Sygn. akt: KIO 330/20

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wodniaków 19 (03-992 Warszawa) oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. dr. Józefa Babińskiego 62A (30-393 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu przy ul. Jana Pawła II 10 (61-139 Poznań)

przy udziale wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Św. Michał 43 (61-119 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy - Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, będącego uczestnikiem postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 330/20

Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum

Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu zwany dalej: „zamawiającym", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp", pn.: Sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją (nr PN 15/10/2019), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 10 października 2019 r., pod numerem 2019/S 196-475564.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od

kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 17 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia: Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie w związku z oceną uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Integrale IT Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów i informacji składających się na ofertę wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 8 ust. 3 Pzp przez wadliwą ocenę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o., a w konsekwencji wadliwe ustalenie, że wykonawca ten wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3a Pzp przez zaniechanie udostępnienia całości treści oferty złożonej przez wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie oceny zasadności zastrzeżenia części oferty Integrale IT Sp. z o.o. jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa;

- odtajnienie i udostępnienie odwołującemu:

a) całości opisu technicznego stanowiącego załącznik nr 1 do oferty Integrale IT Sp. z o.o.;

b) schematu sieci komunikacyjnych i zarządzającej klastra obliczeniowego stanowiącego załącznik nr 2 do oferty;

c) schematu systemu zasilania klastra, stanowiącego załącznik nr 3 do oferty;

d) schematu systemu chłodzenia klastra, stanowiącego załącznik nr 4 do oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jako jedyny poza Integrale IT Sp. z o.o. złożył ofertę w postępowaniu przez co ma prawo do dokonania oceny prawidłowości działań zamawiającego w zakresie oceny oferty tego wykonawcy, a bez udostępnienia mu bezprawnie zastrzeżonej treści oferty prawo to jest istotnie ograniczone. Odwołujący dodał, że na dzień wniesienia odwołania zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a odrzucenie jego oferty jest nieprawomocne.

W oparciu o treść odtajnionego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. odwołujący stwierdził, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1010). W ocenie odwołującego wykonawca ten nie wykazał zaistnienia żadnej z wymienionych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy przesłanek warunkujących kwalifikowanie zastrzeżonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie wykazał, że:

- posiadają one wartość gospodarczą,

- 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,

- podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Jeśli chodzi o pierwszą z wymienionych powyżej przesłanek odwołujący wskazał, że w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. wyjaśnił, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wynika z unikalności oferowanego systemu obliczeniowego oraz systemu składowania danych, a unikalność tę ww. wykonawca uzasadnił następującymi okolicznościami:

- System chłodzenia obiegiem zamkniętym jest rozwiązaniem innowacyjnym i unikatowym na skalę światową, przygotowanym przez producenta rozwiązania wyłącznie na potrzeby niniejszego projektu;

- Użycie procesorów Cascadelake firmy Intel w systemie obliczeniowym HPC. Jest to innowacyjne rozwiązanie, które ma konkurować z platformą AMD Rome;

- Użycie systemu chłodzenia wodą dla serwerów wyposażonych w GPU;

- Instalacje RACKów produkcji Huawei chłodzonych wodą o odzysku energii powyżej 95%.

Odwołujący zauważył, że poza powyższymi, ogólnymi i lakonicznymi stwierdzeniami dotyczącymi unikalności systemu wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. nie przedstawił żadnej argumentacji, ani dowodów, które tę unikalność by potwierdzały. Tego rodzaju argumentacja jest niewystarczająca do uznania, że Niewystarczające w ocenie Izby jest powołanie się na akapit uzasadnienia zastrzeżenia rozpoczynający się od słów „na unikalność oferowanego systemu wpływ mają poniżej opisane elementy Przystępujący jedynie wskazuje na unikalność przyjętego rozwiązania - nie wykazując jednocześnie wartości gospodarczej - kluczowej przesłanki uzasadniającej zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przyjętych przez siebie rozwiązań.

Odnosząc się do drugiej przesłanki wskazanej powyżej odwołujący wyjaśnił, że w oparciu o treść odtajnionego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa należy stwierdzić, iż Integrale IT Sp. z o.o. nie wykazała również, że zastrzeżone informacje 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. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie była - zdaniem odwołującego - lakoniczna, niepoparta żadnymi dowodami i ograniczała się jedynie do gołosłownego stwierdzenia: Należy zaznaczyć, że wszystkie utajnione w ofercie informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna.

W ocenie odwołującego wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. nie wykazał również ostatniej z przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji tj. nie wykazał, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Odwołujący wskazał, że ww. wykonawca stwierdzając, iż stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji nie przedstawił treści tego dokumentu. Brak jest choćby przykładowych umów o pracę z pracownikami, a treść przedstawionej jednej umowy zlecenia jedynie ogólnie może być powiązana z zapewnieniem dotyczącym stosowania w firmie rygorystycznej polityki bezpieczeństwa.

Ponadto odwołujący stwierdził, że analogicznie należy się odnieść do przedstawionej umowy o zachowaniu poufności z Huawei. Odwołujący dodał przy tym, że umowa ta nie dotyczy informacji, które znane są publicznie. Tymczasem, produkty tego podmiotu w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia są publicznie dostępne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwany dalej: „przystępującym”.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności przystępujący wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak wpływu zaniechania czynności na wynik postępowania oraz brak wykazania interesu i szkody przez odwołującego.

Na poparcie swojego wniosku przystępujący przytoczył fragmenty orzeczeń Izby z 20 lutego

2018 r. sygn. akt 228/18, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 542/17, 17 stycznia 2020 r. sygn. akt

KIO 2667/19 oraz 12 września 2019 r. sygn. akt KIO 1649/19.

Ponadto zwrócił uwagę, że zamawiający w dniu 3 stycznia 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Następnie wyrokiem z dnia 30 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 71/20) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zatem w chwili obecnej, odwołujący nie może uzyskać zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. W niniejszej sprawie odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie przez zamawiającego czynności odtajnienia części oferty przystępującego. Jednocześnie, odwołanie nie jest nakierowane na odrzucenia oferty przystępującego lub zmianę wyniku postępowania, zatem nawet uwzględnienie odwołania nie zmieni wyniku postępowania i nie przybliży odwołującego do uzyskania zamówienia. W takiej sytuacji, w ocenie przystępujacego uwzględnienie odwołania nie będzie miało wypływ na wynik postępowania i w konsekwencji winno być oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, analogicznie, jak w sprawie sygn. akt KIO 2667/19.

Następnie przystępujący wskazał, że odwołujący nie dąży ani do uzyskania zamówienia, ani do unieważnienia postępowania, to w konsekwencji odwołujący nie wykazał w odwołaniu, iż naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego narusza jego interes polegający na uzyskaniu zamówienia i że odwołujący w związku z tym może ponieść szkodę. Zgodnie zaś z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy tylko wówczas, jeżeli ma interes w uzyskaniu zamówienia tj. może zamówienie uzyskać po wyeliminowaniu czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku działań zamawiającego. W ocenie przystępującego, odwołujący w swoim odwołaniu nie wykazał możliwości uzyskania przez niego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody i w konsekwencji odwołanie winno być z tej przyczyny oddalone

Następnie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących nieujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

W tym zakresie przystępujący stwierdził, że nie zgadza się z twierdzeniami odwołującego, iż nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie spełniają przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący stanął na stanowisku, że zastrzeżone informacje obejmują dane o konfiguracji i doborze sprzętu informatycznego przez przystępującego w unikalny sposób, który daje mu przewagę konkurencyjną wobec innych wykonawców. Jak podniósł przystępujący Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO 2301/15 i 2302/15) wskazała, że w przypadku doboru przez wykonawców sprzętu informatycznego i oprogramowania do konkretnego zamówienia, który to dobór wymaga od wykonawców nawiązania współpracy z określonymi dostawcami sprzętu oraz doboru odpowiedniego najbardziej efektywnego sprzętu, informacje w tym zakresie mogą stanowić informacje techniczne oraz organizacyjne i posiadają wartość gospodarczą.

Następnie przystępujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie tylko wytłumaczył i wykazał, dlaczego zastrzeżone informacje, jako cały zbiór danych stanowią dla niego informacje techniczne i organizacyjne posiadające wartość gospodarczą, ale wskazał także konkretne elementy systemu, które świadczą o tej unikalności rozwiązania. Opis tych rozwiązań oczywiście zajmuje więcej niż skrócone wskazanie na te rozwiązania ujęte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa tj. opis systemu chłodzenia, procesorów Cascadelake oraz Racków firmy Huawei. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się w tym, jak wskazał w uzasadnieniu przystępujący, że jedynie przystępujący posiada wiedzę o najbardziej efektywnym doborze komponentów składających się na całość zamówienia objętego postępowaniem i ma możliwość oferowania sprzętu w takiej konfiguracji i w ten sposób rozwijania swojej działalności. W tym zakresie przywołał treść wyroku z 12 września 2019 r. sygn. akt KIO 1649/19.

W ocenie przystępującego wykazał on i uzasadnił w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniem

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że właśnie dobór sprzętu w unikalny sposób jest informacją, która ma dla niego wartość gospodarczą i pozwala mu konkurować na rynku, a unikalny dobór sprzętu, w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest

powszechnie znany - sam odwołujący nie zna sposobu doboru sprzętu przez przystępującego.

Ponadto przystępujący wskazał, że informacje zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione podmiotom trzecim oraz że podjął czynności w celu zachowania tych informacji w poufności, przedkładając w tym celu kopie przykładowej umowy z klauzulą poufności oraz kopię umowy z dostawcą sprzętu IT.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w pierwszej kolejność wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2, 3 i 4 Pzp, a następnie po nieuwzględnieniu przez Izbę, przedmiotowego wniosku oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący przed zamknięciem posiedzenia niejawnego z udziałem stron wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Wobec tego dla porządku należy stwierdzić, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, lecz odwołanie zostało rozpoznane wskutek wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. W związku z tym spór przed Izbą toczył się miedzy odwołującym a wnoszącym sprzeciw przystępującym.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, dowodów złożonych na rozprawie przez odwołującego i przysypującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego oraz spójnego z nim wniosku przystępujacego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2, 3 i 4 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przedmiotową przesłankę należy łączyć z przypadkami, w których odwołanie zostało wniesione przez podmiot niebędący wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, jest niewłaściwie reprezentowany lub odwołanie zostało wniesione jedynie we własnym imieniu lub bez umocowania pozostałych wykonawców, choć odwołujący jest wykonawcą działającym w ramach konsorcjum. W ocenie Izby żadna w powyżej wskazanych sytuacji nie wystąpiła. Co prawda oferta odwołującego została odrzucona, a odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie uznania tej czynności za bezzasadną zostało przez Izbę oddalone (wyrok z 30 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 71/20), to nie można przyjąć, że odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu. Od ww. wyroku przysługuje skarga do właściwego sądu okręgowego i dopiero orzeczenie tego sądu będzie miało wpływ na status odwołującego jako wykonawcy w postepowaniu. Na moment rozpoznania sprawy nie można było uznać, iż odwołujący był podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania szczególnie, że odwołujący oświadczył na posiedzeniu niejawnym, że do dnia posiedzenia nie otrzymał odpisu uzasadnienia orzeczenia w sprawie KIO 71/20 oraz zadeklarował zaskarżenie tego orzeczenia.

Na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na wstępie należy wskazać, że przystępujący pierwotnie zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienie tego zastrzeżenia wraz z załącznikami oraz załączniki nr 1-4 do treści oferty. W sprawie

oznaczonej sygn. akt KIO 2691/19 odwołanie pierwotnie dotyczyło wszystkich ww. dokumentów, niemniej na posiedzeniu niejawnym odwołujący cofnął zarzuty dotyczące załączników nr 1-4 do treści oferty i co do meritum wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2691/19 dotyczył wyłącznie zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Opisana strategia procesowa w ocenie Izby nie pozbawiła odwołującego możliwości kwestionowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla załączników nr 1-4 do treści oferty przystępującego na obecnym etapie. W przedmiotowej sprawie należy zdaniem Izby zwrócić uwagę na specyfikę okoliczności faktycznych, a także prawnych. Otóż przystępujący zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa także uzasadnienie zastrzeżenia.

Uzasadnienie zastrzeżenia ma kluczowe znaczenie dla oceny jego prawidłowości i wykonawcy podejmując decyzję odnośnie wniesienia środka ochrony prawnej wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów złożonych przez konkurenta powinni w pierwszej kolejności dążyć do zapoznania się z tym uzasadnieniem, aby móc odnieść się do przesłanek prawidłowości takiego zastrzeżenia zawartych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tym samym w ocenie Izby wykonawcy w przypadku zastrzeżenia jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów jak i samego uzasadnienia zastrzeżenia nie muszą od razu wnosić o odtajnienie wszystkich zastrzeżonych dokumentów i mogą skupić się w pierwszej kolejności na uzasadnieniu tak, aby odpowiednio przygotować się do dalszych działań procesowych.

Stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W przedmiotowej sprawie odwołanie co do meritum dotyczyło innych okoliczności niż orzeczenie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2691/19. W tamtej sprawie jak wskazano powyżej Izba merytorycznie rozpoznała wyłącznie zarzuty w zakresie samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w pozostałym zakresie tamto odwołanie zostało przez odwołującego cofnięte, zatem Izba nie miała podstaw prawnych do ich rozpoznania na tamtym etapie. Przedmiotowe odwołania jest oczywiście konsekwencją uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2691/19 natomiast nie można stwierdzić, że przedmiot rozstrzygania w obu sprawach (sprawie KIO 2691/19 oraz przedmiotowej) jest tożsamy.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. W związku z tym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego zawartego w jego piśmie

procesowym o oddalenie odwołania z uwagi na brak wpływu zaniechania czynności na wynik postępowania oraz brak wykazania interesu i szkody przez odwołującego.

Jak wskazano powyżej nie można uznać, że odwołujący stracił status wykonawcy w postępowaniu i w dalszym ciągu jest zainteresowany udziałem w nim. W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, iż nie można odmówić odwołującemu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, w sytuacji gdy jego oferta nie została jeszcze ostatecznie odrzucona. Izba uznała przy tym, że w niniejszym stanie faktycznym znajdzie zastosowanie pojęcie „danego zamówienia" sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. W przedmiotowym orzeczeniu TSUE wskazał, że pojęcie „danego zamówienia" może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są analogiczne do zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, wówczas TSUE uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia". Szeroką wykładnię interesu w uzyskaniu danego zamówienia TSUE przyjął również w wyrokach wydanych w sprawach C-100/12 Fastweb (wyrok z dnia 4 lipca 2013 r.) oraz C-689/13 PFE (wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r.) dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna - różnicę tę podkreślił TSUE w motywie 33 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebaudebetreuung i Caverion Osterreich. Zamawiający co prawda w postępowaniu nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast należy przyjąć, że przedmiotowe odwołanie wpisuje się w pojęcie „danego zamówienia" wynikające z ww. orzeczeń TSUE, gdyż do momentu ostatecznego potwierdzenia odrzucenia oferty odwołującego, będzie on mógł korzystać ze statusu wykonawcy w postępowaniu i dążyć w skrajnej sytuacji nawet do unieważnienia postępowania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę - Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej nadal: „przystępującym").

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 24 lutego 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- ogłoszenia o zamówieniu;

- SIWZ wraz z załącznikami;

- oferty złożonej przez przystępującego wraz z załącznikami;

- wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 16 listopada 2019 r. złożonych przez przystępującego wraz z załącznikami;

- pisma zamawiającego z dnia 6 lutego 2020 r. w sprawie odtajnienia uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego;

2) złożonych na rozprawie przez odwołującego:

- wydruku zrzutu ekranu dotyczącego generatora topologii Mellanox Inifniyband;

- wydruku informacji zawartej na stronie internetowej zamawiającego pt. „Iceotope serwery chłodzone wodą";

- wydruku informacji od producenta Huawei na temat rozwiązania systemów obliczeniowych o wysokiej wydajności;

- informacji użytkownika produktu Huawei na temat systemu chłodzenia cieczą przeznaczanego dla serwerów wysokiej gęstości;

- wydruku ze strony internetowej hosting.journalist.com stanowiącego informacje na temat wprowadzania przez Huawei nowych serwerów (informacja z 2014 r. z tłumaczeniem na j. polski);

- wydruku toplisty 500 serwerów z listopada 2019 r. z tłumaczeniem na język polski;

3) złożonych na rozprawie przez przystępującego:

- dokumentu zastrzeżonego jako zawierający tajemnice przedsiębiorstwa (nie został doręczony odwołującemu;

- wydruku informacji ze strony Komisji Europejskiej z czerwca 2019 r., dotyczącej planowanego wszczęcia procedur przetargowych o przedmiocie zamówienia podobnym do przedmiotowego postępowania;

- wydruku informacji sporządzonej przez organizację Ashrae (wybrane fragmenty tej informacji zostały przedstawione w tłumaczeniu na język polski).

Izba ustaliła co następuje

W dniu 6 grudnia 2019 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu, w którym poza odwołującym ofertę złożył wyłącznie przystępujący.

W dniu 16 grudnia 2019 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty złożonej przez przystępującego. W odpowiedzi na ten wniosek, zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. udostępnił odwołującemu ofertę ww. wykonawcy z wyłączeniem:

- uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (wraz z załącznikami);
- załącznika nr 1 do oferty -- Opis techniczny, od punktu 1 do 3 włącznie;
- załącznika nr 2 do oferty - Schemat sieci komunikacyjnych i zarządzającej klastra;
- załącznika nr 3 do oferty - Schemat systemu zasilania klastra;
- załącznika nr 4 do oferty - Schemat systemu chłodzenia klastra.

Na zaniechanie udostępnienia ww. dokumentów, w dniu 30 grudnia 2019 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W trakcie posiedzenia w sprawie tego odwołania (sygn. akt KIO 2691/19) odwołujący cofnął zarzuty dotyczące zaniechania udostępnienia załączników nr 1-4.

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2691/19 Izba uwzględniła odwołanie złożone przez odwołującego i nakazała zamawiającemu odtajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 6 lutego 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu ww. dokumentów.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 8 ust. 3 - 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. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;

- art. 8 ust. 1 Pzp - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne;

- art. 96a ust. 3a Pzp - Zasada jawności, o której mowa w ust. 3, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w art. 8 ust. 3-5, stosuje się odpowiednio.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wyjaśnić, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy przedsiębiorstwa - również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

- w postaci materialnej, czyli:

1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;

2) zastrzeżone informacje 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;

- w postaci formalnej, czyli:

3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że

informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu" oraz

„zbioru" mają taki sam zakres - oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie - dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) - muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma 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 (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa - podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie sprawy przystępujący wykazał, że informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. co oznaczało, że odwołanie okazało się niezasadne.

Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę Izba uznała, że zastrzeżone przez przystępujacego dokumenty zawierały informacje o charakterze technicznym oraz posiadały wartość gospodarczą. Przystępujący zdaniem Izby w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykazał, dlaczego zastrzeżone informacje, jako cały zbiór danych stanowią dla niego informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą. Ponadto przystępujący wyraźnie wskazał konkretne elementy systemu, które świadczą o unikalności rozwiązania. Wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy tez przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, które nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji w przedmiotowej sprawie w ocenie Izby przejawiała się w tym, że jak wskazał w uzasadnieniu przystępujący jedynie on posiada wiedzę o najbardziej efektywnym doborze komponentów składających się na całość zamówienia objętego postępowaniem i ma możliwość oferowania sprzętu w takiej konfiguracji i w ten sposób rozwijania swojej działalności. Okoliczność ta jest w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa właściwie niemożliwa do udowodnienia ponieważ próba jej udowodnienia oznaczałoby de facto ujawnienie informacji, którą wykonawca chce chronić, zatem wymaganie dowodu w tym zakresie byłoby niezmiernie trudne. W tym zakresie należy odwołać się do przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi o konieczności wykazania stosowności zastrzeżenia. Wykazania nie należy jednoznacznie utożsamiać z udowodnieniem, gdyż sama ustawa posługuje się tymi dwoma określeniami i należy przyjąć, że na potrzeby stosowania Pzp można założyć podobieństwo tych określeń, ale nie można ich używać zamiennie. Samo natomiast wykazanie może wyniknąć z samej argumentacji zawartej w wyjaśnieniach, szczególnie, że przedstawienie dowodów może być niemożliwe. Izba uznała za słuszną przytoczoną przez przystępującego argumentację zawartą w wyroku

z 12 września 2019 r. o sygn. akt KIO 1649/19 stwierdzającą, że Odnosząc się do kwestii doboru komponentów programowych w ramach budowy lub też utrzymania określonego środowiska programistycznego, scalenia określonych środowisk informatycznych, ich przetestowania i wdrożenia jako gotowego produktu o bardziej złożonych cechach należy uznać, że tego rodzaju wiedza może stanowić wartość gospodarczą podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ogólnodostępność określonych aplikacji na rynku nie oznacza, że wiedza o ich zastosowaniu do określonych celów w powiązaniu z innymi komponentami oraz ich powiązanie w jeden jednorodny system nie odbiera takim informacjom cech technicznych lub technologicznych posiadających wartość gospodarczą. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że informacje takie mogą posiadać cechy wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz (...) sam dobór komponentów do określonego wykorzystania i ich kompilacja mogą przybrać postać informacji o charakterze technologicznym, a więc stanowiących dla wykonawcy wartość gospodarczą. Dodatkowo, przy obecnym brzmieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji fakt powszechnej dostępności tego rodzaju oprogramowania na rynku pozostaje bez znaczenia dla kwestii oceny zasadności zastrzeżenia. Przedmiotem zastrzeżenia jest bowiem zbiór informacji, a więc nazw własnych komponentów wykorzystanych przez Odwołującego do budowy całego systemu.

Przechodząc do dwóch ostatnich przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, że przystępujący wykazał ich spełnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przez załączniki do wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wykazał, iż zastrzeżone informacje jako całość, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Do tych okoliczności, a szczególnie do drugiej z materialnych przesłanek odnosi się także przedstawiona powyżej argumentacja zwarta w wyroku z 12 września 2019 r. o sygn. akt KIO 1649/19.

Ponadto Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w odwołaniu skupiła się przede wszystkim na okolicznościach, które wyniknęły ze sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 2691/19. Izba zauważyła pewną niekonsekwencję odwołującego, który na posiedzeniu niejawnym podczas odniesienia się do wniosku o odrzucenie odwołania podkreślał różnice w okolicznościach przedmiotowej sprawy w stosunku do sprawy o sygn. KIO 2691/19, natomiast na rozprawie próbował przekonywać skład orzekający Izby, iż w orzeczeniu KIO 2691/19 Izba wskazała niewykazanie wartości gospodarczej zastrzeżonych przez przystępującego informacji. Izba z całą stanowczością podkreśla po raz kolejny różnice pomiędzy obiema sprawami, gdyż w przeciwnym razie należałby uznać, że ziściłaby się przesłanka odrzucenia odwołania zawarta w art. 198 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący dopiero na rozprawie konkretyzował swoją argumentację odnosząc ją do okoliczności przedmiotowej sprawy oraz złożył dowody. Izba nie wzięła pod uwagę tej argumentacji oraz pominęła złożone przez odwołującego dowody uznając je za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia. Złożone dowody skupiały się na wykazaniu, że poszczególne elementy wymienione w ofercie przystępujacego są dostępne na rynku przez co nie mogą być zastrzegane jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wykazał w ocenie Izby kluczowej kwestii pozwalającej stwierdzić, że objęte zamówieniem komponenty jako cały zbiór danych nie stanowią informacji, która zasługuje na zastrzeżenie.

Izba nie wzięła także pod uwagę dowodów złożonych na rozprawie przez przystępującego uznając je za spóźnione. Przystępujący jako podmiot, na którym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k. powinien przedstawić takie dowody na wcześniejszym etapie tj. wraz z informacją o zastrzeżeniu tych informacji, a najpóźniej do upływu terminu na składanie ofert.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp przez wadliwą ocenę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, a w konsekwencji wadliwe ustalenie, że wykonawca ten wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3a Pzp przez zaniechanie udostępnienia całości treści oferty złożonej przez przystępującego, należy oddalić.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona

hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....