

WYROK

z dnia 17 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2012 r. przez wykonawcę

GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa na rzecz Karpackiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 223-362466, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 sierpnia 2012 r. zamawiający wprowadził kolejną modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Od czynności tej odwołujący – GTS Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z prawomocnym wyrokiem KIO z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2549/11, która w konsekwencji prowadzi do ich niewłaściwego zastosowania oraz naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co powoduje, iż preferowany jest jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę dla zamawiającego).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nakazanie dokonania zmiany sposobu obliczenia ceny ofertowej w ten sposób, iż będzie to jedynie suma C1 i C1, a możliwe zwiększenie przepustowości (prawo opcji) nie będzie brane pod uwagę przy ocenie ofert.

Odwołujący wskazał, że 29 listopada 2011 r. wniósł odwołanie na czynności zamawiającego polegające na niezgodnym z przepisami ustawy sformułowaniu ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. poprzez postawienie kryteriów oceny ofert, które preferują konkretnego wykonawcę. W jego wyniku Krajowa Izba

Odwoławcza wydała wyrok z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2549/11, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia m. in. poprzez zmianę punktów za kryterium „łącze podstawowe transmisji dla siedziby KSG Zakład Główny w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych”.

Następnie zamawiający w modyfikacji z 4 stycznia 2012 r. zmienił kryteria oceny ofert w następujący sposób: „1) Cena – maksymalnie 69,45 pkt, 2) Termin uruchomienia usługi – maksymalnie 6 pkt, Uwaga: Maksymalny termin uruchomienia usługi od dnia podpisania umowy – 155 dni, 3) Czas dokonania zmian parametrów łącz określony w rozdziale II ust. 2 pkt 15) – maksymalnie 5 pkt, Uwaga: Maksymalny czas dokonania zmian parametrów łącz – 75 dni, 4) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych – maksymalnie 8 pkt, 5) Typy łącz podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji – maksymalnie 11,55 pkt”. Zatem zamawiający, oprócz zmiany nakazanej przez KIO, dokonał dodatkowej zmiany kryteriów oceny ofert, która wypaczała sens zapadłego orzeczenia KIO i naruszała zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający wprowadził bowiem dwa nowe kryteria oceny ofert tj. termin uruchomienia usługi oraz czas dokonania zmian parametrów. Odwołujący wniósł odwołanie na tę czynność, a Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok z dnia 25 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 91/12, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmianę ogłoszenia i modyfikację specyfikacji poprzez wykreślenie kryteriów oceny ofert: termin uruchomienia usługi i czas dokonania zmian parametrów łącz z sekcji IV.3. pkt 2 i 3 ogłoszenia i rozdziału XIII pkt 1 ppkt 2 i 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyrok ten został przez zamawiającego zaskarżony, a sąd oddalił skargę zamawiającego.

27 sierpnia 2012 r. zamawiający dokonał kolejnej zmiany specyfikacji: w sekcji XII ust. 1 pkt 5 określił sposób obliczenia ceny zgodnie z którym: „cena ofertowa jest wyliczona według poniższego wzoru: $Cena\ ofertowa = CI + 48 \cdot (0,5 \cdot C1 + 0,3 \cdot C2 + 0,2 \cdot C3)$, gdzie:

CI – suma opłat instalacyjnych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1, C1 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łącz wyszczególnionych w tabeli nr 1, C2 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łącz 2 razy większą niż wyszczególnione w tabeli nr 1, C3 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łącz 3 razy większą niż wyszczególnione w tabeli nr 1.”

Jednakże jedynie zakres mieszczący się w CI oraz C1 stanowi zakres zamówienia podstawowego, który na pewno zostanie zrealizowany. Pozostały zakres (C2 i C3) stanowi prawo opcji i zamawiający nie ma obowiązku udzielenia wykonawcy zamówienia w tym zakresie, wykonawcom zaś nie będzie przysługiwało w związku z tym jakiegokolwiek

roszczenie. Wprowadzając powyższy wzór na obliczenie ceny ofertowej zamawiający wprowadził do kryterium oceny ofert prawo opcji, co w kontekście nieprzewidywalności zaistnienia prawa opcji stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią wyroku KIO 2549/11 wykonawca z zasady nie jest zobowiązany na moment rozpoczęcia świadczenia usługi zestawiać sieci z uwzględnieniem możliwych parametrów docelowych, które może zostaną przez zamawiającego zapotrzebowane na pewnym etapie realizacji umowy, wpływa to bowiem znacząco na koszty oferty, a infrastruktura, z góry z założeniem technicznym jej znacznego rozwoju na rzecz zamawiającego, nie byłaby w pełni wykorzystana.

Skoro zatem KIO potwierdziła, iż takiego obowiązku nie ma, zamawiający nie może przyznawać punktów w ramach kryteriów związanych z ceną za świadczenie usług, które może nie nastąpić. Bowiem już na obecnym etapie wykonawcy musieliby poczynić założenia, że nastąpi taka zmiana i będzie to zmiana maksymalna. Kryterium to zatem preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi dla zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Jego zdaniem przedmiotowa modyfikacja treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie narusza prawa ani orzeczeń KIO zapadłych wobec czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu.

Art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi podstawę dokonywania czynności przez KIO, a nie przez zamawiających i tym samym zamawiający nie mógł go naruszyć. Żaden z poprzednich wyroków nie odnosił się do czynności, których dotyczy niniejsze odwołanie i KIO nie odnosiła się tym samym do ich zgodności z prawem, a więc naruszenie polegające na niewykonaniu wyroku Izby nie może mieć miejsca. Z wyroków też nie można wyprowadzać wniosku, że KIO stoi na stanowisku, iż zamawiający nie może przyznawać dodatkowych punktów w ramach kryterium odnoszącego się do zwiększania przepustowości łączny.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych także jest niezasadny. Zgodnie z tym przepisem kryterium może być cena lub inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że kryterium, którego dotyczy odwołanie, jest cena, która odnosi się do przedmiotu zamówienia. Części składowe kryterium cenowego odnoszą się precyzyjnie do poszczególnych części składowych przedmiotu zamówienia. Zwiększenie przepustowości łączny jest świadczeniem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia – pkt 11.2.16 lit. a oraz b, w każdym przypadku podpunkt i). Nietrafne jest też twierdzenie, że pozycje C2 oraz C3 składające się na kryterium ceny (zgodnie z punktem XII.1.5 specyfikacji) są wyceną opcji i w związku z tym nie mogą stanowić kryterium oceny ofert. Zamawiający nigdzie nie wskazał, iż czynność ta jest opcją. Poza tym odniesienie

kryterium ceny do wyceny opcji nie narusza przepisów ustawy, prawo opcji nie stanowi bowiem odrębnego zamówienia, lecz jest jego częścią składową. Kryterium ceny służące wyborowi oferty tańszej (najkorzystniejszej w tym zakresie), gdyby było zakazane w stosunku do jakiegokolwiek części świadczenia, powodowałoby, iż w tym zakresie zamawiający byłby pozbawiony możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający ma obowiązek tak kształtować zapisy specyfikacji, a w szczególności kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, aby mógł przewidywać i kontrolować koszty realizacji zamówienia w ciągu całego okresu wykonywania usługi (4 lata). Kryterium to nie preferuje któregoś z wykonawców. Obowiązek zwiększenia przepustowości łącza dotyczy wszystkich wykonawców w identyczny sposób, a zamawiający dąży do uzyskania oferty najtańszej w każdym aspekcie, gdyż taka jest istota stosowania kryterium ceny. Zamawiający dąży jedynie do nabycia tańszej oferty w każdym jej aspekcie, dając każdemu wykonawcy niczym nieograniczone prawo kształtowania ceny oferowanych świadczeń.

Zamawiający oświadczył, że pewne jest, iż konieczność zwiększenia przepustowości łącza dostępowych w lokalizacjach zamawiającego podczas trwania umowy wystąpi. Jej jednoznaczne umiejscowienie w czasie oraz przesądzenie o skali zwiększenia jest niemożliwe ze względu na zmieniające się regulacje na unijnym i polskim rynku gazowniczym, na którym zamawiający działa jako operator systemu dystrybucyjnego, nowe obowiązki nakładane na zamawiającego, pojawiające się nowe podmioty oraz przekształcenia organizacyjne podmiotów już istniejących (podał szereg regulacji wprowadzanych i planowanych). Zamawiający nie może prawidłowo rozwijać i planować rozwoju swoich systemów informatycznych bez sprawnie działającej sieci WAN oraz bez znajomości przyszłych kosztów usługi tej sieci przy zwiększonej przepustowości łącza. Koszty te wprost wpływają na opłacalność wdrożenia i eksploatacji różnych funkcjonalności w opisanych systemach, jak i nowych systemów.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stan faktyczny (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny pomiędzy stronami.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (po modyfikacji z 27 sierpnia 2012 r.) zamawiający ustalił następujący sposób obliczenia ceny ofertowej: cena ma być podana dla każdej lokalizacji osobno zgodnie z wykazem podanym w tabeli w postaci cen netto. Dla każdej lokalizacji cena ma być podana w czterech wartościach: 1) cena instalacji netto – suma wszystkich opłat związanych z wykonaniem przyłączenia do sieci i uruchomieniem usługi w tej lokalizacji, 2) wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości określonych w tabeli nr 1 – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji, 3) wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości łączy 2 razy większych niż określone w tabeli nr 1 – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji, 4) wysokość miesięcznego abonamentu netto dla przepustowości łączy 3 razy większych niż określonych w tabeli nr 1 – suma wszystkich opłat związanych ze świadczeniem usługi w każdej lokalizacji.

Cena ofertowa ma zostać wyliczona według wzoru: $\text{cena ofertowa} = CI + 48 \cdot (0,5 \cdot C1 + 0,3 \cdot C2 + 0,2 \cdot C3)$, gdzie: CI – suma opłat instalacyjnych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1, C1 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli nr 1, C2 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 2 razy większą niż wyszczególnione w tabeli nr 1, C3 – suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 3 razy większą niż wyszczególnione w tabeli nr 1. (48 to liczba miesięcy – okres trwania usługi)

Zamawiający nie dopuścił wykazywania i podawania żadnych opłat dodatkowych z wyjątkiem ww. wymienionych (np. osobno: za łączy zapasowe oraz za połączenia nimi w czasie awarii łączy podstawowych, serwisowanie, nadzór nad siecią i inne, które są przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego).

Zamawiający ustalił następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: 1) cena – maksymalnie 80,15 pkt, 2) typy łączy podstawowych transmisyjnych do siedziby Zakładu Głównego w Tarnowie i siedzib Oddziałów Zakładów Gazowniczych, – maksymalnie 8 pkt, 3) typy łączy podstawowych transmisyjnych do pozostałych lokalizacji – maksymalnie 11,85 pkt.

Punkty w ramach kryterium „cena” mają być wyliczane zgodnie ze wzorem: „Cena” = $(C_{\min} / C_x) \cdot 80,15$, gdzie: C_{\min} – najniższa cena ofertowa, C_x – cena ofertowa badanej oferty.

(Pozostałe ustalenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu).

Po zapoznaniu się z brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzutami podnoszonymi przez odwołującego w poszczególnych odwołaniach oraz wydanymi w trakcie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrokami Izba stwierdziła, że żaden z poprzednich wyroków nie odnosił się do przedmiotu sporu zawisłego w niniejszym postępowaniu odwoławczym z tego względu, że zamawiający sporne postanowienie dotyczące sposobu obliczenia ceny mające wpływ na ocenę ofert w ramach kryterium ceny wprowadził dopiero w modyfikacji z 27 sierpnia 2012 r. Natomiast wcześniejsze wyroki dotyczyły innych kryteriów oceny ofert, które zamawiający ustalał kolejno w trakcie postępowania. W żadnym też z wyroków nie zakazano zamawiającemu wprowadzania zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy kryteriów oceny ofert, a Izba i sąd każdorazowo odnosiły się do konkretnej, zastanej w postępowaniu sytuacji. Zostało to zresztą już wyjaśnione przez Izbę w wyroku KIO 91/12 (str. 20 uzasadnienia). Tym samym nie można stwierdzić, że zamawiający wprowadzając do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nowe postanowienia postąpił niezgodnie z poprzednimi wyrokami.

Ma też rację zamawiający, że ze względu na charakter art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mógł on tego przepisu naruszyć – odnosi się on bowiem do uprawnień Izby i treści sentencji wyroku.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wymienia przykładowe kryteria oceny ofert. Należy się zgodzić z zamawiającym, że ustalone przez niego w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 sierpnia, a sporne kryterium odnosi się bezpośrednio do ceny oferty, zatem mieści się w granicach dyspozycji art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jeśli zaś chodzi o samo zakwestionowane kryterium oceny ofert, a właściwie – sposób obliczenia ceny oferty, zrozumiałe jest, że cena usługi, którą będzie płacił zamawiający, i to w trakcie całego trwania umowy, stanowi przedmiot jego szczególnego zainteresowania. Trudno też negować jej znaczenie dla zamawiającego czy oceny ofert – musiał to zresztą przyznać i sam odwołujący. Nic dziwnego więc, że konsekwencją tego było ujęcie tej okoliczności w sposobie obliczenia oceny oferty i tym samym, że ma wpływ na ocenę oferty w kryterium ceny.

Zamawiający oświadczył, że żądanie z jego strony zwiększenia przepustowości łączy jest okolicznością pewną co do jej przyszłego zaistnienia, aczkolwiek nie jest obecnie w stanie szczegółowo określić terminu i zakresu jej zaistnienia; na potwierdzenie tego faktu wskazał

też, iż już w trakcie postępowania zmienił wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do minimalnej przepustowości 42 łączy.

Tym samym można przyjąć, iż przez część okresu trwania umowy zamawiający będzie korzystał (i opłacał) łączy o zwiększonej przepustowości.

Samo twierdzenie odwołującego, że zamawiający może co prawda żądać podania ceny za świadczenie usług dla łączy o zwiększonej przepustowości, ale nie może ich oceniać, jest niezgodne z przyczynami nałożenia na zamawiającego obowiązku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu obliczenia ceny oferty (po to, by wszyscy wykonawcy robili to w ten sam sposób i ich oferty były porównywalne) oraz ustalenia kryterium ceny w ogóle – zamawiający bowiem byłby pozbawiony możliwości oceny owych cen i porównania ich pomiędzy ofertami, przy czym mogłoby się okazać, że w konsekwencji zmuszony był wybrać ofertę, w której co prawda zaoferowano korzystne ceny za przepustowość podstawową, lecz wysokie za zwiększoną i globalna cena usługi, którą zapłaci w rzeczywistości, będzie wyższa niż w ofertach konkurencyjnych.

Zatem wybór takiej oferty również naruszałby zasadę uczciwej konkurencji i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oczywiście zamawiający mógłby sformułować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia tak, że narzucałby w nich wykonawcom poziom zwiększenia ceny za zwiększoną przepustowość, np. 120% ceny pierwotnej przy dwukrotnym zwiększeniu i 130% przy trzykrotnym zwiększeniu, co pozwoliłoby mu uniknąć oceny tych cen na etapie składania ofert. Lecz takie działanie zamawiającego wcale nie musiałoby być korzystniejsze dla wykonawców, gdyż jednocześnie ograniczałoby im swobodę kalkulacji wszystkich trzech cen (za przepustowość podstawową, zwiększoną dwukrotnie i zwiększoną trzykrotnie), którą mają przy obecnie ukształtowanych warunkach (obecnie zamawiający wskazuje tylko na proporcje tych cen: 50% do 30% do 20%).

W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, jedynym realnym mankamentem dla wykonawców nie są kwestionowane kryteria oceny ofert, lecz to, że zamawiający nie jest w stanie określić konkretnych dat, od których będzie wymagał zwiększonej przepustowości, gdyż wynikają one z okoliczności od niego niezależnych i obecnie mu nieznanych.

Jednak zamawiający ustalił jednakowy sposób obliczenia ceny dla wszystkich wykonawców wskazując przy tym, jakiego rozkładu cen spodziewa się w trakcie realizacji usługi (owe 50% dla przepustowości podstawowej, 30% dla zwiększonej dwukrotnie i 20% dla zwiększonej trzykrotnie, co wynika ze wzoru: $0,5 \cdot C1 + 0,3 \cdot C2 + 0,2 \cdot C3$).

Przy tym trudno zamawiającego winić za to, że poszczególni wykonawcy, ustalając cenę oferty, czy też jej poszczególnych części składowych, będą musieli w wyliczeniach wziąć pod uwagę swoje zdolności do jej wykonania, posiadaną lub konieczną do wykonania infrastrukturę, zakup urządzeń itd., są to bowiem normalne okoliczności, które wykonawca powinien uwzględnić przy kalkulacji ceny oferty. Poza tym, jak już Izba podkreślała w wyroku KIO 2549/11, nie można czynić innym przedsiębiorcom (czy tym bardziej zamawiającemu) zarzutu z tego, że przedsiębiorcy ci wcześniej, długotrwale inwestowali w rozbudowę swojej infrastruktury ponosząc związane z tym nakłady, a odwołujący zamierza to zrobić dopiero w przyszłości.

Także czym innym jest przywołane przez odwołującego stwierdzenie z wyroku KIO, że wykonawca z zasady nie jest zobowiązany na moment rozpoczęcia świadczenia usługi zestawiać sieci z uwzględnieniem możliwych parametrów docelowych, które może zostaną przez zamawiającego zapotrzebowane na pewnym etapie realizacji umowy (odnosiłoby się to do czynności, które wykonawca musiały realnie wykonać przy instalacji sieci), a czym innym wymóg podania przyszłych cen – to kwestia pozostająca w sferze zobowiązań pomiędzy stronami.

Na marginesie należy też zwrócić uwagę, że pojmowanie uczciwej konkurencji jako „równania w dół”, która to tendencja przez szereg lat była wyraźnie widoczna w zamówieniach publicznych, jest nieprawidłowe. Uczciwa konkurencja to również, a może i przede wszystkim, stworzenie przedsiębiorcom warunków do tworzenia i zbytu jak najlepszych jakościowo produktów czy usług i uzyskiwania jak najlepszych efektów w celu „wyprzedzenia” konkurentów. Odnosi się to szczególnie do rynku informatyczno – telekomunikacyjnego, którego istnienie i rozwój – i istniejąca na nim konkurencja – polega właśnie na ciągłym wprowadzaniu innowacji, lepszych rozwiązań, nowych urządzeń, ulepszania parametrów, zwiększania funkcjonalności itd. W takim ujęciu domaganie się „pogarszania” warunków świadczenia usług w stosunku do tego, co mogą zaproponować konkurenci, jest wręcz zaprzeczeniem konkurencyjności.

Tym samym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: