

**WYROK**

**z dnia 7 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2023 r. przez odwołującego: **Xcomp Sp. z o. o. sp.k. z/s w Szczecinie** (ul. Białowieska 6B, 71010 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Przetwarzania Informacji Państwowy Instytut Badawczy z/s w Warszawie** (Al. Niepodległości 188 b, 00608 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: **IT Challenge sp. z o.o. z/s w Krakowie** (ul. Bieżanowska 83, 30-826 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Xcomp Sp. z o. o. sp.k. z/s w Szczecinie** (ul. Białowieska 6B, 71010 Szczecin) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania przez odwołującego;
  - 2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Ośrodek Przetwarzania Informacji Państwowy Instytut Badawczy z/s w Warszawie** (Al. Niepodległości 188 b, 00608 Warszawa) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

**Sygn. akt KIO 3104/23**

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2023 r. przez wykonawcę Xcomp Sp. z o. o. sp.k. z/s w Szczecinie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji Państwowy Instytut Badawczy z/s w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dzierżawę sprzętu serwerowego i oprogramowania wraz z możliwością wykupu sprzętu i oprogramowania”. Numer referencyjny: DZP.250.368.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2023 r. pod numerem 2023/S 525982-2023. Wykonawca Xcomp Sp. z o. o. sp.k. z/s w Szczecinie podał, że wnosi odwołanie (...) dotyczące dokonania błędnej oceny i badania ofert w ww. postępowaniu. Zamawiającemu zarzucił niezasadne dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę IT Challenge Sp. z o.o. pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ a ponadto niezasadne uznanie, iż zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było skuteczne.

Wskazał, że „Odwołujący jako wykonawca znajdujący się na 2 miejscu w rankingu oceny ofert posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż działania Zamawiającego skutkują wyborem oferty innego wykonawcy zamiast oferty Odwołującego, co spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert wówczas Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadną odmowę ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 5.10.2023 r. i załączników do nich oraz części uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa pomimo że wykonawca IT Challenge nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tych informacji – w części A i B zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT Challenge pomimo, iż jest jej

treść jest nie zgodna z warunkami zamówienia – w części B zamówienia.

Wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty IT Challenge w części B i dokonanie ponownej oceny i badania ofert, przekazanie Odwołującemu pełnej treści pisma z 5.10.2023 r. wraz z załącznikami i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

Zamawiający prowadzi postępowanie na dzierżawę sprzętu serwerowego i oprogramowania wraz z możliwością wykupu sprzętu i oprogramowania w podziale na części, przy czym Odwołujący kwestionuje czynności wykonane przez Zamawiającego w części A i B, w których Zamawiający pismem z dnia 10.10.2023 r. dokonał wyboru wykonawcy IT Challenge Sp. z o.o.. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie słusznie uznał skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie złożonych przez wykonawcę IT Challenge wyjaśnień z dnia 5.10.2023 r., jak również Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty ww. wykonawcy w części B z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ.

I.Zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa – w części A i B

Wykonawca IT Challenge składając pismo z wyjaśnieniami ceny oferty z dnia 5.10.2023 r. zastrzegł jego treść wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 11.10.2023 r. dokonał odtajnienia części pisma jednak jego zasadnicze fragmenty i załączniki uznał jako skutecznie zastrzeżone. Zamawiający przekazał Odwołującemu na jego wniosek wyłącznie dokument z zaciemnionymi stronami oraz bez załączników – pismo otrzymane od Zamawiającego stanowi załącznik do odwołania. W ocenie Odwołującego złożone uzasadnienie nie było wystarczające, aby skutecznie zastrzec informacje, a co za tym idzie Zamawiający zobowiązany był do przekazania pełnej treści wyjaśnień z 5.10.2023 r. czego zaniechał.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp), więc ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, np. na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 IT Challenge nie wykazał czy informacje zawarte w tym fragmencie spełniają przesłanki ustawowe tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego zachowanie wykonawcy jest wyłącznie działaniem celowym, utrudniającym skuteczne wniesienie środków odwoławczych wykonawcom konkurencyjnym, czego Zamawiający nie powinien był uznać. W ocenie Odwołującego ułomność zastrzeżenia wynika między innymi z nie wykazania, iż informacje zastrzegane posiadają wartość gospodarczą.

Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów, co jednak musi zostać wykazane. Odwołujący wnosi o weryfikację czy wykonawca wyjaśnił, na czym polega i w jaki sposób wymierny na finanse przekłada się wartość zastrzeżonej informacji. Wykonawca powinien był wykazać, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą a nie jedynie w kilku zdaniach, o ogólnym charakterze odwołać się do wskazanego pojęcia. Poglądy o konieczności realnego wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wyrażała Izba m.in. w wyrokach KIO 1091/19, KIO 59/21, KIO 720/21.

W ocenie Odwołującego, wykonawca chcąc skutecznie zastrzec informacje powinien był wskazać albo na konkretną

wartość finansową albo na możliwość poniesienia szkody tj. wykazać, a ponadto powinien był przedstawić dowody, że:

- informacje zastrzeżone dotyczą wynegocjowanych warunków, właściwych tylko wykonawcy obrazujące posiadane możliwości, które wykonawca mógłby utracić na skutek ujawnienia tych danych i dlatego,
- informacje pozwolą na ocenę sytuacji finansowej wykonawcy a tym samym zachwieją przewagą rynkową wykonawcy
- ujawnienie informacji wpłynie na pogorszenie pozycji wykonawcy i w jaki sposób, - odtajnienie danych wpłynęłoby na negatywną ocenę wiarygodności wykonawcy na rynku, na którym działa i w jaki sposób. etc..

Tymczasem informacje składane przez wykonawcę są ogólne – wykonawca stwierdza jedynie, że wartość gospodarcza to jego know how i stanowi ona wartość marży uzyskanej w tym zamówieniu, a ujawnienie danych wpłynie na utratę pracowników, które to czynniki nie uzasadniają charakteru zastrzeganych informacji. Wykonawca powinien był więc wykazać, iż informacje te mają walor handlowy, techniczny czy organizacyjny a nie jedynie powołać ogólne stwierdzenia właściwe dla wszystkich wykonawców, w każdej branży. Przykładowo, wykonawca powinien wskazać na określone doświadczenia czy procesy, które wpłynęły na określenie poziomu marży. Powinien wskazać na ewentualne strategie, które stosuje, a które stanowią jego know how. Złożone uzasadnienie nie uzasadnia więc już pierwszego zasadniczego elementu tajemnicy jakim jest gospodarczy charakter informacji. Wykonawca dalej nie wykazuje w jaki sposób ujawnienie informacji wpłynęłoby na poniesienie szkody i w jakiej wysokości.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z orzecnictwem, nie jest wystarczające powołanie się na ogólne stwierdzenia o tym, że informacja jest tajemnicą czy pozycja rynkowa wykonawcy uległaby pogorszeniu w wyniku ujawnienia informacji, lecz należy wyjaśnić na czym owe pogorszenie miałyby polegać w realiach tego konkretnego przypadku.

Z kolei samo powołanie tezy o możliwości podkupienia pracowników jest nie wystarczające i stanowi jedynie bezpodstawną tezę. W tej kwestii można wskazać, że tego typu ogólna argumentacja o obawie przejęcia pracowników nie spotyka się z przychylnością Izby. Przykładowo w wyroku KIO 29/22 z dnia 2.02.2022 r. Izba zauważyła: Sama argumentacja wykonawcy odnośnie wartości gospodarczej ww. informacji nie zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim wykonawca powoływał się, jedynie lakonicznie, na obawę "podkupienia" personelu o specjalistycznych kwalifikacjach, wykształceniu i doświadczeniu. W treści uzasadnienia nie opisano bowiem w sposób szczegółowy w jaki sposób i kto takie próby podejmował, jakiego postępowania i jakiej liczby osób taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu. Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią a wykonawca podjął działania celem zachowania tych danych w poufności. Ważne jest przy tym, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania tajemnicy spoczywa na wykonawcy, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. W ocenie Odwołującego wykonawca nie wykazał, że podjął wystarczające działania celem zachowania danych w poufności. Zgodnie z ugruntowanym obecnie orzecnictwem, aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla osiągnięcia tego celu nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Powyższy obowiązek jest w sposób szczególnie ważny dla wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, gdyż działania takie przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.). Powyższe stanowisko wynika z wielu bieżących wyroków Izby potwierdzonych wyrokami Sądu Zamówień Publicznych (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 87/21). Sąd uznaje, że koniecznym warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jest udowodnienie, że wykonawca określone działania podjął. Wykonawca wskazał, że w zakresie cen zaoferowanych przez dostawców sprzętu zobowiązany jest do zachowania poufności z uwagi na zawarte z kontrahentami umowy o poufności. Wykonawca nie powołuje się jednak na konkretne umowy typu NDA z konkretnymi partnerami i jak się wydaje nie załączył ich do wyjaśnień. Odwołujący nie ma wiedzy jaki konkretnie załączniki złożył wykonawca wraz z pismem więc wnosi o weryfikację przez Izbę czy znajdują się tam umowy o poufności z partnerami handlowymi, będącymi dostawcami sprzętu, na które wykonawca powołuje się w uzasadnieniu. O ile takich dokumentów nie ma należy w ocenie Odwołującego uznać, że wykonawca nie podjął stosownych działań celem zachowania danych w poufności. Jak się wydaje do wyjaśnień zostały załączone wyłącznie:

- wzór umowy o zobowiązaniu do zachowania poufności
- wzór umowy o pracę
- wyciąg z regulaminu pracy

Są to jednak dokumenty świadczące o tym, że informacja poufna nie zostanie dystrybuowana ze strony pracowników, jednak wciąż brak umów z kontrahentami, którzy również mogą stanowić źródło ujawnienia np. danych o wycenie. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa musi być zabezpieczona z każdej strony – a więc nie tylko w porządku wewnętrznym przedsiębiorstwa ale również w kontakcie z podmiotami zewnętrznymi.

Powołany przez Odwołującego Kodeks Prowadzenia Działalności grupy Euvic nie stanowi również dowodu, iż te konkretne dane powinny być chronione. Dokument ten stanowi jedynie szereg dyrektyw w zakresie prowadzenia działalności handlowej.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego zasadniczym uchybieniem w złożonym uzasadnieniu jest brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, jak również brak udowodnienia, że wykonawca podjął działania celem zachowania tych informacji w poufności.

Z przyczyn wskazanych powyżej wnoszę o dokonanie ponownej oceny i badania ofert i odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę informacji zarówno w części A jak i B.

II. Zarzut dotyczący niezgodności oferty z SWZ w części B

W ocenie Odwołującego, wykonawca IT Challenge nie spełnia kilku punktów OPZ, co stanowi przyczynę odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający wzywał uprzednio w toku badania i oceny ofert do złożenia wyjaśnień w kwestionowanych obszarach jednak złożone wyjaśnienia nie potwierdzają prawidłowości oferty.

Część B – Macierz

1) Pkt 6,7 i 9 OPZ

W punkcie 9 OPZ Zamawiający wymaga:

*Macierz musi umożliwiać rozbudowę do co najmniej 75 sztuk oferowanego typu modułów pamięci.*

W punkcie 6 OPZ zamawiający wymaga ponadto:

*urządzenie musi umożliwiać rozbudowę przestrzeni dyskowej o pojedynczy dysk oraz pojedynczą półkę dyskową z możliwością rozszerzenia puli dyskowej o dodany dysk/półkę bez konieczności migracji danych ani zatrzymywania pracy macierzy*

W pkt 7 OPZ wymagano natomiast:

„Całkowita pojemność RAW urządzenia musi wynosić minimum 400 TB i być zbudowana tylko i wyłącznie za pomocą dysków SSD NVMe/modułów NVMe”

Zgodnie z informacją podaną przez producenta IBM w oficjalnej dokumentacji IBM FlashSystem 7300 Product Guide wyróżnia się dwa typy obudowy:

-obudowa kontrolera (ang. Control enclosure)

-obudowa rozszerzeń, potocznie zwana półką dyskową (ang. Expansion enclosure)

Zamawiający w OPZ wyraźnie rozróżnia co jest macierzą z kontrolerami jako jednostka aktywna i zarządzająca wszystkimi dyskami a co półką dyskową (obudową rozszerzeń) jako jednostka umożliwiająca rozbudowę przestrzeni dyskowej, na co wskazuje dalsza analiza postanowień OPZ.

W pkt 2 OPZ wymagano:

*Minimum dwa kontrolery Active-Active pracujące w trybie symetrycznym. Kontrolery muszą pozwalać na udostępnianie zasobów protokołem FC, iSCSI w zależności od zastosowanych kart komunikacyjnych. Macierz musi korzystać z globalnej puli nośników i danych niezależnie od wykorzystywanego kontrolera. Niedopuszczalne jest rozwiązanie, w którym LUNy bądź urządzenia fizyczne typu dysk/moduł są przypisywane do kontrolera.*

Powyższy opis wskazuje na to, że w świetle SWZ macierz to kontrolery udostępniające zasoby różnymi protokołami i korzystające ze wszystkich dostępnych dysków, co jest zgodne również z definicją pojęć wskazaną przez producenta macierzy, czyli IBM.

W pkt 6 OPZ wymagano:

*Urządzenie musi umożliwiać rozbudowę przestrzeni dyskowej o pojedynczy dysk oraz pojedynczą półkę dyskową z możliwością rozszerzenia puli dyskowej o dodany dysk/półkę bez konieczności migracji danych ani zatrzymywania pracy macierzy*

Powyższy opis wskazuje na to, że półka dyskowa służy do zwiększenia dostarczonej już pojemności bez zatrzymywania pracy macierzy, czyli kontrolerów. W związku z tym półka dyskowa nie może zawierać kontrolerów. Już na tym etapie Zamawiający rozróżnia pojęcia kontrolerów oraz półek dyskowych. Każde z tych urządzeń ma inne zastosowanie.

Z powyższego wynika, że w świetle OPZ kontroler nie może być półką, jak wynika z wyjaśnień wykonawcy IT Challenge.

Wśród sprzętu oferowanego przez wiodących producentów istnieje możliwość rozbudowy macierzy dwoma metodami:

1. Rozbudowa przez dołożenie do danej macierzy kolejnych półek dyskowych, czyli jednostki zawierającej tylko dyski. Głównym celem takiej rozbudowy jest zwiększenie pojemności dostarczonej w ramach macierzy dyskowej (kontrolerów).

2. Rozbudowa przez dołączenie do danej macierzy nowych kontrolerów (kolejnych macierzy), czyli kolejnej jednostki aktywnej zwiększającej moc obliczeniową.

Głównym celem takiej rozbudowy jest zwiększenie wydajności całej macierzy składającej się z większej liczby kontrolerów.

W niniejszym postępowaniu, treść OPZ (pkt 6,7, i 9) wskazuje, iż Zamawiający oczekiwał rozbudowy metodą nr 1, a więc za pomocą dołożenia/uzupełnienia półek dyskowych na co wskazuje bezpośrednio punkt 6 OPZ. Tym samym rozbudowa przestrzeni nie może odbywać się poprzez instalację dodatkowych kontrolerów (macierzy) jako osobnych jednostek aktywnych. Powyższy wymóg należy interpretować literalnie, a użyte w nim sformułowania, jak np. półka powinny być rozumiane tak jak wskazuje na to przyjęta w danej branży nomenklatura.

W branży IT oczywistym jest, że półka dyskowa nie jest kontrolerem. Powyższe potwierdza również sposób opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie ma również półki wyposażonej w kontroler, gdyż półka jest elementem tego urządzenia.

Przechodząc do analizy rozwiązania oferowanego, którego producentem jest IBM należy wskazać kilka cech tego rozwiązania.

Obudowa kontrolera zarządza całym systemem macierzy i komunikuje się z serwerami. Obudowa kontrolera (macierz) może pomieścić do 24 dysków NVMe.

Obudowa rozszerzeń (tzw. półka dyskowa) zwiększa dostępną pojemność IBM FlashSystem 7300. Komunikuje się z obudową kontrolera poprzez podwójną parę portów SAS 12G. Obudowa rozszerzeń umożliwia montaż wyłącznie dysków SSD SAS oraz HDD SAS (dyski talerzowe) a nie dysków NVMe.

IBM oficjalnie podaje dla macierzy FlashSystem 7300 liczbę oraz typ dysków wspieranych w ramach obudowy kontrolera (macierzy) oraz obudowy rozszerzeń (tzw. półki dyskowej):

- 24 x 2,5" dyski NVMe per obudowa kontrolera
- 12 x 3,5" dyski SAS per obudowa rozszerzeń 12G
- 24 x 2,5" dyski SAS per obudowa rozszerzeń 24G
- 92 x 2,5" lub 3,5" dyski SAS per obudowa rozszerzeń 92G
- maksymalnie 368 dysków SAS w obudowach rozszerzeń per obudowa kontrolera

IBM oficjalnie podaje wspierane możliwości rozbudowy:

Źródło: <https://www.redbooks.ibm.com/redpapers/pdfs/redp5668.pdf>

Powyższe oznacza, że jedną obudowę kontrolera można rozbudować do 4 obudów kontrolera NVMe oraz dwóch łańcuchów półek dyskowych SAS (obudów rozszerzeń).

W związku z tym FlashSystem 7300 NVMe nie wspiera wymaganej rozbudowy do minimum 75 sztuk oferowanego dysku NVMe poprzez instalację dysków i półek dyskowych (obudowy rozszerzeń), ponieważ zaoferowany model umożliwia instalację maksymalnie 24 dysków NVMe w obudowie kontrolera, a rozbudowa poprzez wymagane półki dyskowe umożliwia instalację tylko dysków SAS a nie dysków NVMe, które były wymagane w niniejszym postępowaniu. Jedyną możliwością rozbudowy FlashSystem 7300 NVMe do wymaganej liczby dysków NVMe istnieje wedle metody nr 2 opisanej wyżej, a więc poprzez instalację dodatkowych 3 obudów kontrolerów (aby zapewnić wymaganą przez OPZ łączną ilość 75 sztuk modułów pamięci => 4 kontrolery po 24 każdy). Byłaby to rozbudowa poprzez dostawę nowych urządzeń – macierzy, która to metoda jest nie zgodna z pkt 6 OPZ z uwagi na jego literalną wykładnię. Wydaje się, że Zamawiający intencjonalnie nie zdecydował się na rozbudowę metodą nr 2, gdyż byłoby to sprzeczne z interesem Zamawiającego, jak i interesem publicznym. Zakup nowego urządzenia, dołączonego do poprzedniego jest bowiem znacznie droższym rozwiązaniem. Zamawiający poniósłby wówczas koszty wszystkich komponentów tego urządzenia jak procesory i pamięć RAM. Cena katalogowa jednej obudowy kontrolera wynosi ok. 400 000 zł, podczas gdy jedną półkę można zakupić za kilkanaście tysięcy złotych. Z uwagi na wymóg rozbudowy do 75 modułów Zamawiający musiałby zamówić dodatkowe 3 obudowy kontrolera, a więc przy zastosowaniu metody nr 2 Zamawiający poniósłby zbędny koszt ok 1 200 000 zł. Ponadto, taka rozbudowa jest znacznie bardziej skomplikowana, ponieważ wymaga podłączenia nowej obudowy kontrolerów do sieci SAN konsumując kolejne porty w przełącznikach SAN, a Zamawiający wymagał jedynie instalacji dysków NVMe i półek dyskowych z dyskami NVMe (obudowy rozszerzeń) podłączanych do oferowanej obudowy kontrolerów. Poniższe rysunki wskazują różnicę między półką dyskową a kontrolerem.

Rys 1. Widok z tyłu obudowy kontrolerów FlashSystem 7300

Rys 2. Widok z tyłu obudowy rozszerzeń (półki dyskowej) do macierzy FlashSystem 7300

W wyjaśnieniach treści oferty z dnia 5.10.2023 r. wykonawca na wezwanie Zamawiającego oświadczył, że:

*Macierz FlashSystem 7300 NVMe umożliwia rozbudowę przestrzeni flash NVMe poprzez dołożenie do trzech dodatkowych półek dyskowych wyposażonych w kontrolery i rozbudowę macierzy do 96 dysków flash NVMe oferowanego typu.*

Powyższe stwierdzenie jednoznacznie wskazuje, że wymieniona obudowa umożliwiająca rozbudowę zawiera kontrolery (obudowa kontrolera), co oznacza, że nie jest półką dyskową (obudową rozszerzeń) w rozumieniu pojęć stosowanych w

branży IT, ani w rozumieniu producenta oferowanej macierzy IBM. Producent umożliwia rozbudowę do wymaganej liczby dysków NVMe tylko poprzez dołożenie trzech dodatkowych obudów kontrolerów z dyskami NVMe, a w ramach półki dyskowej tylko dyski SAS. Zamawiający jednoznacznie wskazał rozbudowę przestrzeni w oparciu o dysk NVMe poprzez półki dyskowe, a nie kontrolery.

Podsumowując, w świetle SWZ nie było intencją Zamawiającego dokonanie rozbudowy poprzez zakup nowych urządzeń lecz wydaje się oczywiste, że Zamawiający miał na myśli rozbudowę tego konkretnego urządzenia, które obecnie nabywa poprzez uzupełnianie kolejnych półek/dysków. Wykonawca usiłuje zaś obejść ww. wymóg stwierdzając, że owszem rozbudowa jest możliwa za pomocą rzekomych półek z kontrolerami, które de facto są nowymi macierzami. Jednak ten sposób nie odpowiada wymogom SWZ, co potwierdziły złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała się sprawą możliwości rozbudowy macierzy. W wyroku KIO 1733/19 z 20.09.2019 r. Izba dostrzegła, że nawet jeśli zostanie zastosowane rozwiązanie wskazane w odwołaniu, czyli połączenie kilku par kontrolerów za pomocą portów Fibre Channel, Zamawiający uzyska rozwiązanie składające się z wielu macierzy dyskowych. (...) *proponowane przez niego rozwiązanie stanowi w istocie dostarczenie wielu macierzy dyskowych (...) W rzeczywistości przewidywane dwie pary kontrolerów połączone za pomocą portów FC są faktycznie dwiema macierzami zarządzanymi z jednego panelu (...) Zatem zaoferowane rozwiązanie nie umożliwia rozbudowy macierzy w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ*".

Z podobną sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - Zamawiający nie przewidział w SWZ możliwości rozbudowy poprzez dołączeniu kontrolerów za pomocą protokołów FC. W pkt 6 OPZ przewidział wyłącznie rozbudowę przez dołożenie półek/dysków, co również potwierdza pkt 7 OPZ, w którym Zamawiający przewidział, że pojemność RAW musi być zbudowana tylko i wyłącznie za pomocą dysków SSD NVMe/modułów NVMe.

Nie ma więc mowy w OPZ o tym, by tą pojemność uzyskać również za pomocą dodatkowych kontrolerów, co de facto przewidział wykonawca oferując macierz IBM z możliwością rozbudowy poprzez zakupienie dodatkowych macierzy (kontrolerów) a nie rozbudowy za pomocą półek dyskowych.

2) Punkt 17 OPZ - Zamawiający w pkt 17 OPZ wymagał:

*Wymagana możliwość włączenia deduplikacji i kompresji danych w trybie in-line. Włączenie/wyłączenie deduplikacji oraz kompresji na wybranych wolumenach nie może powodować obniżenia wydajności urządzenia.*

W oferowanych przez Wykonawcę macierzach całkowita powierzchnia RAW wynosi 537 TB, co wynika z oferty wykonawcy z pkt 7 formularza oferty:

*Całkowita pojemność RAW urządzenia wynosi 537 TB i jest zbudowana tylko i wyłącznie za pomocą dysków SSD NVMe/modułów NVMe*

Techniki oszczędzania przestrzeni w macierzach IBM FlashSystem 7300 są realizowane w sposób programowy za pomocą kontrolerów, a także za pomocą modułów dyskowych IBM FlashCore Module obsługujących wbudowaną sprzętową kompresję.

W przypadku mechanizmów programowych istnieje możliwość włączenia lub wyłączenia kompresji na pulach dyskowych/dyskach (wolumenach). Niemniej jednak mimo braku włączenia lub wyłączenia kompresji programowej przy zastosowaniu dysków IBM FlashCore Module, które zostały zaoferowane, kompresja sprzętowa działa cały czas (always on). Potwierdza to oficjalna dokumentacja IBM FlashSystem 7300 Product Guide, zgodnie z którą:

Macierz IBM FlashSystem wyposażona w moduły IBM FlashCore Modules realizuje kompresję sprzętową i ten sposób redukcji danych jest zawsze włączony.

Na potwierdzenie Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji dostępnej pod adresem: <https://www.redbooks.ibm.com/redpapers/pdfs/redp5668.pdf>

Co więcej, kompresji realizowanej sprzętowo nie można wyłączyć, co również potwierdza dokumentacja IBM:

Jeśli użyjesz skompresowanych wolumenów na puli dyskowej z dyskami samodzielnie kompresującymi, dysk i tak wykonuje kompresję, ponieważ nie może być ona wyłączona na poziomie dysku.

Wykonawca w piśmie z 5.10.2023 r., na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia w zakresie spełnienia wymogu włączenia/wyłączenia kompresji poprzez realizację funkcjonalności programowej. Pominął jednak fakt, że przy zaoferowanych dyskach IBM FlashCore Modules kompresja sprzętowa jest cały czas włączona (always on), mimo nawet jej wyłączenia na poziomie programowym, czyli na poziomie oprogramowania macierzy, do którego dostęp ma administrator urządzenia. W związku z czym Zamawiający nie będzie mógł sam zdecydować o włączeniu tej funkcjonalności, co jest sprzeczne z wymaganiem w OPZ.

W związku z powyższym w oferowanym urządzeniu nie ma możliwości włączenia kompresji, co jest sprzeczne z wymaganiem OPZ, ponieważ ta funkcjonalność działa cały czas (always on) od momentu uruchomienia macierzy.

Zamawiający jest zobowiązany egzekwować wymagania określone w SWZ i utrzymywać ich literalne brzmienie. Skoro więc nie wymagał funkcji deduplikacji i kompresji na zasadzie always on, lecz jednoznacznie żądał możliwości ich włączania to znaczy, że na etapie oceny i badania ofert nie powinien był dopuszczać rozwiązania sprzecznego z

pierwotnymi wymogami. Wynika to z konieczności respektowania zasady równego traktowania wykonawców, która doznałaby uszczerbku gdyby pominąć wymóg OPZ i uznać ofertę wykonawcy. Gdyby bowiem inni wykonawcy byli świadomi, iż Zamawiający dopuści rozwiązania z funkcją always on, dla których nie ma mowy o włączeniu wówczas krąg wykonawców i technologii przez nich oferowanych mógłby być inny.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 2/11/2023) wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego – w tym akt sprawy,
- 3) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, kosztów zastępstwa procesowego przez radcę prawnego- wg przekazanego rachunku.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa – w części A i B Zamawiający stwierdza, co następuje: (....)

W ocenie Zamawiającego, wbrew stanowisku Odwołującego, wybrany Wykonawca wykazał, iż utajnione przez niego i uznane przez Zamawiającego za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (tj. nieodtajnione), stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zakwestionował wartość gospodarczą zastrzeżonych przez wybranego Wykonawcę informacji, wskazując, iż nie wskazano ich w sposób, w jaki Odwołujący uznaje za właściwy. Odwołujący powołał się na brak w jego ocenie określenia konkretnej wartości finansowej, konkretnej szkody i ogólne odwołanie do pojęcia wartości gospodarczej. Nadto Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie nie przedłożono dowodów, że:

- informacje zastrzeżone dotyczą wynegocjowanych warunków, właściwych tylko wykonawcy obrazujące posiadane możliwości, które wykonawca mógłby utracić na skutek ujawnienia tych danych,
- informacje pozwolą na ocenę sytuacji finansowej wykonawcy a tym samym zachwieją przewagą rynkową wykonawcy,
- ujawnienie informacji wpłynie na pogorszenie pozycji wykonawcy i w jaki sposób,
- odtajnienie danych wpłynęłoby na negatywną ocenę wiarygodności wykonawcy na rynku, na którym działa i w jaki sposób, etc.

Zamawiający nie podziela argumentacji ani stanowiska Odwołującego, wskazując, iż w jego ocenie są one całkowicie chybione.

Zamawiający wskazuje, iż wartość gospodarcza nie musi się wyrażać w konkretnej kwocie pieniężnej (wysokości potencjalnej szkody) - w praktyce taka kwota jest zależna od bardzo wielu czynników i nie zawsze można z góry określić jej wartość. Należy bowiem wskazać, iż:

- może ona obejmować szkodę w postaci straty (realny uszczerbek w majątku) lub utraconych zysków,
- jej wysokość zależy od tego kto, komu i w jakim zakresie udostępni dane informacje,
- zależy od tego czy i jak oraz kiedy zostanie przez podmiot trzeci wykorzystana,
- zależy od ilości potencjalnych zamówień, o które ubiegać się będzie poszkodowany.

Powyższe powoduje, że na tym etapie określenie takiej kwoty byłoby pozorne, a także w praktyce całkowicie nieweryfikowalne. Powyższe potwierdza również praktyka przygotowywania umów o zachowaniu poufności, gdzie standardowo ustanawia się karę umowną za naruszenie (właśnie ze względu na trudność w wyliczeniu szkody).

Wartość gospodarcza może się przejawiać w tym, że pewne informacje to efekt długiego procesu działania polegającego na:

- i) pozyskiwaniu i utrwalaniu kontaktów biznesowych,
- ii) wypracowywaniu know-how w oparciu o dotychczasowe doświadczenie i nakłady rzeczowe oraz finansowe.

Wartość gospodarcza danych informacji przejawia się też w tym, że w oparciu o te kontakty handlowe / kadrę / informacje / know how dany podmiot ma zdolność do konkurowania o rynki zbytu, pracowników, kontrahentów.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi w: wyroku KIO (....) sygn. akt KOP 448/23, w którym wskazano, iż:

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza sformułowanie "wartość gospodarcza", nie określa również w żaden sposób jak należy ową wartość gospodarczą ustalić. Uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji nie jest sama wartość rynkowa spółki, ale możliwość korzystania z wypracowanych doświadczeniem zasobów podmiotu, które przekładają się na osiągany zysk. Zauważyć należy, że poznanie strategii budowania ceny przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Dodatkowo same wyjaśnienia cenowe wskazują na poziom

stosowanej marży, który uważany jest za mogący stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podobne stanowisko wyrażono także w wyroku KIO (...) sygn. akt KIO 991/22w którym wskazano, iż: Wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskane w ramach współpracy wynagrodzenia czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym 5 przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji. (...)

Trudno oczekiwać od wykonawcy, by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji. Nie bez znaczenia w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji pozostaje fakt, iż Odwołujący w umowach zawieranych z kontrahentami stosuje postanowienia zobowiązujące obie strony do zachowania w poufności określonych informacji pod sankcją zapłaty kary umownej.

(...)

Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca, który tak twierdzi, powyższe wykazał. W treści uzasadnienia czynności odtajnienia, Zamawiający jednak w ogóle nie odnosi się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji sporządzonego przez Odwołującego i przez podmiot udostępniający zasoby, a przedstawia własną ocenę zastrzeżonych informacji, co jest niedopuszczalne. Czynności Zamawiającego w tym zakresie powinny ograniczać się do weryfikacji przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów oraz oceny czy spełniony został obowiązek wykazania, o którym mowa w p.z.p., w zakresie zaistnienia przesłanek niezbędnych do tego, by mówić o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień, ich szczegółowej weryfikacji oraz uznał, iż Wykonawca wskazał w swym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wartość gospodarczą – Zamawiający uznał zastrzeżone i nieodtajnione przez siebie informacje jako skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli chodzi o kwestię dotyczącą braku wykazania przez Wykonawcę środków zmierzających do zachowania poufności, na co wskazuje Odwołujący, w ocenie Zamawiającego jest to argument całkowicie chybyony.

Przede wszystkim należy wskazać, iż Wykonawca opisał stosowane środki ochrony, co samo w sobie też jest wykazaniem, w szczególności, gdy te środki opisane są konkretnie – jak w niniejszej sprawie (potwierdzają to dowody przekazane do KIO – akta sprawy). Ponadto przedłożono dokumenty(w tym postaci umów/ klauzul dotyczących poufności, Regulaminu Pracy) oraz odwołano się do dostępnych źródeł. Wykonawca wskazał, że informacje wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że zostały zabezpieczone przed ujawnianiem, poprzez przechowywanie ich wyłącznie na zabezpieczonych nośnikach danych wewnątrz siedziby Wykonawcy lub na zabezpieczonych komputerach. Ponadto Wykonawca wskazał, iż dodatkowo podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, bowiem w zakresie cen zaoferowanych przez dostawców sprzętu objętego zakresem Umowy zobowiązany jest do zachowania poufności w przedmiotowym zakresie, z uwagi na zawarte z kontrahentami umowy o poufności/klauzulę poufności/zobowiązania dotyczące zachowania poufności. Zatem odtajnienie niniejszych informacji może narazić Wykonawcę na szkodę oraz odpowiedzialność odszkodowawczą. W przedłożonych wyjaśnieniach Wykonawca zaznaczył, iż dostęp do przedmiotowych informacji mają tylko upoważnieni pracownicy i współpracownicy firmy, biorący udział w opracowywaniu oferty/wyjaśnień w ramach niniejszego postępowania. Nadto archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. Zatem nie ulega wątpliwości, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Dodatkowo Wykonawca wyjaśnił, iż pracownicy Wykonawcy dopuszczeni do przedmiotowych informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze, a nadto wiążą ich z Wykonawcą umowy o zachowaniu poufności. Przed ich podpisaniem pracownicy przechodzą odpowiednie szkolenie w powyższym zakresie. Obowiązek zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa został nałożony także w regulaminie pracy obowiązującym u Wykonawcy. Na dowód powyższego, Wykonawca przedstawiał fragmenty z wzoru umowy o pracę z postanowieniami o zachowaniu poufności i tajemnicy przedsiębiorstwa podpisywanej z każdym pracownikiem, Kodeks Prowadzenia działalności zamieszczony na stronie <https://www.euvic.com/wp-content/uploads/2023/07/Code-of-Conduct-and-business-ethics2.pdf>, wzór umowy dot. zobowiązania do zachowania poufności, wyciąg ze wzoru umowy o pracę w zakresie zachowania poufności i tajemnicy przedsiębiorstwa, wyciąg z regulaminu pracy. Wobec powyższego informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spełniając łącznie wszystkie z trzech przesłanek z art. 11 ust 2 u.z.n.k. tj.:



- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej;
- posiadają określony przepisami charakter informacji mający również wartość gospodarczą dla Wykonawcy;
- Wykonawca, co do zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W świetle powyższego, po dokonanej przez Zamawiającego analizie, Zamawiający uznał, iż zastrzeżone i uznane przez Zamawiającego za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (tj. nieodtajnione) zostały zastrzeżone skutecznie. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, w tym sygn. akt KIO 764/22, w którym wskazano, iż: Niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tymczasem, aby je wykazać, należy np. przedstawić dokumenty, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla ściśle określonego kręgu osób.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone informacje, które wskazał wybrany Wykonawca i których Zamawiający nie odtajnił. Jednocześnie na marginesie Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący również zastrzegł w swych wyjaśnieniach informacje w zakresie podobnym jak wybrany Wykonawca oraz w sposób podobny do wybranego Wykonawcy. Zamawiający w sposób analogiczny ocenił wyjaśnienia złożone przez wybranego Wykonawcę oraz przez Odwołującego – odtajniasjąc je w przeważającej części zarówno w zakresie złożonych wyjaśnień wybranego Wykonawcy jak i Odwołującego. Odtajniono te części wyjaśnień, które w ocenie Zamawiającego nie spełniały wymagań określonych w ustawie – w pozostałym zakresie nie odtajniono.

## II. Zarzut dotyczący niezgodności oferty z SWZ w części B

Odnosząc się do zarzutów w zakresie braku zgodności złożonej oferty z treścią SWZ, Zamawiający wskazuje, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego i uznaje je za chybione. W ocenie Zamawiającego oferta wybranego Wykonawcy spełnia warunki określone w SWZ – w tym OPZ.

Jeśli chodzi o zarzut nr 1):

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wybrał rozwiązanie wybranego Wykonawcy, który oferuje rozbudowę przestrzeni dyskowej poprzez rozbudowę macierzy o kolejne półki dyskowe wyposażone w kontrolery co według Odwołującego jest nieakceptowalne. Odwołujący wskazuje na niezgodność powołując pkt 6, 7, i 9 OPZ – niemniej jednak całkowicie przy tym ignorując w sposób całkowicie świadomy i celowy fakt, iż Zamawiający w OPZ wskazał jeszcze dodatkowo na pkt 4 SWZ, który należy czytać łącznie z pozostałymi punktami i postanowieniami SWZ.

Zamawiający wskazuje, iż w OPZ poza wymaganiami z punktów 6, 7, 9 SWZ (na które wskazał Odwołujący) umieścił także postanowienie w punkcie 4 SWZ o możliwości rozbudowy o dodatkowe kontrolery.

Zgodnie z pkt 4 SWZ przewidziano możliwość rozbudowy macierzy do min. 4 par kontrolerów, tworząc jedną logiczną macierz dyskową. Nie dopuszcza się rozwiązań opartych o wirtualizator, przez co nie wykluczono oferty wybranego Wykonawcy.

Powyższy zapis dopuszcza rozwiązanie zaproponowane przez wybranego Wykonawcę, który zaproponował, rozbudowę przestrzeni dyskowej o kolejne półki z kontrolerami, które będą tworzyły jedną logiczną macierz. Sam Odwołujący w złożonym odwołaniu opisuje, że jedną z możliwości rozbudowy macierzy jest dołożenie kolejnych urządzeń z kontrolerami co przeczy odwołaniu.

Zamawiający wskazuje, iż zarówno wybrany Wykonawca jak i Odwołujący oferują rozwiązania zgodne z OPZ, oferowane urządzenia wykorzystują zaś inną technologię rozbudowy. Wybrany Wykonawca zaproponował rozwiązanie rozbudowy o półki dyskowe wraz z kontrolerami. Twierdzenie Odwołującego o konieczności wykorzystania większej ilości portów w przełącznikach SAN jest prawidłowe, niemniej Zamawiający nie zakazał w OPZ możliwości użycia większej ilości portów do podłączenia urządzeń. Dzięki wykorzystaniu takiej technologii Zamawiający ma możliwość uzyskania dużo wyższych wydajności niż dołożenie półek bez kontrolerów. Zamawiający w obecnie używanej infrastrukturze posiada już macierze IBM wykorzystujące zaoferowaną 8 technologię przez Wykonawcę.

Odwołujący zarzuca również niegospodarność wydatków wskazując, iż aby rozbudować macierz o kolejne dyski należy zakupić dodatkową półkę z kontrolerami. Nie jest to prawidłowe twierdzenie, ponieważ przy rozwiązaniu oferowanym przez Odwołującego w przypadku rozbudowy o kolejne dyski, Zamawiający również musi zakupić dodatkowe półki dyskowe, które również generują dodatkowe koszty. (...)

Jeśli chodzi o zarzut nr 2)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że zaoferowana przez wybranego Wykonawcę macierz IBM FS7300 nie ma możliwości wyłączenia kompresji sprzętowej.

Z powyższym nie zgadza się Zamawiający. Zamawiający w OPZ nie wymagał, aby zaoferowana macierz miała możliwość wyłączenia kompresji sprzętowej.

Zamawiający w OPZ w punkcie 17 wymagał kompresji danych na wybranych wolumenach.

Zgodnie z pkt 17: Wymagana możliwość włączenia deduplikacji i kompresji danych w trybie in-line. Włączenie/wyłączenie deduplikacji oraz kompresji na wybranych wolumenach nie może powodować obniżenia wydajności urządzenia.

Zamawiający wskazuje, iż wolumeny w macierzy są tworzone już na warstwie logicznej za pomocą oprogramowania i jak sam Odwołujący przyznał na tym poziomie zaoferowana macierz przez wybranego Wykonawcę już taką funkcjonalność posiada.

W świetle powyższego Zamawiający uznał, że oferta wybranego Wykonawcy w ww. zakresie spełnia wymagania SWZ.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpienie zgłosił wykonawca: IT Challenge sp. z o.o. z/s w Krakowie (ul. Bieżanowska 83, 30-826 Kraków) wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na brak podstaw faktycznych i prawnych co do podnoszonych w odwołaniu zarzutów. W piśmie procesowym z dnia 2 listopada 2023 r. podał w szczególności: (...)

[zarzut dot. tajemnicy przedsiębiorstwa w Wyjaśnieniach Rnc]

1.W ocenie Przystępującego zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia pełnej treści Wyjaśnień Rnc jest bezzasadny.

2.Zarzut podniesiony przez Odwołującego oparty został na przywołanej przez niego w odwołaniu podstawie prawnej (art. 18 ust. 1 i 3 Pzp) oraz faktycznej. Jako podstawy faktyczne wskazano na dwie kwestie: i) rzekomy brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (przede wszystkim wskutek braku podania wartości kwotowo), ii) rzekomy brak udowodnienia, że IT Challenge podjął działania celem zachowania tych informacji w poufności.

3.W konsekwencji odwołanie powinno być rozpoznane tylko w zakresie podniesionych zarzutów, których zakres wyznacza zarówno podstawa prawna, jak i faktyczna. Mając na uwadze powyższe Przystępujący odniesie się do tak postawionego zarzutu.

4.Odnosząc się do pierwszej z wyżej wskazanych podstaw faktycznych wskazać należy, że Odwołujący podnosi iż:

[s. 3 odwołania akapit 6]

[s. 4 odwołania akapit 2]

5.Odwołujący błędnie identyfikuje wartość gospodarczą z wartością wyrażoną w kwocie pieniężnej. Co więcej także potencjalna szkoda nie musi być taką wartością wyrażoną.

6.Przede wszystkim nie zawsze jest możliwe wyliczenie wartości wypracowanego know-how, kontaktów biznesowych, wypracowanych rabatów itp. Nie da się bowiem wyliczyć nakładów poczynionych przez wykonawcę na zdobycie określonej wiedzy przez lata prowadzenia działalności, tym bardziej że nie jest to know-how zdobyte w wyniku odbycia szkolenia, czy też w centrum badawczym, dla którego prowadzi się controlling finansowy.

7.Tego rodzaju wiedzę, know-how, którą chroni w tym postępowaniu wykonawca zdobywa się latami, w związku i przy okazji ofertowania, niekiedy jakichś szkoleń, pozyskanego doradztwa, wspólnych spotkań, konferencji zawodowych, kontaktów biznesowych, zatrudniania nowych pracowników, współpracy z kontrahentami, itp. Budowanie tego niekiedy trwa latami krok po kroku, i nie jest możliwe dokładne przypisanie kosztów jego nabycia.

8.To samo dotyczy wyliczenia wartości potencjalnej szkody poniesionej w razie ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ewentualna szkoda i jej wysokość uzależniona jest od tak wielu czynników, że jej wyliczenie z góry jest de facto niemożliwe. Powyższe bowiem zależy np. od: i) zakresu ujawnionych informacji, ii) kto takie informacje pozyska, iii) w jaki sposób będą wykorzystane, iv) w jakim zakresie będą wykorzystane, v) kiedy będą wykorzystane, vi) na ile zmianie ulegnie otoczenie rynkowe, itp. Jak widać zmiennych jest tyle, że wyliczenie szkody jest praktycznie niemożliwe. Zresztą z tej właśnie przyczyny w umowach o poufności (zwanych też NDA) najczęściej za naruszenie tajemnicy jako sposób dochodzenia odszkodowania wskazuje się kary umowne.

9.Oczywiście wykonawca mógłby określić wartość gospodarczą wyrażoną w kwocie pieniężnej, jednak w rzeczywistości byłoby to pozorne i całkowicie nieweryfikowalne.

10.W swej istocie wartość gospodarcza to pewne korzyści gospodarcze, przewagi konkurencyjne wynikające z określonej wiedzy o charakterze ekskluzywnym, czyli niedostępnej lub trudno dostępnej dla innych podmiotów (w stosunkach gospodarczych najczęściej dla konkurentów).

11.IT Challenge w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał m.in, że:

[s. 14 Wyjaśnień Rnc]

Z tego wynika, że Przystępujący utożsamia wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji z osiąganymi marżami (zyskami), albowiem informacje te pozwalają mu na przygotowanie takiej oferty, która z jednej strony nie jest za droga (a tym samym umożliwia pozyskanie zamówienia), a z drugiej nie jest za tania (umożliwiając osiągnięcie zysku). W konsekwencji osiągnęte zyski są określoną korzyścią / wartością gospodarczą. Zatem na gruncie tego postępowania dotyczy to marży założonej na tym zadaniu, a na przyszłych dotyczy to przyszłych zakładanych zysków.

Dalej Przystępujący wskazał co następuje:

[s. 14 Wyjaśnień RNC]

Znowu zatem IT Challenge wskazało na to, że know-how, znajdujące swe odzwierciedlenie w treści Wyjaśnień Rnc stanowi wartość gospodarczą jako element wiedzy umiejętności nie tylko zaoferowania określonego zamówienia, ale i jego wykonania za daną cenę. Oczywiście jest bowiem to, że zdolność do należytego wykonania zamówienia pozwala na osiągnięcie zysku, ale także zapobiega szkodzie w postaci np. konieczności zapłaty kar umownych, czy też

odszkodowania. Niewątpliwie zatem jest to wymierną wartością gospodarczą, bo umożliwia skuteczną działalność przedsiębiorcy, szczególnie przy innych podobnych zamówieniach, także tych u Zamawiającego. W dalszej części zastrzeżenia Przystępujący wskazał, że:

Zatem poprzez odwołanie do orzecznictwa KIO Przystępujący dodatkowo wyjaśnił, że wiedza fachowa kadry jaką się posługują, a także wypracowane doświadczenie (której substratem jest treść Wyjaśnień Rnc) także stanowi wartość gospodarczą.

12. Mając na uwadze powyższe uznać należy, że Przystępujący w sposób wystarczający wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

13. Chybione jest także twierdzenie Odwołującego, że IT Challenge nie udowodnił, że podjął działania celem zachowania tych informacji w poufności.

14. Odwołujący sprostował obowiązki wykazania podjęcia odpowiednich środków zabezpieczenia informacji.

15. Przede wszystkim należy zauważyć, że samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które szczegółowo i konkretnie opisuje podjęte środki oraz się na nie powołuje jest samo w sobie już wykazaniem podjęcia tych środków. Podkreślenia bowiem wymaga, że art. 18 ust. 3 Pzp wspomina o „wykazaniu”, a nie udowodnieniu (w znaczeniu procesowym). Potwierdza to zresztą orzecznictwo - jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21.03.2023 r. (XXIII Zs 19/23) uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia, tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzegane przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

16. IT Challenge w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał na szereg podjętych środków, w tym m.in.:

- przechowywanie informacji na zabezpieczonych nośnikach danych lub zabezpieczonych komputerach (por. s. 15 Wyjaśnień Rnc),
- dostęp do tych informacji tylko wyselekcjonowanych pracowników i współpracowników (por. s. 15 Wyjaśnień Rnc),
- podjęto wobec pracowników określone działania np. szkolenia, zawieranie umowy typu NDA, postanowienia w Regulaminie pracy, zmierzające do zobowiązania ich do zachowania poufności (por. ss. 15-16 Wyjaśnień Rnc),
- Przystępujący wskazał na obowiązującego u niego (jako członka grupy kapitałowej Euvic) procedury ochrony informacji poufnych (por. s. 16 Wyjaśnień Rnc),
- stosowanie umów o zachowaniu poufności (por. s. 16 Wyjaśnień Rnc),

17. Przystępujący potwierdził także, że zastrzeżone przez niego informacje nie zostały przez niego podane do publicznej wiadomości

18. Dodatkowo Przystępujący załączył dowody w postaci:

- wzoru umowy o zachowaniu poufności,
- wyciągu z Regulaminu Pracy,
- wyciągu z umowy o pracę,
- wskazanie linku do zasad obowiązujących w grupie kapitałowej Euvic.

19. W konsekwencji z pewnością wykazano ochronę zmierzającą do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

20. Końcowo należy jeszcze odnieść do kwestii dwustronności zachowania poufności. Przede wszystkim w oświadczeniu dystrybutora z dnia 2.10.2021 r. wskazano, że przekazane informacje zawarte w oświadczeniu mają charakter poufny z OWU obowiązującymi partnerów handlowych (...) dostępnymi na stronie (...). Także w oświadczenie z dnia 13.09.2023 innego dystrybutora znalazło się zastrzeżenie o poufnym charakterze oferty. Niewątpliwie zatem owa dwustronność jest zachowana.

21. Niezależnie od powyższego nie można się zgodzić z Odwołującym, że owa dwustronność zobowiązania do zachowania tajemnicy jest warunkiem sine qua non dla uznania, że Przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotne jest, aby po stronie zastrzegającego dochowane były warunki uniemożliwiające ich ujawnienie. Tymczasem wystarczy, aby same informacje zastrzegane nie były łatwo dostępne, a ich pozyskanie wymagało np. ponadstandardowych działań wymagających np. znacznych wysiłków lub nakładów. Przykładowo w przypadku posiadania ważnego kontrahenta dysponującego jakimiś szczególnymi zasobami lub technologiami wymaga często wielu wysiłków i nakładów (np. dokonanie odpowiedniego research'u rynku, wyjazdów na branżowe targi, wynajęcie odpowiednich doradców, itp.), ale nie jest obiektywnie niemożliwe, bo fakt istnienia takiego kontrahenta nie jest utajniony. Nie pozbawia to jednak podmiotu, który znacznym wysiłkiem i kosztem takiego kontrahenta pozyskał prawa do zachowania w tajemnicy znalezienia takiego podmiotu.

22. Wreszcie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dość rygorystycznie ocenił zastrzeżenie tajemnicy

przedsiębiorstwa odtajniać znaczną część informacji, pozostawiając utajnione tylko te kluczowe (konkretne dane liczbowe i dane kontrahentów).

23. Mając na uwadze powyższe zarzut zaniechania odtajnienia jest bezzasadny.

II. [zarzut sprzeczności oferty z warunkami zamówienia (pkt 6, 7 i 9 cz. B OPZ)]

24. Zarzut ten, najogólniej rzecz ujmując dotyczy kwestii rozbudowy przestrzeni dyskowej w macierzy. Odwołujący zarzuca, że sposób jej rozbudowy możliwy w oparciu o rozwiązania sprzętowe zaoferowane przez IT Challenge jest sprzeczny z warunkami zamówienia.

25. Zasadniczo spór dotyczy tego czy zgodnie z treścią przywołanych pkt OPZ (pkt 6, 7 i 9) możliwe jest rozszerzenie przestrzeni dyskowej w oparciu o dodatkowe półki dyskowe zawierające w sobie kontrolery (tak jak umożliwia to sprzęt zaoferowany przez Przystępującego), czy tylko w oparciu o półki dyskowe bez jakichkolwiek kontrolerów (jak twierdzi Odwołujący).

26. Przystępujący zaprzecza stanowisku Odwołującego.

27. Przede wszystkim zauważenia wymaga, że kwestia rozbudowy macierzy była przedmiotem wyjaśnień składanych przez IT Challenge (pismo z dnia 5.10.2023 r. s. 19). Przystępujący w swych wyjaśnieniach wskazał m.in. co następuje:

28. Jak widać z powyższego Zamawiający miał pełną świadomość sposobu rozbudowy macierzy zaoferowanych przez Przystępującego i w oparciu o tę wiedzę dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. To z kolei oznacza, że sposób odczytania postanowień OPZ przez Przystępującego jest zgodny z ich rozumieniem przez Zamawiającego.

29. Podstawowym błędem zarzutu jest twierdzenie Odwołującego, że: Nie ma również półki dyskowej wyposażonej w kontroler, gdyż półka jest elementem tego urządzenia, a tym samym utożsamianie półki dyskowej tylko i wyłącznie z jednostką zawierającą tylko dyski. Odwołujący podaje te stwierdzenia jako oczywistości w branży IT, choć nie bardzo wiadomo z czego owa rzekoma „oczywistość” wynika. Zamawiający w OPZ nie ograniczył rozbudowy macierzy z wykorzystaniem półek dyskowych z kontrolerami a wręcz umożliwił takie rozwiązanie wprowadzając odpowiednie zapisy w punkcie 4.

30. Co ciekawe Odwołujący mieszając pewne pojęcia (szczególnie pojęcia: półki dyskowej, kontrolerów, macierzy i dysków) sam zaczyna je łączyć w pewne grupy, niekiedy dzielić tak, aby dopasować do własnej tezy. Przykładowo na s. 8 wskazuje co następuje:

a więc w tym przypadku jako półkę dyskową traktuje obudowę (półka dyskowa sensu stricto) wraz z dyskami (które de facto są wyposażeniem półki dyskowej sensu stricto).

31. Dalej Odwołujący pisze, że:

identyfikując macierz z kontrolerem (choć to w żaden sposób nie są synonimy).

32. W dalszej części odwołania wskazano, że:

jak widać tu Odwołujący najpierw pisze o „Obudowie kontrolera”, która zarządza całym systemem macierzy, dalej identyfikuje obudowę kontrolera z macierzą (Obudowa kontrolera (macierz)), aby w końcu identyfikować półkę dyskową z obudową rozszerzeń (kolejne dodatkowe pojęcie).

33. Co ciekawe w dalszej części odwołania (por. s. 9) Odwołujący używa pojęcia obudowy rozszerzeń dla określenia obudowy dysków i pojęcia obudowy kontrolera:

34. Tymczasem Zamawiający takich pojęć nie używał w OPZ. Powyższe ma o tyle znaczenie, że potwierdza, iż OPZ nie ograniczało sposobu rozbudowy macierzy jedynie do obudowy rozszerzeń wraz z dyskami i tylko dyskami (co Odwołujący błędnie utożsamia z półkami dyskowymi, choć sam wcześniej używa pojęcia obudowa rozszerzeń). Tymczasem półka dyskowa może w sobie zawierać wbudowany kontroler i jak i wbudowane dyski i wtedy cały czas jest półką dyskową. W konsekwencji ten sposób jest dopuszczalny zgodnie z OPZ.

35. Należy też zauważyć, że na rynku są dostępne różne rozwiązania macierzy dyskowych, w tym takie które w obudowie, gdzie znajdują się kontrolery macierzowe nie mogą być zainstalowane dyski na dane (np. rozwiązanie firmy Dell Storage SC9000, Netapp AFF C400), jak również są macierze w których rozbudowa o dyski NVMe polega na dodaniu półek dyskowych z wbudowanymi kontrolerami i dyskami Lenovo DM5100F (a fakt wbudowania kontrolerów nie pozbawia tychże półek dyskowych statusu właśnie półek. W konsekwencji nieprawdą jest więc zdanie Odwołującego, że wymieniona obudowa (w oferowanym przez IT Challenge rozwiązaniu – przyp. TS) umożliwiająca rozbudowę zawierającą kontrolery (obudowa kontrolera) [w której to można zainstalować dyski NVMe – przyp. TS], co oznacza, że nie jest półką dyskową (obudową rozszerzeń) w rozumieniu pojęć stosowanych w branży IT”.

36. Co także ważne Odwołujący pomija w swych wywodach pkt 4 OPZ (część B), choć treść wymagań należy czytać łącznie, gdyż wspólnie tworzą one pewną logiczną całość. Pominięty przez Odwołującego pkt 4 OPZ stanowi co następuje: Możliwość rozbudowy macierzy do 4 par kontrolerów, tworzących jedną logiczną macierz dyskową. Nie dopuszcza się rozwiązań opartych o wirtualizator.

37. Punkt ten ma o tyle znaczenia, że skoro w OPZ Zamawiający nie tylko dopuszczał rozwiązanie klastrowe, ale wręcz

wymagał, aby oferowana macierz dyskowa je wspierała, więc tym bardziej dopuszczalna jest rozbudowa dysków w oparciu o tego typu rozwiązanie. Inaczej postanowienie pkt 4 OPZ nie miałoby żadnego uzasadnienia.

38.Nieprawdą jest stwierdzenie odwołującego, że proponowane rozwiązanie Wykonawca usiłuje obejść stosując rozbudowę za pomocą półek z kontrolerami, które de facto są nowymi macierzami. Zaoferowane rozwiązanie IBM FlashSystem 7300 zbudowane jest z obudowy z dwoma kontrolerami działającymi w klastrze. Dodanie dodatkowej obudowy z kontrolerami i dyskami spowoduje rozbudowę tego klastra widocznego przez system jako to samo urządzenie. Rozbudowa taka jest możliwa jak stanowi punkt 6 OPZ i spełnia wymagania tj. „Urządzenie musi umożliwiać rozbudowę przestrzeni dyskowej o pojedynczy dysk oraz pojedynczą półkę dyskową z możliwością rozszerzenia puli dyskowej o dodany dysk/półkę bez konieczności migracji danych ani zatrzymywania pracy macierzy”. W tej sytuacji przy spełnieniu wszystkich zapisów OPZ stwierdzenie Odwołującego, że „W związku z tym półka dyskowa nie może zawierać kontrolerów.” jest nieprawdziwe. W przywołanym przez Odwołującego dokumencie „Product Guide”: (....) na stronie 20 jest informacja o sposobie działania macierzy IBM FS7300:

Tłumaczenie: „IBM FlashSystem 7300 tworzy klastr aby uruchomić system, który jest pojedynczym interfejsem zarządzania w odniesieniu do półki kontrolerowej IBM FlashSystem 7300.”Oznacza to, że po dołączeniu kolejnych półek dyskowych z kontrolerami dokonana zostanie rozbudowa istniejącej macierzy dyskowej, która nadal będzie logiczne jednym urządzeniem.

39.Niezasadne są także interpretacje Odwołującego treści OPZ o domniemane intencje Zamawiającego, które mają wynikać z wyższych kosztów rozbudowy i bardziej skomplikowanego jej charakteru. Co do pierwszej kwestii, to owe zwiększone koszty to tylko i wyłącznie supozycje Odwołującego nie poparte rzeczywistymi kosztami rozbudowy, nie uwzględniające też zwiększonego bezpieczeństwa danych. Co do drugiej kwestii, to rozbudowa macierzy poprzez dołączenie półki dyskowej z kontrolerami wraz z podłączeniem jej nie jest zadaniem szczególnie skomplikowanym dla inżynierów technicznych, a kwestia konsumpcji portów nie wpływa na ich dostępność w wymiarze przewidzianym w OPZ, albowiem Zamawiający nie ograniczył dostępnej liczby portów możliwych do wykorzystania.

40. W tym miejscu warto się także odnieść do przywołanego przez Odwołującego wyroku KIO z 20.09.2019 r. (KIO 1733/19) który rzekomo ma potwierdzać zasadność jego tez. Tyle, że Odwołujący pomija fakt całkowicie innych postanowień dokumentacji zamówienia jakie legły u podstawy wydania takiego wyroku. W szczególności powyższe dotyczy postanowienia M.2 SIWZu dla tamtego postępowania, które wprost ograniczały określony sposób rozbudowy o pary kontrolerów . W niniejszym OPZ takiego postanowienia nie ma i to jest kluczowa różnica. Co więcej ten wyrok w powiązaniu z treścią pkt M.2 SIWZu wręcz potwierdza stanowisko Przystępującego, albowiem w tamtym postępowaniu ówczesny Zamawiający wprost pewne sposoby rozbudowy ograniczył definiując jednoznacznie sposoby rozumienia określonych pojęć (wcale nie uznając ich za oczywiste dla branży IT, jak to czyni Odwołujący w niniejszej sprawie).

41.Dodatkowo wątpliwym jest to, aby orzeczenia KIO miały stanowić swego rodzaju „precedens” w odniesieniu do kwestii ściśle technicznych i to w oderwaniu od treści OPZ. W konsekwencji wspomniane orzeczenie nie wnosi nic do niniejszej sprawy, a w szczególności nie przesądza o zasadności odwołania. (...)

III. [zarzut sprzeczności ofert z warunkami zamówienia (pkt 17 cz. B OPZ)]

43.Zarzut ten dotyczy kwestii włączenia tzw. kompresji danych.

44.Także ten zarzut był przedmiotem wyjaśnień IT Challenge w piśmie z dnia 5.10.2023 r. (por. ss. 19-20) Przystępujący obszernie wyjaśnił sposób kompresji danych, wskazując m.in. w jaki sposób się nią dokonuje, w tym włącza i wyłącza, oraz z jakiego poziomu ma to miejsce. Przystępujący w całości podtrzymuje te wyjaśnienia.

45.Zamawiający zatem miał pełną świadomość w jaki sposób włączana/wyłączana jest kompresja danych, w tym z jakiego poziomu jest to dokonywane. Dysponując tą wiedzą wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

46.Odwołujący zasadniczo nie kwestionuje wskazanych w tychże wyjaśnieniach sposobów kompresji danych, nie podejmując z tym wyjaśnieniami praktycznie żadnej polemiki. Stanowisko Odwołującego zasadniczo ogranicza się do twierdzenia, że postanowienie OPZ (pkt 17 cz. B) wymaga, aby kompresja danych była włączana/wyłączana na poziomie sprzętowym (czyli na fizycznych dyskach FCM NVMe).

47.Tymczasem w ocenie Przystępującego i zapewne Zamawiającego (skoro wybrał ofertę IT Challenge) z treści pkt 17 cz. B OPZ nie da się wywieść wniosku, że kompresja danych musi być włączana / wyłączana tylko z poziomu sprzętowego (dysków FCM NVMe), a nie jest to możliwe z poziomu kontrolera (z którego to dokonuje się kompresji na wybranych wolumenach).

48.Odwołujący pomija to, że cytowane postanowienie dotyczy wolumenów, albowiem pkt 17 cz. B OPZ brzmi następująco:

49.Nie można zatem czytać zdania pierwszego w oderwaniu od zdania drugiego. Łączna ich analiza daje oczywisty wniosek, że chodzi o kompresję na wybranych wolumenach, a nie dyskach.

50.Aby uzmysłowić różnicę pomiędzy wolumenami a dyskami fizycznymi Przystępujący sporządził pewien uproszczony schemat:

51. Jak widać czym innym są same dyski fizyczne, a czym innym wolumeny. Tymczasem Zamawiający oczekiwał możliwości włączenia / wyłączenia kompresji

na wybranych wolumenach, co wprost wynika z pkt 17 cz. B OPZ. Taka możliwość istnieje, została opisana w wyjaśnieniach IT Challenge, a Odwołujący jej nie kwestionuje.

52. W konsekwencji stanowisko Odwołującego, jako oparte na daleko idącej nadinterpretacji treści OPZ, jest całkowicie nietrafne.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego jak i Przystępującego po jego stronie wykonawcy, przyjmując w kluczowych kwestiach argumentację z ich pisemnych stanowisk za własną.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oparty został na twierdzeniu przez Odwołującego niewykazania przez wykonawcę IT Challenge wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych w piśmie z dnia 5 października 2023 r. stanowiącym wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 września 2023 r. w części dotyczącej wyjaśnień ceny oferty wykonawcy. Tak jak słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący jako podstawy faktyczne wskazano na: 1) brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (przede wszystkim wskutek braku podania wartości kwotowo), 2) brak udowodnienia, że IT Challenge podjął działania celem zachowania tych informacji w poufności.

Izba odnosząc się do pierwszej z kwestii (pkt 1) nie zgodziła się z Odwołującym, że wartość gospodarcza bezwzględnie ma być wyrażona w kwocie pieniężnej. Tak jak to zauważył Przystępujący wykonawca popierany przez Zamawiającego, że nawet potencjalna szkoda w takim przypadku nie musi być wyrażona wartością pieniężną, szczególnie gdy takie oświadczenie jest składane w dacie składania oferty w danym postępowaniu czy w dacie zastrzegania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w dacie składania wyjaśnień. Nie zawsze bowiem jest możliwe wyliczenie wartości wypracowanego know-how, kontaktów biznesowych, wypracowanych rabatów związanych z nakładami poczynionymi przez wykonawcę na zdobycie określonej wiedzy, często przez lata prowadzenia działalności. Także ewentualna szkoda i jej wysokość – skutkiem ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji - uzależniona jest od wielu czynników, i takie jej wyliczenie jak oczekiwałby wykonawca konkurujący nie jest *de facto* możliwe. Niewątpliwie wartość gospodarcza w jej istocie – jak podał Przystępujący - to pewne korzyści gospodarcze przewagi konkurencyjnej wynikające z określonej wiedzy o charakterze ekskluzywnym, czyli niedostępnej lub trudno dostępnej dla innych podmiotów (w stosunkach gospodarczych najczęściej dla konkurentów). W tej sprawie IT Challenge w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał m.in. (str 14) że: (...)

Zatem Przystępujący utożsamia wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji z osiąganymi marżami (zyskami), albowiem informacje te pozwalają mu na przygotowanie takiej oferty, która z jednej strony nie jest za droga (a tym samym umożliwia pozyskanie zamówienia), a z drugiej nie jest za tania (umożliwia osiągnięcie zysku). W konsekwencji możliwe do osiągnięcia zyski są określoną korzyścią (wartością gospodarczą). Zatem na gruncie tego postępowania według wykonawcy dotyczy to marży założonej na tym zadaniu, a na przyszłych dotyczy to przyszłych zakładanych zysków. Przystępujący wskazał w piśmie (...)

[s. 14 Wyjaśnień RNC]

Ponadto wykonawca IT Challenge w zastrzeżeniu informacji wskazał, że know-how, znajdujące odzwierciedlenie w treści wyjaśnień Rnc stanowi wartość gospodarczą jako element wiedzy umiejętności nie tylko zaoferowania określonego zamówienia, ale i jego wykonania za daną cenę. Podał także, że zdolność do należytego wykonania zamówienia pozwala na osiągnięcie zysku, ale także zapobiega szkodzie w postaci np. konieczności zapłaty kar umownych, czy też odszkodowania. Niewątpliwie zatem jest to wymierną wartością gospodarczą, bo umożliwia skuteczną działalność przedsiębiorcy, szczególnie przy innych podobnych zamówieniach, także tych u Zamawiającego. W dalszej części zastrzeżenia Przystępujący wskazał ponadto, że:

Niewątpliwie w tym stanie faktycznym Przystępujący w sposób wystarczający wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Co do twierdzenia Odwołującego, że IT Challenge nie udowodnił, że podjął działania celem zachowania tych informacji w poufności, Izba zwraca uwagę, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał na podjęte środki, w tym m.in.:

- przechowywanie informacji na zabezpieczonych nośnikach danych lub zabezpieczonych komputerach (por. s. 15 Wyjaśnień Rnc),
- dostęp do tych informacji tylko wyselekcjonowanych pracowników i współpracowników (por. s. 15 Wyjaśnień Rnc),
- podjęte wobec pracowników określone działania np. szkolenia, zawieranie umowy typu NDA, postanowienia w Regulaminie pracy, zmierzające do zobowiązania ich do zachowania poufności (por. ss. 15-16 Wyjaśnień Rnc),
- na obowiązujące w jego firmie (jako członka grupy kapitałowej Euvic) procedury ochrony informacji poufnych (por. s. 16 Wyjaśnień Rnc),

–stosowanie umów o zachowaniu poufności (por. s. 16 Wyjaśnień Rnc),

Jako dowody Przystępujący załączył stosowane dokumenty: wzór umowy o zachowaniu poufności, wyciąg z Regulaminu Pracy, wyciąg z umowy o pracę. Wskazał link do zasad obowiązujących w grupie kapitałowej Euvic. Wskazane potwierdzają stosowaną w IT Challenge ochronę zmierzającą do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Także potwierdził kwestię dwustronności zachowania poufności. Wynika to z oświadczenia dystrybutora z dnia 2.10.2021 r. w którym wskazano, że przekazane informacje zawarte w oświadczeniu mają charakter poufny z OWU obowiązującymi partnerów handlowych (...) dostępnymi na stronie (...). Także w oświadczeniu z dnia 13.09.2023 innego dystrybutora znalazło się zastrzeżenie o poufnym charakterze oferty. Tym samym wskazywana przez Odwołującego dwustronność jako zachowana została wykazana.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec tych ustaleń w kontekście zarzutów jakie podniósł Odwołujący brak podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego, co do odmowy ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 5.10.2023 r. i załączników do nich oraz części uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa albowiem wykonawca IT Challenge w zakresie spornym – w części A i B zamówienia - wykazał skuteczność zastrzeżenia tych informacji.

Zarzut z punktu 1) naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp - niezgodności treści oferty wykonawcy IT Challenge z warunkami zamówienia w części B zamówienia - wnoszący odwołanie wykonawca oparł na twierdzeniu, że Zamawiający wybrał rozwiązanie według oferty wykonawcy IT Challenge, który oferuje rozbudowę przestrzeni dyskowej poprzez rozbudowę macierzy o kolejne półki dyskowe wyposażone w kontrolery, co według Odwołującego jest nieakceptowalne. Odwołujący wskazał na niezgodność z SWZ powołując się na pkt 6, 7, i 9 OPZ. Uzasadniając ten zarzut Odwołujący w podsumowaniu stwierdził, że *(....) w świetle SWZ nie było intencją Zamawiającego dokonanie rozbudowy poprzez zakup nowych urządzeń lecz wydaje się oczywiste, że Zamawiający miał na myśli rozbudowę tego konkretnego urządzenia, które obecnie nabywa poprzez uzupełnianie kolejnych półek/dysków. Wykonawca usiłuje zaś obejść ww. wymóg stwierdzając, że owszem rozbudowa jest możliwa za pomocą rzekomych półek z kontrolerami, które de facto są nowymi macierzami. Jednak ten sposób nie odpowiada wymogom SWZ, co potwierdziły złożone przez wykonawcę wyjaśnienia*".

Odnosząc się do tego zarzutu Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia w części B jest ( wg SWZ o zał. 1 OPZ oraz zał. 2 wzoru umowy (§ 1) jest dzierżawa sprzętu serwerowego, w tym przypadku macierzy (zwanego „Sprzętem”) wraz z możliwością wykupu Sprzętu. Opis wymaganych elementów zawiera OPZ – zał. nr 1 do SWZ.

Rozstrzygając w zakresie zaskarżonym Izba miała na uwadze nie tylko wskazane punkty 6, 7 i 9 OPZ ale także punkt 4. W myśl wskazanych punktów:

(...)

4. *Możliwość rozbudowy macierzy do min 4 par kontrolerów, tworząc jedną logiczną macierz dyskową. Nie dopuszcza się rozwiązań opartych o virtualizator.*

(....)

6. *Urządzenie musi umożliwiać rozbudowę przestrzeni dyskowej o pojedynczy dysk oraz pojedynczą półkę dyskową z możliwością rozszerzenia puli dyskowej o dodany dysk/półkę bez konieczności migracji danych ani zatrzymywania pracy macierzy.*

7. *Całkowita pojemność RAW urządzenia musi wynosić minimum 400 TB i być zbudowana tylko i wyłącznie za pomocą dysków SSD NVMe/modułów NVMe. (...)*

Punkty te – jak słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący wykonawca należy czytać (podobnie także z pozostałymi punktami OPZ i postanowieniami SWZ) łącznie. Zgodnie z pkt 4 OPZ przewidziana została możliwość rozbudowy macierzy do min. 4 par kontrolerów, tworząc jedną logiczną macierz dyskową. Zatem to postanowienie – tak jak podnosił Zamawiający - dopuszcza rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę IT Challenge, który zaproponował, rozbudowę przestrzeni dyskowej o kolejne półki z kontrolerami, które będą tworzyły jedną logiczną macierz. Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że jedną z możliwości rozbudowy macierzy jest dołożenie kolejnych urządzeń z kontrolerami, przyznając tym samym, że jest to jedna z możliwych technologii rozbudowy urządzenia (macierzy). Jednakże kwestionuje – powołując się na intencje Zamawiającego - możliwość przyjęcia tego rozwiązania w przypadku tego postępowania z uwagi na jego droższą eksploatację urządzenia w przyszłości. Wykonawca IT Challenge zaproponował rozwiązanie rozbudowy o półki dyskowe wraz z kontrolerami. Jak wskazywał Zamawiający – wobec odwoływania się do jego intencji przez wnoszącego odwołanie – takie rozwiązanie było możliwe na gruncie tego OPZ, a przy wykorzystaniu takiej technologii Zamawiający ma możliwość uzyskania dużo wyższych wydajności niż dołożenie półek bez kontrolerów tym bardziej, że Zamawiający

– jak podnosił - w obecnie używanej infrastrukturze posiada już macierze IBM wykorzystujące zaoferowaną technologię przez wykonawcę Przystępującego. Odwołujący mając świadomość zrealizowania tego wymagania w dwóch różnych technologiach – z których jedna z nich oferowana przez IT Challenge była mniej kosztowna na etapie składania oferty – mógł skorzystać z instytucji zapytań przewidzianych ustawą Pzp, a nie odczytywać intencje Zamawiającego, które jak wynika z tego stanu faktycznego, nie zostały prawidłowo zinterpretowane.

Zarzut z punktu 2) naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp - niezgodności treści oferty wykonawcy IT Challenge z warunkami zamówienia w części B zamówienia - wnoszący odwołanie wykonawca odniósł do punktu 17 OPZ.

Zgodnie z pkt 17: *„Wymagana możliwość włączenia deduplikacji i kompresji danych w trybie in-line. Włączenie/wyłączenie deduplikacji oraz kompresji na wybranych wolumenach nie może powodować obniżenia wydajności urządzenia”.*

Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez wykonawcę IT Challenge macierz IBM FS7300 nie ma możliwości wyłączenia kompresji sprzętowej. Zdaniem Izby brak podstaw kwestionowania stanowiska Zamawiającego, że ten punkt dotyczył wymaganej kompresji danych na wybranych wolumenach. Tak jak wskazywał Zamawiający (i, co nie było kwestionowane przez wykonawcę), wolumeny w macierzy są tworzone już na warstwie logicznej za pomocą oprogramowania i na tym poziomie zaoferowana macierz przez wybranego wykonawcę (co Odwołujący przyznał) już taką funkcjonalność posiada. W konkluzji Izba stwierdza, że z treści pkt 17 zd. 1 i zd.2 cz. B OPZ nie można wywieść wniosku, że kompresja danych musi być włączana/wyłączana tylko z poziomu sprzętowego (dysków FCM NVMe), a nie jest to możliwe z poziomu kontrolera (z którego to dokonuje się kompresji na wybranych wolumenach).

Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 18 ust.1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....