

Sygn. akt: KIO 2685/22

POSTANOWIENIE
z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022r. przez wykonawcę:

Volvo Bus Corporation, (SE-40508 Goeteborg, Szwecja)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich (ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź)

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) w procedurze otwartej przez zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich (ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź) (dalej również: „Zamawiający”) na: dostawę autobusów elektrycznych wraz ze stacjami ładowania oraz niezbędną infrastrukturą (Numer referencyjny: ZIM-DZ.2621.18.2022, ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Rzędownym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 137-391389 w dniu 19 lipca 2022 r.) (dalej: „Postępowanie”) w dniu 10 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Volvo Bus Corporation, (SE-40508 Goeteborg, Szwecja) (dalej również: „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Odwołanie złożone zostało wobec od czynności Zamawiającego z dnia 29 września 2022 r. polegającej na zawiadomieniu o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego co do informacji zawartych w następujących dokumentach: 1) Załącznik o nazwie „oferta 4A TP-DB-sig”, 2) Załącznik o nazwie „oferta 4B TP-DB-sig”, 3) Załącznik o nazwie „Propozycja rozm. urządzeń- sig”, 4) Załącznik o nazwie „Rys. siedzenia-sig”, w zakresie, w jakim Zamawiający odtajnił Załączniki: Ad 1) Część II, tj. wynik testu SORT w Załączniku „oferta 4A TP-DB-sig”, Ad 2) Załącznik o nazwie „oferta 4B TP-DB-sig”, Ad 3) Załącznik o nazwie „Propozycja rozm. urządzeń- sig”, Ad 4) Załącznik o nazwie „Rys. siedzenia-sig”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:

a. Błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał w piśmie z dnia 7 września 2022 r. (zatytułowany: Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), iż zastrzeżone przez niego informacje, a to: i. Dane techniczne obejmujące szczegółowy wynik testu SORT; ii. Dane techniczne obejmujące dokładne wymiary autobusu, szerokość drzwi, pojemność przestrzeni pasażerskiej autobusu, pojemność nominalną i użyteczną baterii, technologię wykonania baterii oraz moc silników pojazdu; iii. Szczegółowe rozmieszczenie poszczególnych urządzeń elektrycznych w autobusie, iv. Szczegółowe rozmieszczenie siedzeń autobusu - które jest między innymi wynikiem rozmieszczenia urządzeń; stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

b. Wadliwe uznanie, że Odwołujący w piśmie z dnia 7 września 2022 r. nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje podlegają zastrzeżeniu jako niejawne w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albowiem nie stanowią one swoistego know-how, którego zakres pozwalałby na uznanie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

c. wadliwe i sprzeczne z treścią SWZ uznanie, że wszystkie informacje zawarte w załącznikach 4A oraz 4B do oferty są informacjami będącymi wyłącznie odpowiedzią na wymogi Zamawiającego i stanowią elementy podlegające punktacji w ramach oceny ofert, a co za tym idzie nie podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp;

d. błędne uznanie, że wartość zużycia energii, wynikająca z testu SORT jest jedynie wartością wynikową, której ujawnienie nie doprowadzi do ujawnienia danych technicznych oferowanych autobusów - gdy tymczasem z wyniku tego testu możliwe jest wsteczne wywnioskowanie możliwych parametrów, składających się na ten wynik, zwłaszcza, gdy połączy się ten wynik ze szczegółowymi danymi technicznymi zawartymi w załączniku 4B do oferty;

e. błędne uznanie, że przedstawione indywidualne projekty dotyczące rozmieszczenia urządzeń czy też siedzeń w autobusie w połączeniu z informacją o pojemności przestrzeni pasażerskiej, będące indywidualnymi projektami wykonanymi przez Odwołującego nie mogą mieć charakteru informacji o charakterze gospodarczym, której ujawnienie może wyrządzić szkodę, a co za tym idzie - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, podlegającej zastrzeżeniu niejawności na podstawie art 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - gdy tymczasem z samych jedynie oględzin autobusu już dopuszczonego do eksploatacji nie sposób wywnioskować wszystkich objętych rysunkami informacji, gdyż wymagałoby to dostępu do szczegółowej dokumentacji autobusu, a co za tym idzie - zastrzeżenie niejawności informacji zawartych w załączonych do oferty rysunkach zapobiega kopiowaniu rozwiązań stosowanych przez Odwołującego, służących do spełnienia wymogów stawianych przez Zamawiającego w tym postępowaniu oraz na przykład analogicznych wymogów stawianych w przyszłych postępowaniach tego samego Zamawiającego lub przez innych zamawiających w podobnych postępowaniach dotyczących autobusów o zbliżonych parametrach technicznych;

f. sprzeczne z treścią art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku dokonanie wykładni tego przepisu, poprzez wprowadzenie dodatkowych i nie przewidzianych prawem wspólnotowym przesłanek

powstrzymania się przez instytucję zamawiającą od ujawniania informacji oznaczonych przez oferenta jako poufne;

2. Naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub oświadczeń dotyczących treści złożonych ofert oraz środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, w tym w szczególności do udzielenia dodatkowych informacji i wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiącej część oferty, a zgłoszonej Zamawiającemu pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. - w przypadku, jeśli by chcieć uznać, że treść oświadczenia Odwołującego z dnia 2 czerwca 2021 r. budziła jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego.

3. Naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez utrudnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności poprzez bezpodstawne i nieproporcjonalne w stosunku do wymogów stawianych przez ustawę prawo zamówień publicznych uznanie, że szczegółowe dane techniczne autobusów dotyczące rozmieszczenia urządzeń w autobusach, układu siedzeń, wyniku testu zużycia energii oraz pojemności i technologii wykonania baterii a także mocy układu napędowego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co osłabieniu ulega przewaga konkurencyjna Odwołującego nie tylko w stosunku do kontroferentów w przedmiotowym postępowaniu ale w ogóle na rynku europejskim;

4. Możliwe naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności z dnia 29 września 2022 r. o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, przejawiającej się w uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy dokonanej przez Odwołującego się, w sytuacji, w której zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez pozostałych oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia (1) skonstruowane i uargumentowane było w analogiczny, niemal tożsamy sposób, (2) dotyczyło niemal tożsamy elementów technicznych i technologicznych, które wykonawcy uznawali za tajemnicę przedsiębiorstwa - nie zostało według wiedzy Odwołującego przez Zamawiającego uznane za bezskuteczne, co może świadczyć o naruszeniu zasady równego traktowania.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 września 2022 r., a polegającej na uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego w zaskarżonym zakresie.

Pismem z dnia 20 października 2022 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania i oświadczył, że unieważni czynność polegającą na uznaniu za bezskuteczne

zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego i odtajnienia załączników do oferty Wykonawcy w zaskarżonym zakresie.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Zamawiającego o uznaniu odwołania wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania w trybie art. 522 ust. 1 Ustawy zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3 w związku z przywołanym powyżej artykułem Ustawy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z konsekwencją obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w Postępowaniu przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 października 2022 r. Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy. Wobec stanowiska Zamawiającego Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 1 Ustawy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego przez wykonawcę.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: