

Sygn. akt: KIO 2691/19

WYROK

z dnia 16 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 grudnia 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale **wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia - wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz**

Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** kwotę **18.600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Sukcesywna dostawa do ośrodków komputerowych dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji przedmiotu zamówienia zawartej w części IV SIWZ PN 15/10/2019 – klaster obliczeniowy i danych_I”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 października 2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2019 r. pod numerem 2019/S 196-475564.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 30 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na wadliwą ocenę zastrzeżonych przez wykonawcę INTEGRALE IT Sp. z o.o. dokumentów i informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji składających się na ofertę wykonawcy INTEGRALE IT Sp. z o.o. pomimo, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzucając Zamawiającemu 8 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu: wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa (wraz z załącznikami), Załącznika do oferty nr 1 – Opisu technicznego, (od pkt 1 do 3), Załączników nr 2, 3, i 4 do oferty – Schematu sieci komunikacyjnych i zarządzającej klastra, schematu systemu zasilania klastra, schematu systemu chłodzenia klastra.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie przychyliła się do wniosku Przystępującego o zawieszenie bądź odroczenie niniejszego postępowania odwoławczego uznając, że Odwołujący na moment wniesienia odwołania posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości w ocenie Izby, że stwierdzenie naruszenia może mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania, zaś decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na moment rozstrzygania niniejszego sporu jest nieprawomocna. Nie można zgodzić się z Przystępującym, że przesądzone jest w tym stanie faktycznym na moment orzekania w niniejszej sprawie, że Odwołujący otrzymałby mniejszą ilość punktów, skoro Zamawiający nie przystąpił do badania oferty Odwołującego w kryteriach oceny ofert, gdyż odrzucił jego ofertę.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 31 grudnia 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2020 r. uwzględnił odwołanie w całości. Przystępujący na posiedzeniu w dniu 15 stycznia 2020 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Sukcesywna dostawa do ośrodków komputerowych*

dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji przedmiotu zamówienia zawartej w części IV SIWZ PN 15/10/2019 – klaster obliczeniowy i danych_II”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie w dniu 16 grudnia 2017 r. złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy INTEGRALE IT Sp. z o.o. W dniu 19 grudnia 2019 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę ww. wykonawcy z wyłączeniem części zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 30 grudnia 2019 r.

Pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości. W dniu 15 stycznia 2020 r. wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami - jest zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i

powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego. Niewątpliwie – w świetle brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp -to wykonawca składający ofertę musi wykazać Zamawiającemu – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy INTEGRALE IT Sp. z o.o. dotyczące zastrzeżenia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są w ocenie Izby wystarczające. Wykonawca INTEGRALE IT Sp. z o.o. nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca na poparcie swojego stanowiska przywołuje jedynie orzecznictwo sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, co w ocenie Izby należy uznać za niewystarczające.

Zauważenia wymaga, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zatem jak wynika z niniejszego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” – co niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO - oznacza

obowiązek dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia zastrzeżenia. Niewątpliwie również za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - czy też orzecznictwa sądów bądź KIO - wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i gołosłownej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

I tak nowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzona w życie w drodze nowelizacji z 4 września 2018 r, została zamieszczona w art. 11 ust. 2 znowelizowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem znowelizowanej ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się obecnie 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.

Zatem – w ocenie Izby - według przytoczonych przepisów, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji - która jednak nie posiada wartości gospodarczej - nie będzie mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przepisy zostały znowelizowane wobec brzmienia dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2016 r. – art. 2 pkt 1 – wedle której, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki: zastrzeżone informacje •muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; •mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; •poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Nie ulega wątpliwości, że wobec wprowadzonych zmian tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach niniejszej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową, powinny to być informacje o wartości handlowej a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.

W ocenie Izby Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem – wobec brzmienia przytoczonej dyrektywy - przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innych”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem w ocenie Izby wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej”, czego w tym stanie faktycznym Przystępujący w żaden sposób nie uczynił.

Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Izba zgodziła się z Odwołującym, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Złożone przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowały one jedynie ogólnikowe, gołosłowne twierdzenia. 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. Ponadto wykonawca w uzasadnieniu

stwierdził w sposób ogólnikowy, że podjął w stosunku do ww. informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności oraz że stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji. Wykonawca nie odniósł się w uzasadnieniu zastrzeżenia do złożonych dowodów.

Niewystarczające w ocenie Izby jest również powoływanie się jedynie na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca w żaden sposób w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał w czym upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji jedynie podając, że posiadane przez wykonawcę know-how ma wartość gospodarczą.

Zgodzić należało się w całej rozciągłości za wyrokiem KIO z dnia 14 listopada 2019 r., sygn.. akt KIO 2189/19 że „gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów odnoszących się do niezasadnego zastrzeżenia załącznika do oferty nr 1 – Opisu technicznego, (od pkt 1 do 3), załączników nr 2, 3, i 4 do oferty – Schematu sieci komunikacyjnych i zarządzającej klastra, schematu systemu zasilania klastra, schematu systemu chłodzenia klastra – powyższe zarzuty nie były przedmiotem rozstrzygnięcia merytorycznego wniesionego odwołania.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę ogólnikowość złożonych wyjaśnień i fakt, że w złożone wyjaśnienia nie odnoszą się do treści przedstawionych dowodów należało nakazać Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania za bezskuteczne zastrzeżenia - wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z złożonymi załącznikami.

W niniejszej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Przystępującego – wobec jego sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w całości. Ponieważ na koszty postępowania odwoławczego

składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izba zasądziła od wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18.600 zł 00 gr. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koncept Sp. z o.o. oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....