkiem sytuacji określonych m.in. w art. 6²² dyrektywy 2004/18”²³. Zasadę jawności, w nieco szerszym stopniu

²⁰ *Tajemnica przedsiębiorstwa. Opinia UZP* (www.uzp.gov.pl).

²¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.

²² Art. 6. Bez uszczerbku dla przepisów niniejszej dyrektywy, w szczególności tych dotyczących obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji, wymienionych w art. 35 ust. 4 oraz art. 41, a także zgodnie z prawem krajowym, któremu podlega instytucja zamawiająca, instytucja ta nie ujawnia informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawców, które je przekazały; informacje te obejmują, w szczególności, tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert.

²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, [w:] A. S o ł t y s i ń s k a, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 116.

niż regulacje polskiego ustawodawcy, ograniczają przepisy unijne. „Instytucje zamawiające mogą zdecydować o zachowaniu pewnych informacji do własnej wiedzy, jeżeli ich ujawnienie miałyby utrudnić egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, stanowiłyby uszczerbek dla uprawnionych interesów handlowych podmiotów gospodarczych, czy to publicznych czy prywatnych, lub mogłyby stanowić uszczerbek dla uczciwej konkurencji między nimi”²⁴.

Odesłanie do wspomnianej ustawy o dostępie do informacji publicznej znajdziemy w art. 139 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach ogólnych określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zgodnie z art. 1 u.o.d.i.p. każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonym w tej ustawie. „Informacją publiczną jest więc również informacja związana z udzieleniem zamówień publicznych, a podmioty obowiązane do udostępniania informacji publicznej, o których mowa w art. 4 ustawy o dostępie do informacji publicznej, to w większości podmioty obowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”²⁵. Należałoby zastanowić się nad poglądem E. Norka, zgodnie z którym „art. 139 ust. 3 nie ma zastosowania do protokołu postępowania o zamówienie publiczne, ani do załączonych do niego dokumentów, o których mowa w art. 96 ust. 2 u.p.z.p., z wyjątkiem umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego i ewentualnych ich zmian (art. 144 ust.1 u.p.z.p.)”²⁶. Moim zdaniem przepis tego artykułu należy interpretować dużo szerzej. Dlaczego bowiem ograniczać dostęp do przebiegu prowadzonego postępowania, skoro jego efekt finalny, jakim jest umowa o udzielenie zamówienia publicznego, ustawowo i obligatoryjnie jest jawny. Dla poparcia swojego stanowiska wskażę sytuację, w której jeszcze pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych (dalej: u.o.z.p.) w jednym z prowadzonych postępowań o wartości szacunkowej

²⁴ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa-Katowice 2006, s. 91.

²⁵ J.E. Nowicki, *Jawność – zasada podstawowa i jej ograniczenia*, *Zamówienia publiczne*. Doradca 2004, nr 12, s. 47.

²⁶ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s.237.

poniżej 30 000 euro zamawiający odmówił dostępu do dokumentacji podmiotowi, który nie był uczestnikiem postępowania. W obliczu sytuacji, w wyniku której złożono skargę na postępowanie zamawiającego, Prezes UZP skierował do podmiotu udzielającego zamówienie pouczenie, że zgodnie z art. 26 u.o.z.p. dokumentację postępowania udostępnić należy dostawcom i wykonawcom biorącym udział w prowadzonym postępowaniu, którzy ubiegali się o zamówienie. Podkreślił jednocześnie, że „przy omawianiu treści ww. przepisu należy wziąć pod uwagę także normy prawne zawarte w innych aktach normatywnych, które nakładają na niektórych zamawiających obowiązek udostępnienia dokumentacji również podmiotom niebędącym uczestnikami postępowania. Zgodnie bowiem z art. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu, niezależnie od istnienia interesu prawnego lub faktycznego. W opinii Prezesa UZP za informację publiczną dostępną każdemu uznać należy informację związaną z udzieleniem zamówień publicznych. Dotyczyć to będzie podmiotów wskazanych w art. 4 ust. 1 u.o.z.p., a więc władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne”²⁷. „Jeżeli informacją publiczną jest wszelka informacja o sprawach publicznych, w tym informacja o treści dokumentów urzędowych oraz o majątku publicznym, to w pojęciu tym mieści się również treść umów zawieranych na zasadach określonych w prawie zamówień publicznych. Umowy w sprawach zamówień nie zostały objęte obowiązkiem udostępniania ich treści w Biuletynie, należy zatem przyjąć, że udostępniane są jedynie na wniosek, na zasadach określonych w art. 10 i 11 ustawy o dostępie do informacji publicznej”²⁸. Umowy w sprawach zamówień publicznych „dotyczą tej sfery działalności gospodarczej, która cechuje się tym, że jedna ze stron umowy – zamawiający – opłaca zamawiane dostawy, roboty budowlane czy usługi ze środków publicznych. (...) W tym przypadku (...) interes

²⁷ N. Ostojńska, *Naruszenie zasady jawności postępowania w świetle postępowań kontrolnych przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, Informator UZO, XII/2003.

²⁸ T. Siedlecki, *Umowy w sprawach zamówień publicznych*, [w:] A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz-Warszawa 2004, s. 291.

publiczny musi być postawiony przed prywatnym. Wydaje się, zważywszy szeroki aspekt społeczno-ekonomiczny zamówień publicznych, że jest to argumentacja racjonalna²⁹.

Wskazać w tym miejscu należy, że prawo do informacji publicznej obejmuje uprawnienia do:

1) uzyskania informacji publicznej, w tym uzyskania informacji przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego,

2) wglądu do dokumentów urzędowych,

3) dostępu do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów.

Prawo do informacji publicznej obejmuje uprawnienie do niezwłocznego uzyskania informacji publicznej zawierającej aktualną wiedzę o sprawach publicznych. Podlega ona jednakże następującym ograniczeniom:

1) w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych,

2) ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy, z tym że ograniczeniu temu nie podlegają informacje o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. Nie można również, z wyjątkiem ograniczeń wynikających z pkt 1 i 2 ograniczać dostępu do informacji o sprawach rozstrzyganych w postępowaniu przed organami państwa, w szczególności w postępowaniu administracyjnym, karnym lub cywilnym, ze względu na ochronę interesu strony, jeżeli postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań lub funkcji.

Zgodnie z art. 10 u.o.d.i.p., jeżeli informacja publiczna nie została udostępniona w Biuletynie Informacji Publicznej, udostępnia się ją na wniosek, bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku. Jeżeli informacja nie może być udostępniona w tym

²⁹ W. Łysakowski, *Jawność umów w sprawach zamówień publicznych*, Zamówienia publiczne. Doradca 2003, nr 3, s. 16.

terminie, podmiot obowiązany do jej udostępnienia musi powiadomić o powodach opóźnienia oraz wyznaczyć nowy termin, w jakim udostępni informację (nie może jednak wyznaczyć terminu dłuższego niż 2 miesiące od dnia złożenia wniosku). W sytuacji, gdy podmiot obowiązany do udostępnienia informacji na wniosek (w sposób w nim wskazany) musiałby ponieść dodatkowe koszty związane ze wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub koniecznością przekształcenia informacji w formę wskazaną we wniosku, podmiot ten może pobrać od wnioskodawcy opłatę w wysokości odpowiadającej tym kosztom. W takiej sytuacji ustawodawca zdecydował, że koniecznym jest powiadomienie wnioskodawcy w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku o kosztach związanych z udostępnieniem informacji i dopiero po jego upływie (licząc od dnia powiadomienia o tym wnioskodawcy) należy informację udostępnić.

Może zdarzyć się i taka sytuacja, gdy informacja publiczna nie może być udostępniona w sposób lub w formie określonych we wniosku. Wówczas podmiot zobowiązany do udostępnienia informacji musi powiadomić pisemnie wnioskodawcę o przyczynach braku możliwości jej udostępnienia zgodnie z wnioskiem i wskazać, w jaki sposób lub w jakiej formie informacja może być udostępniona niezwłocznie. W takim przypadku, jeżeli w terminie 14 dni od powiadomienia wnioskodawca nie złoży wniosku o udostępnienie informacji w sposób lub w formie wskazanych w powiadomieniu, postępowanie o udostępnienie informacji umarza się. Wówczas odmowa udostępnienia informacji publicznej oraz umorzenie postępowania o udzielenie informacji następuje w drodze decyzji organu władzy publicznej, od której przysługuje odwołanie zgodnie z przepisami kodeksu postępowania administracyjnego³⁰.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że każdorazowe ograniczenie jawności postępowania musi mieć charakter ustawowy, tzn. może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadkach określonych ustawą³¹. „Przepis art. 8 ust. 2 u.p.z.p., zawierający wyjątek od zasady zawartej w poprzedzającym go

³⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. Nr 30, poz. 168 ze zm.).

³¹ „Na przeszkodzie jawności postępowania stać mogą niekiedy przepisy innych ustaw, np. ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 11, poz. 95 ze zm.) czy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U.

ustępie pierwszym art. 8 u.p.z.p., jest źródłem uprawnienia zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie przezeń z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie. Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji, ale tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą musi on uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie³².

IV. Ograniczenie zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Ograniczenie zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika m.in. z art. 38 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający obowiązany jest na zebraniu z wykonawcami zwołanym w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ujawniać źródeł zapytania, czy art. 58 ust.3, art. 60d ust. 7, zgodnie z którymi negocjacje (odpowiednio dialog konkurencyjny) mają charakter poufny. Zakres konfidencjonalności wyczytać można również z normy art. 86 ust. 1, zgodnie z którą nie można zapoznać się z zawartością ofert przed upływem terminu ich otwarcia.

Kolejnym przejawem ograniczenia zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest przepis art. 8 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym 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. Orzecznictwo Zespołów Arbitrów dopuszcza wbrew literalnemu brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 u.p.z.p. zastrzeżenie poufności po terminie składania ofert w przypadku, gdy

z 2002 r. Nr 101, poz. 920 ze zm.)” – J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 48.

³² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05 (OSNC 2006, nr 7-8, poz. 122).

zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 u.p.z.p. „Przyjęto regułę priorytetu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa bez względu na to, na jakim etapie postępowania zastrzeżenie poufności zostanie złożone zamawiającemu przez wykonawcę. Wskazane stanowisko opiera się nie tyle na interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych, co na wykładni przepisów szczególnych dotyczących tajemnicy handlowej. Interpretacja ta nie jest zatem dokonywana wbrew wyraźnej treści art. 8 ust. 3 u.p.z.p. (*contra legem*), ale z uwzględnieniem całokształtu przepisów regulujących problematykę tajemnicy handlowej. Nie ujawnia ona luki w przepisach, a potwierdza potrzebę dokonywania kompleksowej wykładni wszystkich przepisów obowiązujących w tym zakresie”³³.

Normatywne uregulowanie tajemnicy przedsiębiorstwa ustawodawca zawarł w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁴, zgodnie z którym 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. *A contrario*, przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy obowiązek ich ujawniania uregulowany jest odrębnymi przepisami prawa. Bogate orzecznictwo Zespołów Arbitrów wskazuje na fakt, że w praktyce przepisy te budzą wiele trudności interpretacyjnych. W przedmiotowej sprawie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 3 października 2000 r.³⁵ stwierdził on, że dana informacja (wiadomość) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tylko wtedy, gdy spełnia łącznie 3 warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

³³ T. C z a j k o w s k i, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2006, s. 69.

³⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.

³⁵ Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, [w:] *Tajemnica przedsiębiorstwa. Opinia UZP* (www.uzp.gov.pl).

- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zgodnie z przytoczonym orzeczeniem informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, wzorców, metod działania oraz formuł chemicznych, natomiast informacja handlowa to taka, która obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Podkreślić należy, że „taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą przedsiębiorstwa”³⁶. W innym wyroku Sąd Najwyższy podkreślał, że „decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, ale powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana oraz że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu”³⁷.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. „Jednocześnie »tajemnica« nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony”³⁸. Podobne stanowisko zajął Zespół Arbitrów, który w jednym

³⁶ *Tajemnica przedsiębiorstwa. Opinia UZP* (www.uzp.gov.pl).

³⁷ Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 3004/00 (OSNC 2001, nr 4, poz. 59) oraz z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00 (OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

³⁸ *Tajemnica przedsiębiorstwa. Opinia UZP, Zamówienia publiczne. Doradca 2005*, nr 4, s. 16.

z wyroków podniósł, że nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna, która jest znana lub można się o niej dowiedzieć zwykłą, dozwoloną drogą³⁹. Nie jest więc tajemnicą przedsiębiorstwa technologia bądź organizacja powszechnie znana czy stosowana. „Podobne wnioski płyną z analizy orzecznictwa Zespołu Arbitrów. W wyroku z dnia 3 lipca 2003 r.⁴⁰ Zespół Arbitrów stwierdził, że do istotnych przesłanek, które warunkują efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należą:

- uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji,
- doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy,
- podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności,
- brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy”⁴¹.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego⁴² za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.

Wielokrotnie Zespoły Arbitrów w wydawanych przez siebie wyrokach podkreślały, że ze względu na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa niemożliwe jest dokładne ich wymienienie. Jednakże nie budzi wątpliwości fakt, iż utajnieniu nie może podlegać wypis z Krajowego Rejestru Sądowego, wpis do ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenie wydawane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych czy Urząd Skarbowy, a także cena. Podkreślić należy, że „nakaz ujawniania ceny nie oznacza nakazu upubliczniania metody jej kalkulacji. Sposób wyliczania ceny może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i w tym zakresie w pełni skuteczne jest zastrzeżenie poufności”⁴³.

³⁹ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 kwietnia 2003 r., UZP/ZO/0-466/03 (Zamówienia publiczne w orzecznictwie – zeszyty orzecznicze 2003, nr 2, s. 32).

⁴⁰ UZP/ZO/0-932/03 (wyrok na stronie internetowej www.uzp.gov.pl).

⁴¹ M. Ś l e d z i e w s k a, *Tajemnica przedsiębiorstwa*, Zamówienia publiczne. Doradca 2004, nr 4, s. 51.

⁴² Postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. – XII Amz 1/96 (Wokanda 1997, nr 10, s. 55).

⁴³ T. C z a j k o w s k i, *Prawo zamówień...*, s. 69.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz treść obowiązujących przepisów szczególnych, podkreślić należy, że „wykonawca nie może zastrzec ujawnienia informacji, które są dostępne na podstawie odrębnych przepisów, np. zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym, zgodnie bowiem z art. 8 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁴⁴ jest on jawny i każdy ma prawo otrzymać poświadczony odpisy, wyciągi i zaświadczenia o danych w Rejestrze”⁴⁵. Tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić wpis do ewidencji działalności gospodarczej, bowiem zgodnie z przepisem art. 24 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴⁶ ewidencja jest jawna. Tak więc informacje w niej zawarte są jawne na podstawie odrębnych przepisów, a oferta zawierająca ich klauzulę tajności powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z ustawą (w tym wypadku z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej). Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 września 2001 r. uznał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być uznany w szczególności aktualny odpis z właściwego rejestru, który to osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie⁴⁷. Śledząc dalej orzecznictwo Zespołów Arbitrów, wskazać należy, że „(...) zarówno zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, jak i zaświadczenie z ZUS nie zawiera informacji, które stosownie do przytoczonej definicji mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorcy”⁴⁸. W jednym z wyroków podkreślano, że „w ocenie ZA również zastrzeżenie w ofercie całego dokumentu stanowiącego koncepcję organizacji robót, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”⁴⁹. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być również dane zawarte w wykazie wykonanych w ciągu ostatnich lat dostaw⁵⁰.

⁴⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 17, poz. 209 ze zm.

⁴⁵ E. N o r e k, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 41.

⁴⁶ Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.

⁴⁷ I CKN 1159/00 (OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

⁴⁸ Wyrok ZA z dnia 8 grudnia 2003 r. UZP/ZO/0-1985/03 (wyrok na stronie internetowej www.uzp.gov.pl).

⁴⁹ Wyrok ZA z dnia 11 grudnia 2003 r., UZP/ZO/0-2022/03 (Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Zespołów Arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie, nr 3, UZP 2003, s.27.

⁵⁰ Wyrok ZA z dnia 1 lipca 2002 r., UZP/ZO/0-706/02 (wyrok na stronie internetowej www.uzp.gov.pl).

„Wykaz zrealizowanych dostaw obejmuje nazwy odbiorców, przedmiot, wartość i termin dostaw, czyli istotne elementy umowy o dostawę. Zgodnie z art. 139 ust. 3 prawa zamówień publicznych umowy w sprawie zamówienia publicznego są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. W tej sytuacji nie ma podstaw do utajniania wykazu zrealizowanych dostaw, skoro zawierające te same dane informacje można uzyskać poprzez wgląd w umowy zawierane przez wykonawców operujących w systemie zamówień publicznych”⁵¹.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego tajemnica przedsiębiorstwa stanowi niematerialny składnik tego przedsiębiorstwa służący do realizacji określonych zadań gospodarczych. Zatem tajemnicą nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się dowiedzieć.

V. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r.

Orzecznictwo Zespołu Arbitrów jednoznacznie wskazywało, że skutkiem wadliwego zastrzeżenia tajności musi być odrzucenie oferty. W tym zakresie przełom stanowi uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r.⁵² Zdaniem SN niezgodne z prawem zastrzeżenie poufności informacji oznacza jedynie to, że należy je ujawnić. Nie jest to natomiast powód odrzucenia oferty. Wydawałoby się, że konkluzja uchwały SN jest jasna i klarowna. Otóż decyzja o zakresie utajnienia informacji znajdujących się w ofercie należy do zamawiającego. Jak więc widać, precedensowe rozstrzygnięcie SN stoi w sprzeczności z dotychczasowym orzecznictwem Zespołów Arbitrów. Sankcją za błąd popełniony przez wykonawcę w postaci nieprawidłowego utajnienia informacji nie będzie już odrzucenie oferty, lecz tylko „odtajnienie” tych informacji. Jak podkreśla SN w wyżej wymienionej uchwale, „w ocenie samego oferenta zamieszczone przez niego informacje (...) stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwzględ-

⁵¹ A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych*, UZP Warszawa 2006, s. 61.

⁵² III CZP 74/05 (OSNC 2006, nr 7-8, poz. 122).

nieniem stanu wiedzy i świadomości samego oferenta i z pewnością nie mogły świadczyć o niezgodności oferty z ustawą⁵³.

Uchwała Sądu Najwyższego ma zarówno swoich przeciwników, jak i zwolenników. M. Salomonowicz uważa, że „na aprobatę zasługuje stanowisko SN wyrażone w sentencji, a rozwinięte w uzasadnieniu głosowanej uchwały, iż badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego”⁵⁴. Odtajnienie informacji powinno być jednak uprzedzone sprawdzeniem, czy informacje, które według wykonawcy są tajne, faktycznie zasługują na to miano, czyli spełniają wyżej określone kryteria. Dlatego też zamawiający każdorazowo przed podjęciem decyzji o odtajnieniu informacji, stanowiącej w mniemaniu wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa, skorzystać powinien z dyspozycji art. 87 ust. 1 u.p.z.p. i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Zauważyć można, że wykonawcę tak naprawdę nie spotka żadna sankcja za nieprawidłowe działanie. Zupełnie inaczej wygląda to po stronie zamawiającego. Nie można zapomnieć o tym, że zamawiający za swoje błędy będzie musiał już odpowiadać. Zgodnie bowiem z art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za bezpodstawne ujawnienie cudzej tajemnicy przedsiębiorstwa grozi kara pozbawienia wolności do dwóch lat. Tak więc Sąd Najwyższy zdjął odpowiedzialność z ramion wykonawców i przeniósł ją na barki zamawiającego. W takiej sytuacji nie można wykluczyć, że prawo zastrzegania poufności będzie przez wykonawców nadużywane. Dlatego też słuszny pogląd wyraża R. Szostak, który twierdzi, że „w świetle zasady równości i uczciwej konkurencji oferta pochodząca od takiego wykonawcy nie może zostać poddana ocenie z powodu równoczesnego obciążenia zamawiającego obowiązkiem ujawniania informacji, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Oferta złożona przez takiego oferenta musi być odrzucona, ale nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. jako oferta niezgodna z ustawą, lecz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 – jako oferta

⁵³ Tamże.

⁵⁴ M. Salomonowicz, *Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Glosa. Prawo Gospodarcze 2006, nr 3, s. 130.

złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji”⁵⁵. Uchwałę SN krytykuje również J. Pieróg, zdaniem którego „za zdumiewającą należy uznać uchwałę SN z dnia 21 października 2005 r. Z uchwały wynika, że zamawiającemu nie wolno odrzucić oferty, która zawiera niezgodne z ustawą zastrzeżenia. Tymczasem przepis art. 89 ust. 1 ma charakter obligatoryjny. Co gorsze jednak, z uchwały wynika, że zamawiający staje się pierwszą i ostatnią instancją w sprawie rozstrzygnięcia, co jest, a co nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa”⁵⁶.

VI. Podsumowanie

„W świetle podanych powyżej przykładów stwierdzić należy, iż problematyka dotycząca tajemnicy przedsiębiorstwa pojawiająca się na gruncie stosowania ustawy o zamówieniach publicznych jest jedną z ważniejszych, a jednocześnie trudniejszych kwestii, ze względu na fakt, iż niejednokrotnie niełatwe jest określenie, co w istocie stanowi tę tajemnicę. Najczęstszym problemem pojawiającym się na tle przedmiotowej kwestii jest oczywiście relacja pomiędzy tajemnicą przedsiębiorstwa, a zasadą jawności dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”⁵⁷.

Oprócz aspektów proceduralnych na uwagę zasługuje także fakt, że zasada jawności zawsze daje poczucie praworządności, uczciwości. Poprzez jej wprowadzenie ustawodawca chciał zagwarantować poczucie stabilizacji oraz możliwość „kontrolowania” procedur przeprowadzanych przez podmioty dysponujące środkami publicznymi. Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istnieje na każdym etapie jego postępowania, począwszy od ujawnienia przez zamawiającego na zewnątrz chęci udzielenia określonego zamówienia, a skończywszy na obowiązku poinformowania o wynikach postępowania. „Już z dyrektywy

⁵⁵ R. Szostak, *Zastrzeżenie tajemnicy przy składaniu oferty na przetarg o zamówienie publiczne*, Głosa. Prawo Gospodarcze 2006, nr 3, s. 121.

⁵⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 8, Warszawa 2007, s. 59 i nast.

⁵⁷ M. Stręciwiłk-Białek, M. Sarnowski, *Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne a tajemnica przedsiębiorstwa*, Informator UZP, XII/2003.

89/665⁵⁸ wynika obowiązek poinformowania wykonawców o decyzji o udzieleniu zamówienia oraz zapewnienia pewnego minimalnego terminu pomiędzy poinformowaniem wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty a podpisaniem umowy z oferentem, którego oferta jest wybrana⁵⁹. Ustawodawca zapewnił uczestnikom postępowania możliwie najszerszy dostęp do informacji, wprowadzając jedynie nieliczne wyjątki ograniczające zasadę jawności. Badając orzecznictwo zespołów arbitrów stwierdzić można, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a wykonawca skutecznie zastrzec może w swojej ofercie tylko informacje rzeczywiście stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zasadę jawności potraktować można również jako narzędzie, które powinno być szczególnie użyteczne w walce z korupcją. Skuteczną walkę w tym zakresie toczyć mogą podmioty prywatne, organizacje społeczne czy media. „Zasada jawności działania organów publicznych uważana jest za fundamentalną wartość prawa, warunek konieczny efektywnego funkcjonowania systemu demokratycznego⁶⁰. Rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę dotyczące jawności postępowania należy uznać za korzystne.

⁵⁸ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

⁵⁹ Wyrok ETS z 24 czerwca 2004 r., C-212/02 (niepubl.), [w:] M. L e m k e, D. P i a s t a, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie 1999-2005 r.*, Warszawa 2006, s. 224.

⁶⁰ A. K u r o w s k a, M. S a r n o w s k i, G. W i c i k, P. W i ś n i e w s k i, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2006, s. 60.