

WYROK
z dnia 23 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Andrzej Niwicki

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ITTI Sp. z o.o., Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., Biuro Projektów Inżynierskich, ul. Rubież 46, 61-612 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** protestu z dnia **4 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ITTI Sp. z o.o.,**

**Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., Biuro Projektów Inżynierskich,
ul. Rubież 46, 61-612 Poznań;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: ITTI Sp. z o.o., Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., Biuro Projektów Inżynierskich ul. Rubież 46, 61-612 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ITTI Sp. z o.o., Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., Biuro Projektów Inżynierskich, ul. Rubież 46, 61-612 Poznań.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego nr DN-Z.332-30/09 na opracowanie dokumentacji projektowej dla potrzeb projektu pn. Budowa Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej, znajdującego się na zatwierdzonym Uchwałą nr 960/111/07 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 4.12.2007 r., Indykatywnym Wykazie Indywidualnych Projektów Kluczowych dla RPO dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 zostało wszczęte przez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego, 12-14, 50-411 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 30-044188 z dnia 13.02.2009 r.

W dniu 28.05.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków. Ponadto, poinformował o wykluczeniu Konsorcjum firm: ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46, 61-612 Poznań (pełnomocnik

konsorcjum), Doradztwo Gospodarcze DGA S.A., ul. Towarowej 35, Poznań 61-896, Biuro Projektów Inżynierskich, ul. Nasturcjowej 9, 62-510 Konin zwanej dalej: „Konsorcjum ITTI” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”. Zamawiający wskazał, że firma ITTI Sp. z o. o. wykonując prace związane z realizacją umowy DN-W/1/09 z dnia 05.01.2009 r. o przeprowadzenie identyfikacji i analizy istniejącej oraz planowanej infrastruktury szerokopasmowej dla potrzeb projektu: *„Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej”* oraz szereg czynności określonych w załączonej do umowy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, m. in.:

- 1) analizę obecnego stanu infrastruktury szerokopasmowej w województwie dolnośląskim,
- 2) analizę planów jej rozbudowy przez operatorów, oraz zważywszy na zapisy wymienionego SIWZ, m.in. zawarte w § 4 pkt 6 umowy: *„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich czynności potrzebnych do realizacji Przedmiotu Zamówienia, (.....), w tym między innymi pozyskanie informacji od podmiotów publicznych i prywatnych, a także w wyniku prowadzonych wizji lokalnych i innych prac (...).”*

Ponadto, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie może, ze względu na dobro operatorów telekomunikacyjnych, których wrażliwe dane pojawiły się podczas całości procesu inwentaryzacji, jak i w treści dokumentów inwentaryzacyjnych końcowych, przekazać je wszystkim stronom uczestniczącym w przetargu (zabrania tego także klauzula poufności - § V Porozumienia z Operatorem), możliwe jest jedynie przekazanie niektórych danych, które to dane zostaną przekazane wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego. Wyjaśnił, że dopiero po rozstrzygnięciu przetargu i podpisaniu właściwych klauzul dotyczących poufności możliwe będzie przekazanie pozostałych danych z wykonanej inwentaryzacji Wykonawcy, którego oferta uznana będzie przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Natomiast firma ITTI Sp. z o. o. pozyskała szereg informacji, które stawiają ją w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych uczestników przetargu.

W dniu 04.06.2009 r. (faxem) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp Protestujący złożył protest na decyzję o wykluczeniu, gdyż w przedmiotowym przypadku przesłanka wykluczenia przewidziana w tym przepisie w ogóle nie wystąpiła, w związku z czym wykluczenie jest bezpodstawne. W wyniku naruszenia dokonanego przez Zamawiającego, interes prawny Wykonawcy doznał uszczerbku, a to z uwagi na fakt, że wykluczenie uniemożliwia ubieganie się o to zamówienie i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na powyższe Protestujący wnosił o:

1. uwzględnienie protestu,

2. uchylenie decyzji o wykluczeniu Protestującego z niniejszego postępowania
3. dopuszczenie Protestującego do udziału w dalszym postępowaniu.

Firma ITTI Sp. z o.o. przygotowywała dokument: Identyfikacja i analiza istniejącej oraz planowanej infrastruktury szerokopasmowej potrzeb projektu „Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej, jednakże działania tego nie można w przedmiotowym postępowaniu traktować jako przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Intencją ustawodawcy było zapewnienie wszystkim uczestniczącym w postępowaniu wykonawcom równych szans w dostępie do zamówienia, respektowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zapewnienie równego dostępu do informacji, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Protestujący przywołał wyrok KIO z dnia 29.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 120/07, odnośnie konieczności łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek wynikających ze wskazanego przepisu. Powołał się również na orzeczenie ETS (sygn. C-21/03, C-34/03 z 03.03.2005 r. Fabricom S.A. przeciwko Belgii), gdzie Trybunał stwierdził, że jednostka Zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu, wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykáže, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji.

Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu fakt przygotowania w/w dokumentu nie utrudnienia uczciwej konkurencji, gdyż sporządzenie tego opracowania i informacje powzięte w wyniku jego przygotowania nie mają żadnego wpływu na przygotowanie oferty w postępowaniu, którego dotyczy niniejszy protest. Przedmiotem zamówienia jest bowiem opracowanie dokumentacji projektowej dla potrzeb projektu: „*Budowa Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej*” (konceptje techniczne budowy i eksploatacji, studium wykonalności, program funkcjonalno-użytkowy, raport oddziaływania na środowisko i projekt wniosku o dofinansowanie), gdzie kalkulując cenę usługi bierze się pod uwagę zakres prac niezbędnych do opracowania tych dokumentów, a nie informacje stanowiące ich merytoryczny wkład.

Sporządzenie oferty w żadnej mierze nie jest więc uzależnione od informacji zawartych w dokumencie pn. Identyfikacja i analiza istniejącej oraz planowanej infrastruktury szerokopasmowej dla potrzeb projektu: „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej*”, te informacje istotne będą ewentualnie w dalszym toku działania Zamawiającego, kiedy np. będzie zlecane w odrębnym postępowaniu wykonanie robót budowlanych związanych z budową sieci szkieletowej.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 17.06.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zasadniczo wykonywanie bezpośrednio czynności przygotowujących

postępowanie stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Z opinii prawnych zamieszczonych na stronach internetowych UZP wynika, w ocenie Zamawiającego, że powinny być spełnione trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, są to: wykonywanie przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż wykonawcy, a jej wykorzystaniem przez Zamawiającego, utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

ITTI Sp. z o.o. była Wykonawcą umowy nr DN-W/1/09 z dnia 5.01.2009 r. dotyczącej przeprowadzenia identyfikacji i analizy planów rozbudowy infrastruktury szerokopasmowej w woj. dolnośląskim. W § 1 ust. 1 umowy wskazano, iż ww. przedmiot umowy realizowany jest dla potrzeb projektu: *„Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”* znajdującego się na Indykatorywnym Wykazie Indywidualnych Projektów Kluczowych dla Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013.

W związku z wykonaniem w/w przedmiotu umowy wykonano identyfikację i analizę stanu infrastruktury szerokopasmowej oraz planów jej rozbudowy w województwie dolnośląskim wraz z analizą pozyskanych danych w celu identyfikacji terenów zagrożonych wykluczeniem informacyjnym oraz barier w rozwoju usług szerokopasmowych (§ 2 ust. 2 umowy).

Przedmiotem niniejszego zamówienia natomiast jest sporządzenie kompleksowej dokumentacji inwestycyjnej dla: *„Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej”*, która stanowi główny element projektu: *„Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”*. Dokumentacja ma obejmować trzy warianty Koncepcji technicznej budowy i eksploatacji DSS, studium wykonalności DSS dla wybranego wariantu, program funkcjonalno-użytkowy dla wybranego wariantu, raport oddziaływania na środowisko z decyzją środowiskową i projekt wniosku o dofinansowanie w ramach RPO. Dokumentacja przygotowana przez ITTI Sp. z o.o. na mocy umowy nr DN-W/1/09 ma stanowić bazę opracowań sporządzanych w niniejszym postępowaniu.

Powyższe wskazuje bezspornie, w ocenie Zamawiającego, iż przedmiot umowy wykonywany bezpośrednio przez ITTI Sp. z o.o. stanowił czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jak też, że rezultat tych prac będzie bezpośrednio przez Zamawiającego wykorzystywany w niniejszym postępowaniu. Okolicznościom tym Protestujący nie zaprzeczył w złożonym proteście.

Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, Zamawiający zobowiązany jest również do przeanalizowania czy udział wykonawcy w postępowaniu utrudni uczciwą konkurencję,

bowiem sam fakt uczestnictwa w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu (wyrok z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 353/08). W ocenie Zamawiającego spełniona została także ostatnia przesłanka w postaci utrudnienia zasad uczciwej konkurencji poprzez udział Protestującego w postępowaniu.

Na potrzeby wykonania przedmiotu umowy nr DN-W/1/09 ITTI Sp. z o.o., w oparciu o porozumienia zawarte przez Zamawiającego z prywatnymi przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi, pozyskała poufne dane, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ramach realizacji uprawnień Zamawiającego z gwarancji ITTI Sp. z o.o. nadal otrzymuje informacje od Zamawiającego i dokonuje dalszych czynności związanych z przedmiotem umowy.

W ocenie Zamawiającego dopuszczenie oferty konsorcjum firm, w którego składzie występuje ITTI Sp. z o.o. utrudni uczciwą konkurencję. Protestujący dysponuje od dłuższego czasu danymi, które będą podstawą do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Pozostali oferenci przy ogłoszeniu SIWZ otrzymają jedynie niezbędną część przygotowanej dokumentacji. Pozostała część przygotowanej przez ITTI Sp. z o.o. dokumentacji zostanie przekazana jedynie wybranemu w przetargu Wykonawcy po podpisaniu odpowiednich oświadczeń o zachowaniu poufności, ze względu na wyżej wskazane przekazane poufne dane. Ponadto istnieje możliwość, iż Zamawiający nie uzyska od przedsiębiorców telekomunikacyjnych zgody na przekazanie wszystkich uzyskanych w trakcie realizacji umowy nr DN-W/1/09 poufnych informacji. Zgodnie bowiem z porozumieniami, które są ITTI Sp. z o.o. znane, przekazanie danych od tych przedsiębiorstw jest możliwe tylko za ich zgodą. Argumentem przemawiającym za utrudnieniem uczciwej konkurencji w sytuacji dopuszczenia Protestującego do dalszego postępowania jest także okoliczność, iż na bieżąco otrzymuje dalsze dane, które będą uzupełniać wykonaną analizę w ramach obowiązującej gwarancji. Analiza tych informacji będzie realizowana równolegle z prowadzeniem niniejszego postępowania. Dane te będą mogły zostać przekazane w całości dopiero wyłonionemu w przetargu Wykonawcy. Pozostali oferenci w chwili składania ofert nie będą zatem mieli i nie mogą mieć z uwagi na wiążące Zamawiającego porozumienia, dostępu do danych, które mogłyby w sposób istotny wpłynąć na treść ich oferty. ITTI Sp. z o.o. taką wiedzę już posiada.

Protestujący oparł się na wyrokach i stwierdzeniach prawnych dotyczących stricte „wyceny i kosztów przygotowania Oferty”. Wskazać jednak należy, że ITTI Sp. z o.o. w związku z w/w umową wykonała i przygotowała już pewne analizy i badania rynku, których już nie będą musieli robić, a każda inna firma będzie zmuszona je zrobić, co niewątpliwie będzie musiało mieć odzwierciedlenie w proponowanej cenie (poświęcony czas, poniesione

koszty). Ponadto pewne działania Zamawiającego (spotkania z jednostkami samorządu terytorialnego, pisma, podpisywane porozumienia, telefony, rozmowy z Sekretarzami, czy innymi przedstawicielami władz lokalnych JST) dalece ułatwiły wykluczonemu dostęp do tych informacji, które normalnie (bez odpowiedniego uwiarygodnienia) nie byłyby dla niego dostępne, takich jak przeprowadzenie elektronicznej ankiety z 169 gminami (dla ponad 2700 miejscowości) i 72 operatorami w której wiele pytań dotyczyło informacji niejawnych, upublicznionych tylko na podstawie odpowiednich pism i rozmów prowadzonych przez UMWD np: dokładny opis stanu obecnej infrastruktury telekomunikacyjnej, czy jest realizowany lub planowana inwestycja liniowa, czy planowana jest inwestycja z zakresu infrastruktury telekomunikacyjnej, docelowa wartość inwestycji, nazwy firm realizujące inwestycje, inne „dane wrażliwe” i inne. Dodatkowo dzięki podpisanym porozumieniom z przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi wraz z klauzulami tajności umożliwiły dostęp do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstw. Umożliwiły firmie ITTI Sp. z o.o. dostęp do wszystkich adresów węzłów, lokalizacji całości infrastruktury, czy przepływności. Tego typu dane w sposób jawny absolutnie nie są dostępne.

Ponieważ pierwszym i niezbędnym krokiem, jaki musi wykonać każda firma ze startujących w przetargu, w ocenie Zamawiającego, aby przedstawić wymagane przez SIWZ warianty budowy sieci strukturalnej jest pozyskanie, analiza informacji, jest oczywistym, że koszty i czas pozyskania tych informacji będzie dodany do wyceny oferty. Natomiast firma ITTI Sp. z o.o. wycenę oferty może pomniejszyć o te wartości, co w sposób bezpośredni narusza zasadę uczciwej konkurencji. Mając na względzie powyższe, zdaniem Zamawiającego, ITTI Sp. z o.o. pozyskała i pozyskuje nadal w okresie gwarancyjnym szereg informacji, które stawiają ją w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych uczestników przetargu.

W dniu 27.06.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzut i wnioski z protestu.

Zgodnie z zapisami umowy nr DN-W/1/09 przedmiotem której było przeprowadzenie identyfikacji i analizy planów rozbudowy infrastruktury szerokopasmowej w woj. dolnośląskim, na potrzeby projektu: *„Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej”* - majątkowe prawa autorskie do wszelkich wyników prac powstałych w związku z wykonaniem ww. umowy przeszły na Zamawiającego. Przeniesiona na Zamawiającego została także własność dokumentacji, w szczególności map. Przeniesienie autorskich praw majątkowych, zgodnie z zapisami § 13 ust.3 lit. d i lit. f ww. umowy dało Zamawiającemu uprawnienie m.in. do korzystania w całości lub w części z tych opracowań, łączenia ich z innymi dziełami, tworzenie opracowania poprzez dodawanie

różnych elementów, uaktualniania, modyfikacji tych dzieł oraz udostępniania opracowanej w ramach umowy dokumentacji odpłatnie lub nieodpłatnie.

Jak przyznaje sam Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu, wszyscy oferenci otrzymają od Zamawiającego informacje niezbędne do sporządzenia oferty. Jest to oczywiste, nie sposób bowiem wyobrazić sobie postępowania, w którym Zamawiający oczekiwali od wykonawców przedstawienia ofert w sytuacji, gdy nie dysponują oni informacjami niezbędnymi do ich sporządzenia. Należy zatem uznać, że wszelkie informacje uzyskane w związku z realizacją umowy nr DN-W/1/09, które posiada Zamawiający oraz ITTI Sp. z o.o., a które nie zostaną przedstawione przez Zamawiającego pozostałym oferentom na etapie publikacji SIWZ będą zbędne z punktu widzenia sporządzenia oferty. Nie ma więc podstaw by twierdzić, że posiadanie przez ITTI Sp. z o.o. informacji, które są zbędne, stawia tę firmę w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych uczestników postępowania, dysponujących wszelkimi niezbędnymi informacjami.

Ciężar ustalenia, które spośród informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy nr DN-W/1/09 powinny być ujawnione wszystkim uczestnikom postępowania, bowiem są niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przy zachowaniu warunków równej i uczciwej konkurencji, spoczywa na Zamawiającym. On bowiem jest odpowiedzialny za należyte przeprowadzenie postępowania. Jeżeli, zdaniem Zamawiającego, określone informacje są niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty, a są jednocześnie objęte ochroną tajemnicy przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, to Zamawiający powinien rozwiązać ten problem przed opublikowaniem SIWZ np. w drodze negocjacji z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Z pewnością Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, w której dysponuje on informacjami niezbędnymi do sporządzenia oferty, ale nie przekazuje tych informacji wszystkim oferentom.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, gdzie pierwszym etapem postępowania jest weryfikacja spełnienia przez uczestników postawionych im warunków udziału w postępowaniu. Obecnie, poza treścią ogłoszenia o zamówieniu, żadnemu uczestnikowi postępowania nie jest znana treść SIWZ, która szczegółowo określi przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji. Kwestia, czy udział danego wykonawcy w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji może być rozważana dopiero wówczas, gdy znany jest szczegółowy przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji. W szczególności w przedmiotowym postępowaniu kwestia ta może być ewentualnie podniesiona (i rozstrzygnięta) dopiero wówczas, gdy znany będzie zakres informacji przekazywanych wszystkim uczestnikom postępowania przez Zamawiającego.

Odwołujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 01.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 986/08.

Ponadto, w świetle wyjaśnień Zamawiającego, jak wskazał Odwołujący, stwierdzić należy, że nie dojdzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, ani nie zostaną naruszone klauzule poufności, jeśli Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (SIWZ) poinformuje wykonawców o fakcie przeprowadzenia identyfikacji i analizy planów rozbudowy infrastruktury szerokopasmowej w woj. dolnośląskim na potrzeby projektu: „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej*” i wskaże zakres tematyczny sporządzonej na tej podstawie dokumentacji.

Pozwoli to wykonawcom uczestniczącym w niniejszym postępowaniu wyobrazić sobie przedmiot niniejszego zamówienia, czynności jakie zostały już wykonane w celu jego realizacji (opracowany wcześniej materiał na podstawie przeprowadzonej identyfikacji i analizy) oraz działania jakie jeszcze będzie trzeba podjąć, by przedmiot zamówienia prawidłowo wykonać. To pozwoli wszystkim na równych prawach przygotować ofertę i wycenić proponowaną usługę. Zakres tematyczny opracowań sporządzonych przez ITTI Sp. z o.o. jest potencjalnie znany wszystkim zainteresowanym, gdyż określony został w umowie zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, a ta zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp i stosownie do przepisów o dostępie do informacji publicznej, jest jawna.

Stanowisko Zamawiającego, że Konsorcjum może zrealizować zamówienie mniejszym nakładem pracy, niż każdy inny wykonawca, jest zupełnie niezrozumiałe. Faktem jest, że ITTI Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy DN-W/1/09 wykonało różnego rodzaju opracowania. Jednakże opracowania te stanowią własność Zamawiającego, który może je udostępnić dowolnemu wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

Reasumując o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji decydować będzie wyłącznie staranność i rzetelność Zamawiającego w dalszym prowadzeniu postępowania, a w szczególności w sformułowaniu SIWZ. Jeśli w SIWZ Zamawiający poinformuje wykonawców, o tym jakie analizy i opracowania zostały już sporządzone i określi ich zakres tematyczny np. przedstawiając szczegółowy spis treści bądź opisując szczegółowo co zawierają opracowane przez ITTI Sp. z o.o. analizy i opracowania - to zapewni równy dostęp do informacji i danych wszystkim wykonawcom na etapie przygotowania oferty. Tym samym nie jest prawdziwa teza Zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu oddalenia protestu, że pozyskane dane i przeprowadzona przez ITTI sp. z o.o. ich analiza, spowoduje, iż wycena oferty Odwołującego będzie niższa. Nie dojdzie także do naruszenia klauzul poufności, gdyż opracowanie sporządzone na podstawie ww. umowy udostępnione będzie wykonawcy wybranemu do realizacji przedmiotu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie.

Dowolny Wykonawca, który zostanie wyłoniony w ramach toczącego się postępowania, będzie mógł do realizacji zamówienia wykorzystać wszystkie dane i materiały otrzymane lub sporządzone przez ITTI Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy nr DN-W/1/09, gdyż są one własnością Zamawiającego, a nie ITTI Sp. z o.o. Nie jest zatem prawdą, że

Konsorcjum z udziałem ITTI Sp. z o.o. pozostaje w przedmiotowym postępowaniu w uprzywilejowanej pozycji względem jego pozostałych uczestników.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w dniu 26.06.2009 r.(faxem).

Na etapie protestu miało miejsce przystąpienie jednego z uczestników postępowania przetargowego, jednakże nie zostało ono ponowione na etapie odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ogłoszeniem o zamówieniu, dowodami przedłożonymi na rozprawie (kopią pisma z dnia 26.01.2009 r. skierowanego do wszystkich operatorów telekomunikacyjnych przez Spółkę ITTI - złożoną przez Odwołującego, kopią notatki służbowej Zamawiającego z 11.02.2009 r. wraz z załączonymi wydrukami z odpowiedzi e-mailowych otrzymanych w ramach rozeznania rynku, kopiami porozumień i umowy z operatorami: Energia PRO SA, Multimedia Polska SA, Telekomunikacją Kolejowa Sp. z o.o. - TK Telekom, ATM SA, TP SA, Telefonią Dialog SA oraz CROWLEY DATA Poland Sp. z o.o., jak również kopią raportu z postępu prac przesłanego przez Spółkę „ITTI” - członka konsorcjum Odwołującego, jak również kopią e-maila z TP SA z prośbą o przyjęcie materiałów z zachowaniem procedur odnośnie informacji niejawnych, a także kopią pisma z dnia 20.07.2009 r. skierowanego przez Zamawiającego do Spółki ITTI - złożonymi przez Zamawiającego), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który we wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu za wyjątkiem warunku, który był podstawą jego wykluczenia, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, zostanie zaproszony do złożenia oferty i będzie miał szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionego w proteście, jak i w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, mimo że przesłanka wykluczenia przewidziana w tym przepisie w ogóle nie wystąpiła, Izba uznała za zasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień ogłoszenia o zamówieniu, skład orzekający Izby ustalił:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zgodnie z Sekcją II: Przedmiot zamówienia, pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, opracowanie przez Wykonawcę 5 części dokumentacji inwestycyjnej dla Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej (DSS) znajdującej się na zatwierdzonym, Uchwałą Nr 1688/III/08 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 30.06.2008 r., Indykatywnym Wykazie Indywidualnych Projektów Kluczowych Dolnośląskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 - 2013 obejmującej: 1 - koncepcje techniczne budowy i eksploatacji sieci szerokopasmowej na terenie woj. dolnośląskiego w co najmniej trzech wariantach obejmujących różną topologię sieci oraz rozwiązania techniczne, 2 - studium wykonalności inwestycji według wybranego i zaakceptowanego przez Zamawiającego wariantu realizacji inwestycji spośród przedstawionych w koncepcjach, 3 - program funkcjonalno-użytkowy inwestycji, 4 - raport oddziaływania na środowisko wraz z decyzją środowiskową, jeśli wybrana koncepcja będzie wymagać takiego dokumentu albo uzyskanie dokumentu, tj. decyzji administracyjnej, potwierdzającego brak konieczności sporządzenia raportu oddziaływania na środowisko wraz z decyzją środowiskową i 5 - przygotowanie projektu wniosku o dofinansowanie inwestycji w ramach Dolnośląskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013 wraz kompletem niezbędnych załączników).

ITTI Sp. z o.o. członek konsorcjum Odwołującego był Wykonawcą umowy nr DN-W/1/09 z dnia 05.01.2009 r. przedmiotem której było przeprowadzenie identyfikacji i analizy planów rozbudowy infrastruktury szerokopasmowej w woj. dolnośląskim na potrzeby projektu „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej*” znajdującego się na Indykatywnym Wykazie Indywidualnych Projektów Kluczowych Dolnośląskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 - 2013. W jej ramach wykonano identyfikację i analizę stanu infrastruktury szerokopasmowej oraz planów jej rozbudowy w województwie dolnośląskim wraz z analizą pozyskanych danych w celu identyfikacji terenów zagrożonych wykluczeniem informacyjnym oraz barier w rozwoju usług szerokopasmowych (zgodnie z treścią rozstrzygnięcia protestu – str. 3). W ocenie Zamawiającego, przygotowana przez ITTI Sp. z o.o. na mocy umowy nr DN-W/1/09 z dnia 05.01.2009 r. dokumentacja ma stanowić bazę opracowań sporządzonych na mocy umowy

zawartej w wyniku niniejszego postępowania, gdyż sporządzenie kompleksowej dokumentacji inwestycyjnej dla Dolnośląskiej Sieci Szkieletowej stanowi główny element projektu: „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej*”.

Odnosząc zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz stanowisko Zamawiającego do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Przy interpretacji niniejszego przepisu wymaga się ustalenia, czy zachodzą trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego one dotyczą oraz jednej negatywnej niweczącej podstawę wykluczenia.

W ocenie Izby, nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym łączne wystąpienie wszystkich trzech przesłanek wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Po pierwsze, wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący nie uczestniczył w przygotowaniu postępowania, po drugie nie zachodzi przesłanka bezpośredniego uczestnictwa w przygotowaniu postępowania, po trzecie nie zachodzi także bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, a jego wykorzystaniem przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, udział Odwołującego nie utrudni uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący nie sformułował nowych zarzutów, a jedynie poszerzył argumentację w stosunku do tej, którą przedstawił w proteście i odwołaniu. Wskazać należy, że także Zamawiający przedstawił na rozprawie argumenty, które nie były zawarte w rozstrzygnięciu protestu. Wobec powyższego, w ocenie Izby, art. 191 ust. 3 Pzp nie ma zastosowania.

W ocenie Izby, faktem bezspornym jest, że ITTI Sp. z o. o. wchodząca w skład Odwołującego się Konsorcjum nie uczestniczyła bezpośrednio w przygotowaniu postępowania, tj. nie uczestniczyła w czynnościach wymienionych w Rozdziale II Przygotowanie postępowania, art. 29-38 Pzp). Należy także wskazać, że nie zachodzi także trzecia z przesłanek. Powyższe stanowisko Izby wynika z faktu, że notatka służbowa Zamawiającego z 11.02.2009 r. wraz z załączonymi wydrukami z odpowiedzi e-mailowych otrzymanych w ramach rozeznania rynku nie potwierdza bezpośredniego uczestnictwa

Odwołującego w szacowaniu wartości zamówienia, ponieważ to Zamawiający decyduje, czy i w jakim zakresie uwzględnić w toku szacowania wartości zamówienia odpowiedzi udzielone przez wybranych przez samego Zamawiającego wykonawców. Ponadto, Zamawiający nie przekazał jeszcze uczestnikom przedmiotowego postępowania zaproszenia do składania ofert, nie znana jest wobec powyższego, ani SIWZ, ani też opis przedmiotu zamówienia, w rezultacie kwestia weryfikacji uczestnictwa Odwołującego w przygotowaniu postępowania (tak bezpośredniego, czy też pośredniego), w tym zakresie, jest co najmniej przedwczesna.

W konsekwencji nie zachodzi także bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, a jego wykorzystaniem przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest bowiem wiadomo, co *de facto* Zamawiający ostatecznie wykorzysta w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Na rozprawie Zamawiający przedstawił jedynie deklaracje.

Oдноśnie zaistnienia przesłanki negatywnej, decydującej o zasadności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, w ocenie Izby, także ona znajduje się w gestii Zamawiającego.

Każdorazowo jej ustalenie wymaga analizy danego stanu faktycznego. Przy czym, jak zostało już potwierdzone przez orzecznictwo Izby (np. wyrok z dnia 29.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 353/08) sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia. Istotna jest bowiem wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania, czy daje ona przewagę Wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Zaś dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji pozyskanych przez Wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty (podobnie wyrok KIO z dnia 31.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 6/08, czy też wyrok KIO z 01.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 986/08).

W ocenie Izby, dodatkową okolicznością, którą należy brać pod uwagę jest to, czy ewentualne uprzywilejowanie Wykonawcy w postępowaniu, Zamawiający może, poprzez swoje działanie, zrównoważyć, przykładowo poprzez udostępnienie całości przygotowanych materiałów, mających stanowić bazę opracowań sporządzanych w niniejszym postępowaniu, czy też materiałów wyjściowych będących podstawą opracowania materiałów wcześniejszych.

W przedmiotowym stanie faktycznym to *de facto* działania Zamawiającego mogłyby stawiać Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu. Nie ma bowiem przeszkód, w ocenie Izby, aby zniwelować fakt, że spółka wchodząca

w skład Odwołującego się Konsorcjum wykonywała czynności związane z przygotowaniem dokumentacji projektowej, inwentaryzacji i analizy stanu zastanego oraz planów rozbudowy infrastruktury szerokopasmowej. Żaden Wykonawca nie może być „karany” przez Zamawiającego za to, że realizował wcześniejsze zamówienie, którego rezultaty zostaną wykorzystane w następnych postępowaniach, gdy istnieją realne możliwości zrównoważenia ewentualnego uprzywilejowania.

W ocenie Izby, kwestia tzw. informacji poufnych także nie stanowi przeszkody. Należy wskazać, że Zamawiający na rozprawie stwierdził, że: *„(..) podział Odwołującego na informacje zbędne i niezbędne jest niezasadny, przekazać on wykonawcom informacje te, które są konieczne do przygotowania oferty, informacje do zrealizowania umowy uzyska wykonawca wybrany”*. Wynika z tego, że informacje poufne w ocenie nie tylko Odwołującego, ale także Zamawiającego nie są potrzebne do sporządzenia oferty, ale będą niezbędne dopiero na etapie realizacji umowy. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że to sam Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, określił ramy przyszłej oferty. Przy czym na rozprawie Zamawiający sam stwierdził, że: *„Wykonawca wybrany będzie musiał uwzględnić (...) plany (inwestycyjne, które Zamawiający uważa za poufne – dopisek autora) w realizacji umowy”*. Wynika z tego, że uczestnicy postępowania będą musieli zgodzić się na ujęcie podczas realizacji umowy informacji, których nie posiadali przy konstruowaniu oferty.

Na podstawie złożonych przez Zamawiającego kopii porozumień i umowy z operatorami telekomunikacyjnymi Izba oceniła, że stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie należy uznać za wiarygodne. Zapisy porozumień i umowy przewidują możliwość udostępnienia informacji poufnych *„w celach przewidzianych porozumieniem”*. Bezspornie realizacja sieci szkieletowej dla potrzeb projektu wskazanego przez Zamawiającego stanowi taki właśnie cel. Z tych względów Izba nie brała pod uwagę kopii e-maila z TP SA przedłożonego na rozprawie przez Zamawiającego.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający potwierdził na rozprawie stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu o możliwości udostępnienia zakresu tematycznego sporządzonej dokumentacji, wskazując, że: *„(..) planowane jest tylko przekazanie części informacji inwentaryzacyjnej tj. mapy z lokalizacjami oraz spisu treści co znajduje się w przygotowanej przez Spółkę ITTI inwentaryzacji (...)”*. Ponadto, Izba uznała, że analizy przygotowane przez uczestnika członka Odwołującego się Konsorcjum bezspornie mieszczą się w zakresie regulacji art. 6 ust.1 pkt 1 lit c ustawy z dnia 06.09. 2001 r. o dostępie do informacji publicznych (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz.1198 z późn. zm.). Nie ma też przeszkód, aby udostępnić plany inwestycyjne z zastrzeżeniem nie wskazania konkretnego operatora telekomunikacyjnego.

Względem ciążących na członku Odwołującego się Konsorcjum zobowiązaniach gwarancyjnych, Izba stwierdza, że Zamawiający winien powstrzymać wszelkie działania

w tym zakresie do chwili wyboru Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, przy czym należy wskazać, że sam stwierdził na rozprawie, że: „(...) aktualizacja, którą aktualnie przygotowuje Spółka ITTI, nie zostanie dostarczona najprawdopodobniej do dnia wyborów oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu”. Z tych względów kopię pisma z dnia 20.07.2009 r. skierowanego przez Zamawiającego do Spółki ITTI, jak również kopię raportu z postępu prac przesłanego przez Spółkę „ITTI”, Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozpoznania niniejszego odwołania. Izba wyjaśnia, że nikt nie kwestionował realizacji przez Spółkę „ITTI” określonych analiz i opracowań.

Dodatkowo za zasadnością stanowiska Odwołującego i uznania zarzutu przemawia przekazanie Zamawiającemu praw majątkowych do sporządzonych przez członka Odwołującego się Konsorcjum analiz i opracowań na mocy umowy z dnia 05.01.2009 r., możliwość uzyskania zgody operatorów telekomunikacyjnych na udostępnienie danych poufnych w zakresie wynikającym z zaistniałych okoliczności i przy powołaniu się na istniejące zapisy porozumień i umowy, jak również możliwość ewentualnego przesunięcia terminu składania ofert, przy uwzględnieniu 6 miesięcznego terminu na realizację umowy.

Ponadto, Izba wskazuje, że ciążące na Zamawiającym zobowiązania były mu znane w momencie wszczęcia postępowania. Wobec powyższego powinien tak przygotować to postępowanie, aby usunąć wszelkie ewentualne niejasności odnośnie informacji poufnych z operatorami telekomunikacyjnymi, czego jak wynika tak z rozstrzygnięcia protestu, jak i rozprawy nie uczynił. Zamawiający nie może przerzucać konsekwencji określonych zaniechań w swoim działaniu na innych uczestników postępowania, w tym na Odwołującego.

Reasumując, w ocenie Izby, w dyspozycji Zamawiającego pozostają wszelkie atrybuty usunięcia ewentualnego uprzywilejowania Odwołującego. Także w jego gestii pozostaje, co i w jakim zakresie będzie miało wpływ na kalkulację wyceny oferty.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....