

**WYROK**

**z dnia 24 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z siedzibą w Łodzi, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Łódzkie, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. Alcatel-Lucent Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 53**
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1a, Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z siedzibą w Łodzi, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z siedzibą w Łodzi, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** – tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z siedzibą w Łodzi, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **zamawiającego Województwa Łódzkiego** kwotę **3720 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Łódzkie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Utworzenie i uruchomienie wojewódzkiej sieci szkieletowej w ramach projektu „Łódzka Regionalna Sieć Teleinformatyczna”* (oznaczenie sprawy: ORVII.272.112.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S\_195-318060 z 11 października 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na elektronicznej tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.bip.lodzkie.pl](http://www.bip.lodzkie.pl)).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 57.010.974,82 zł, co stanowi równowartość 14.850,475,33 euro, z tym że jest to zamówienie udzielane w częściach, a wartość udzielanego zamówienia ustalono na kwotę 21.415.693,34 zł, co stanowi równowartość 5.578.456,20 euro.

30 marca 2012 r. (pismem z tej daty.) Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z siedzibą w Łodzi, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (zwanym dalej w skrócie od firmy lidera „Konsorcjum Technitel”) – zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp oraz informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków

10 kwietnia 2012 r. (pismem z 5 kwietnia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp *poprzez uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w związku z uznaniem, iż załączone protokoły odbioru nie potwierdzają należytego wykonania umowy.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.
2. Uchylenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i powtórzenia

tej czynności z uwzględnieniem wniosku Odwołującego.

3. Unieważnienia czynności ustalenia listy wykonawców zaproszonych do złożenia oferty i ustalenie nowej listy z uwzględnieniem wniosku odwołującego.

Odwołujący wskazał w odwołaniu następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie.

W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w zakresie wykonania *co najmniej 2 zamówień polegających w szczególności na dostawie, instalacji i konfiguracji urządzeń technologii DWDM, każde dla sieci o rozmiarze co najmniej 5 węzłów, oraz uruchomieniu tej sieci(\*\*)* [\*\* w przypadku gdy prace polegające na dostawie, instalacji i konfiguracji urządzeń aktywnych technologii MPLS/urządzeń technologii DWDM wraz z uruchomieniem sieci stanowią część większego zamówienia, dla potrzeb niniejszego postępowania należy wykazać wartość jedynie tych prac]

Na potwierdzenie powyższego warunku Odwołujący w wyniku uzupełnienia dokumentów przedstawił wykaz zawierający potwierdzenie wykonania 2 zamówień, w tym następujące zamówienie realizowane przez ZTE Poland sp. z o.o. na rzecz IT Polpager S.A.: *dostawa, instalacja i konfiguracja wraz z integracją i uruchomieniem usług 1G i 10G, urządzeń w technologii DWDM w ilości 7 węzłów, zrealizowane w okresie 09.09.2011 r. – 16.11.2011 r.* Do wykazu na potwierdzenie należytego wykonania tego zamówienia Odwołujący załączył 7 protokołów odbioru z poszczególnych miejsc instalacji (Łańcut – 9.09.2011 r.; Rzeszów – 9.09.2011 r.; Lublin – 16.11.2011 r.; Kraków – 9.09.2011 r.; Krosno – 16.11.2011 r.; Brzozów – 16.11.2011 r.; Iwonicz – 16.11.2011 r.). W treści każdego z tych protokołów strony stwierdziły, co następuje: *Strony podpisujące niniejszy dokument zgadzają się, że sprzęt wyszczególniony poniżej został dostarczony i zainstalowany zgodnie z Umową i Zamówieniem Dostawczym i tym samym został przyjęty i odebrany.* Dodatkowo strony zastrzegły w uwagach, iż wystąpiły braki oraz nieznaczne uszkodzenia sprzętu, niewpływające w znaczący sposób na możliwość eksploatacji sprzętu, oraz ustaliły, iż wykonawca usunie je w terminie uzgodnionym w treści protokołu.

W ocenie Zamawiającego fakt umieszczenia w treści protokołów odbioru stwierżeń dotyczących usunięcia stwierdzonych usterek i uszkodzeń nie potwierdza, iż umowy zostały wykonane należycie, co w konsekwencji oznaczało, że *zrealizowana sieć nie osiągnęła pełnej sprawności.* Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem, w szczególności z przyjętą przez Zamawiającego interpretacją zapisów

protokołów odbioru w zakresie prawidłowości wykonania przedmiotu umowy. Przede wszystkim w treści oświadczenia zawartego w każdym z protokołów odbioru obie strony umowy potwierdziły, iż sprzęt został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową i zamówieniem. Zwrot ten w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że wykonanie przedmiotu zamówienia zostało zrealizowane zgodnie z umową, natomiast wyszczególnione w protokołach usterki i uszkodzenia miały charakter nieistotny i nie stanowiły nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Przyjęcie odmiennej interpretacji pozostaje w sprzeczności z jednoznacznym oświadczeniem stron o wykonaniu przedmiotu zgodnie z umową i zamówieniem. Sam fakt wystąpienia braku lub usterki nie przesądza o tym, iż przedmiot umowy został nienależycie wykonany.

Ocena prawidłowości wykonania przedmiotu umowy powinna być dokonywana w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności art. 354 §1 kc, w związku z art. 14 pzp. Zgodnie z tym przepisem dłużnik powinien wykonać zobowiązanie przede wszystkim zgodnie z treścią tegoż zobowiązania. Dlatego określone w treści art. 354 k.c. mierniki wykonania zobowiązania trzeba rozumieć w ten sposób, iż podstawowym kryterium, według którego należy oceniać zachowanie dłużnika spełniającego świadczenie, jest treść zobowiązania. Dopiero wtedy, gdy na tej podstawie nie będzie możliwe ustalenie, jak ma wyglądać powinno zachowanie się dłużnika, można odwołać się do dalszych wskazanych w przepisie kryteriów. Przy ustalaniu należytego sposobu wykonania zobowiązania w pierwszej kolejności sięgnąć należy do treści samego zobowiązania [zob. K. Zagrobelny, Glosa do wyroku SN z dnia 18 stycznia 2001 r., V CKN 1840/00, OSP 2003, z. 4, poz. 50; M. Safjan (w:) Kodeks..., s. 674]. W wyroku z 5 stycznia 2011 r., sygn. akt III CSK 119/10, Sąd Najwyższy uznał, iż: *Wykonanie zobowiązania sprowadza się w zasadzie do spełnienia świadczenia przez dłużnika, aczkolwiek spełnienie świadczenia nie zawsze musi oznaczać wykonania zobowiązania - np., gdy nie zostaną spełnione ciężące na dłużniku obowiązki funkcjonalnie związane z zobowiązaniem, a nie związane z długiem. Świadczenie może być uznane za wykonane w sposób prawidłowy wówczas, gdy dłużnik zachował się zgodnie z treścią zobowiązania, a rezultatem tego było odniesienie przez wierzyciela korzyści czyniących zadość jego interesowi.* Z przepisu powyższego wynika więc, że dla wykonania zobowiązania, a więc zaspokojenia interesu wierzyciela i zwolnienia z długu, dłużnik powinien spełnić świadczenie przede wszystkim zgodnie z łączącą strony umową. W przedmiotowej sprawie w treści wszystkich przedstawionych protokołów odbioru strony złożyły jednoznaczne oświadczenie woli, w którym potwierdziły, iż dostarczony i zainstalowany sprzęt został zrealizowany zgodnie z umową. Powyższe oświadczenie

potwierdza fakt wykonania zamówienia zgodnie z treścią umowy, co w świetle art. 354 §1 kc należy uznać jako potwierdzenie wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób zapewniający oczekiwania zamawiającego. Tym samym zawarte w protokołach uwagi opisujące braki i usterki, przy jednoczesnym stwierdzeniu, iż przedmiot umowy został wykonany zgodnie z umową, wskazuje, iż strony przeniosły do okresu zgłaszania wad etap usunięcia stwierdzonych wad i usterek. Poprzez tak dokonany odbiór strony uznały, że nic nie stoi na przeszkodzie do przyjęcia i eksploatacji systemu i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, zaś opisane usterki i braki miały charakter nieistotny. Skoro więc kontrahent przyjął przedmiot umowy i potwierdził jego wykonanie zgodnie z umową, to brak jest podstaw do twierdzenia przez Zamawiającego w niniejszej sprawie, iż umowa została nienależycie wykonana, bowiem sieć nie uzyskała pełnej sprawności.

Podnieść również należy, iż przepis § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może składać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania dostaw lub usług. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu usług lub dostaw, który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast brak jakiegokolwiek wady w chwili oddania dostaw czy usług. Wykryte wady oczywiście podlegają usunięciu, co jednak nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że usługi czy dostawy zostały prawidłowo ukończone. Ponadto podkreślić należy, że w pojęciu tym nie mieści się również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w trakcie odbioru (jeżeli dokonano takiego odbioru), czy w okresie gwarancji i rękojmi. Dlatego też w przedmiotowej sprawie analizując treść przedstawionych protokołów, w kontekście przywołanego przepisu rozporządzenia, należy wskazać, iż strony potwierdziły wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z umową a stwierdzone braki i usterki nie miały wpływu na uznanie, iż nastąpiło prawidłowe wykonanie umowy.

Dlatego też w oparciu o zasady wynikające z art. 354 § 1 kc oraz przepis § 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie można uznać, iż załączone dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania przedmiotu umowy. Wręcz przeciwnie oświadczenie stron, iż sprzęt został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową przesądza, iż zobowiązanie zostało wykonane zgodnie z warunkami umowy i zaspakają interesy wierzyciela (zamawiającego), zaś opisane braki i usterki nie miały dla stron znaczenia z punktu widzenia prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia i nie stanowiły

przeszkody do odebrania i przeszkody do odebrania i przyjęcia tego przedmiotu. Dlatego też powoływanie się przez Zamawiającego w niniejszej sprawie na opisane w protokołach braki i usterki nie stanowi dowodu na potwierdzenie tezy, iż przedmiot umowy nie został należycie wykonany. W tym miejscu należy zacytować tezę wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt V ACa 88/09, w której Sąd stwierdza: *Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu dłużnika nie występuje nic, co odpowiadałoby spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany.* W przedmiotowej sprawie wykonawca *doprowadził do osiągnięcia wyniku spełniającego wymogi świadczenia, do którego był zobowiązany*, ponieważ zamawiający potwierdził w protokołach odbioru, iż sprzęt został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową oraz że go przyjmuje i odbiera. Skoro więc zamawiający potwierdza w treści protokołu odbiór i przyjęcie przedmiotu umowy, to w sposób niebudzący wątpliwości, że przedmiot został wykonany zgodnie z warunkami umowy. Ponadto gdyby stwierdzone braki i usterki okazałyby się usterekami istotnymi, to zamawiający nie odebrałby i nie przyjąłby dostarczonego i zainstalowanego sprzętu. W tym stanie faktycznym i prawnym zamawiający niesłusznie uznał, że ZTE Poland Sp. z o.o. nie zakończyło należycie realizacji zamówienia na rzecz IT Polpager SA. Stanowisko powyższe pozostaje w sprzeczności ze złożonymi przez te strony oświadczeniami o wykonaniu przedmiotu umowy zgodnie z umową oraz faktem przyjęcia i odebrania tego przedmiotu.

Zamawiający złożył na rozprawie pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 15 kwietnia 2012 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania, prezentując następującą argumentację.

Kwestia należytego wykazania Konsorcjum Technitel, że posiada doświadczenie w dostawie, instalacji i konfiguracji urządzeń technologii DWDM, sprowadza się do oceny załączonych do uzupełnionego wykazu protokołów odbioru pomiędzy ZTE Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, a IT Polpager S.A. z siedzibą w Warszawie. Każdy z 7. protokołów odbioru zawiera adnotację: *Strony podpisujące niniejszy dokument zgadzają się, że Sprzęt wyszczególniony poniżej został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową i Zamówieniem Dostawczym i tym samym został przyjęty i odebrany, a także uwagę następującej treści: Braki lub nieznaczne uszkodzenia Sprzętu nie wpływające w znaczny sposób na możliwość eksploatacji Sprzętu, które zostały ujawnione w czasie Odbioru*

Wstępne zostały wyszczególnione w załączniku do niniejszego Protokołu Odbioru jako Wykaz Rozbieżności, a Dostawca zobowiązuje się do ich usunięcia w terminie uzgodnionym przez Strony. Załączone do protokołów odbioru wykazy rozbieżności zawierają jednak istotne uchybienia (ze względu na brak czytelności załączonych wykazów niejasne zapisy zostały oznaczone znakiem „?”):

– Wykaz rozbieżności datowany na 9 września 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Kraków, ul. Zakopiańska i odebranego sprzętu Unitrans ZXMP M820, Metro DWDM Equipment – zawiera adnotację: *Brak numerów seryjnych poszczególnych kart w dokumentacji dla węzła* oraz termin wykonania do końca listopada 2011 r.

– Wykaz rozbieżności datowany na 16 listopada 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Brzozów i odebranego sprzętu Unitrans ZXMP M600CWU – zawiera adnotacje: *Brak numerów seryjnych poszczególnych kart, Brak pomiarów OSA, ? NCP [0-1-3] output power too high, ? [0-1-3] output power too low* oraz termin wykonania do końca br., tj. 2011 r.

– Wykaz rozbieżności datowany na 16 listopada 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Iwonicz i odebranego sprzętu Unitrans ZXMP M600CWU – zawiera adnotacje: *Brak pomiarów OSA, ? CWU-1 ETMs [0-1-5] MCU Reset* oraz termin wykonania do końca 2011 r.

– Wykaz rozbieżności datowany na 16 listopada 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Krosno i odebranego sprzętu Unitrans ZXMP M720 Metro DWDM Equipment, Unitrans ZXMP M600CWE Metro CWDM Equipment – zawiera adnotacje: *Aktualnie nie ma możliwości uruchomienia łącza 10GE z powodu braku kompensatorów dyspersji (wraz z informacją, iż termin rozwiązania tego problemu nie nastąpi wcześniej, niż po dostarczeniu brakujących kompensatorów dyspersji, w zależności od terminu podpisania umowy przez IT Polpajer), Brak pomiarów OSA* (termin wykonania w tym przypadku: po uruchomieniu (?) 10G)

– Wykaz rozbieżności datowany 16 listopada 2011 roku, dotyczący miejsca instalacji Lublin, ul. Ceramiczna i odebranego sprzętu: Unitrans ZXMP M820 Metro DWDM Equipment – zawiera adnotację: *Brak pomiarów OSA* (termin wykonania: do końca 2011 roku), w tym przypadku po uruchomieniu (?) 10G

– Wykaz rozbieżności datowany na 9 września 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Rzeszów, ul. Wincentego Pola i odebranego sprzętu Unitrans ZXMP M820 Metro DWDM Equipment, Unitrans ZXMP M600 CWE Metro CWDM Equipment – zawiera adnotację: *? No input power alarm* wraz z terminem usunięcia usterki listopad 2011 r.

– Wykaz rozbieżności datowany na 9 września 2011 r., dotyczący miejsca instalacji Łańcut, ulica Polna i odebranego sprzętu: Unitrans ZXMP M720 Metro DWDM Equipment, Unitrans ZXMP M600 CWE Metro CWDM Equipment – zawiera adnotacje: *ETM 018 No output power*

*alarm, ME Version ?, 505C 0-1-3 Card ? Alarm.*

W myśl rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226. poz. 1817 z późn. zm.) – w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...) oraz załączenia do niego dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie poglądem dokumentami tymi mogą być w szczególności referencje czy protokoły odebrania robót. Muszą one potwierdzać, iż zobowiązanie w postaci dostaw lub usług zostało wykonane należycie. Pojęcie należytego wykonania zobowiązania należy interpretować w taki sam sposób, w jaki jest rozumiane w systemie prawa cywilnego. Wynika to z treści art. 14 pzp oraz z faktu, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem zmierzającym do zawarcia umowy cywilnoprawnej.

Według utrwalonego w doktrynie poglądu nienależyte wykonanie zobowiązania będzie miało miejsce w sytuacji, gdy świadczenie było wprawdzie spełnione, ale odbiegało ono od zapisów umowy. Przyjmuje się, iż świadczenie jest niespełnione należycie, bez względu na fakt czy dostrzeżone wady świadczenia mają charakter istotny czy nieistotny.

*Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest przeciwieństwem jego wykonania, czyli spełnienia świadczenia – przez dłużnika lub osobę działającą na jego rachunek – w taki sposób, że wyrażony w treści zobowiązania interes wierzycieli został zaspokojony. Brak takiego zaspokojenia w postaci rozbieżności pomiędzy prawidłowym spełnieniem świadczenia, czyli w takim kształcie, jaki wynika z treści zobowiązania, z zachowaniem zasad opisanych w art. 354 § 1, bez względu na przyczynę, (...) stanowi stan „niewykonania” („nienależytego wykonania”) zobowiązania. (...). Jeżeli świadczenie zostało spełnione, lecz interes wierzyciela nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania, dochodzi do „nienależytego” wykonania. (...). W doktrynie proponuje się wyróżnienie w modelu należytego świadczenia jego cech konstytutywnych i uzupełniających. Jeżeli to, co zostało przez dłużnika zrealizowane nie odpowiada przynajmniej cechom konstytutywnym, należy uznać, iż świadczenie nie jest w ogóle spełnione. Uchybienia w zakresie cech uzupełniających oznaczają nienależyte wykonanie (...). Najogólniej mówiąc, każde, nawet najłżejsze, odstępstwo od modelu wykonaniu skonstruowanego dla danego zobowiązania, stanowi „nienależyte wykonanie. [Wojciech Popiołek w: Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088 kc. pod redakcją Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo*

Beck, Warszawa 2008, str. 38-39]

*Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymagalnego. (...) O nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca i sposobu czy też jakości w szerokim rozumieniu tego słowa, np. świadczenie rzeczy uszkodzonej, brak opakowania i innych walorów promocyjnych lub ich niewłaściwości, nieprawidłowe składowanie, niezawiadomienie o przesłaniu lub nadejściu przesyłki. [Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga III Zobowiązania. Tom I pod redakcją Gerarda Bieńka, Lexis Nexis Warszawa 2005, str. 557]*

*Nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce, gdy świadczenie zostało spełnione, lecz jednocześnie zachodzi rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela, przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. [Tomasz Pajor Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, str. 112-113, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1982] Dalej autor opracowania wskazuje, iż w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania muszą zaistnieć dwa elementy spełnienie świadczenia oraz rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela, przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości.*

Podobne stanowisko przyjmowała Krajowa Izba Odwoławcza w wielu wcześniejszych orzeczeniach. W wyroku z 23 listopada 2010 r. ( sygn. akt: KIO/UZP 2363/10, KIO/UZP 2364/10, KIO/UZP 2397/10) stwierdzono, iż właściwa interpretacja § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów powinna zmierzać w kierunku przyjęcia, że dokument potwierdzi należyte wykonanie, gdy z jego treści będzie wynikało, że zamówienie zostało ukończone i odebrane zgodnie z umową i brak będzie informacji o wykrytych wadliwościach. Podobne stanowisko przyjęła Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1318/11), wskazując, że *dokument stanowiący potwierdzenie należytego wykonania danej pracy stanowi oświadczenie wiedzy, którego znaczenie wynika z całokształtu dokumentu (wszystkich informacji w nim zawartych)*. W przedmiotowej sprawie Izba zauważyła, iż *w certyfikatach odbioru przedstawionych przez Odwołującego stwierdza się, że „procedury odbiorcze (...) zostały zakończone zgodnie z warunkami umowy”, przedmiot umowy „jest odebrany”, ale równocześnie zapowiada się, iż wykonawca „skoryguje wady określone w załączonym podsumowaniu ujawnionych usterek”. Do dokumentów Odwołujący jednak nie załączył wykazu usterek ani potwierdzenia ich usunięcia (co załączono dopiero do odwołania)*. Izba przyjęła, że niezłączenie powyższych

dokumentów nie pozwoliło zamawiającemu przyjąć wykonanie umowy przez wykonawcę w sposób należyty.

W niniejszej sprawie każdy protokół odbioru (nazwany przez strony odbiorem wstępnym) posiada załącznik – wykaz rozbieżności. Protokoły te zawierają wprawdzie adnotację, iż sprzęt został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową, ale dokumenty te powinny być oceniane przez Zamawiającego łącznie z ich załącznikami. Z opisanych wyżej załączników wynika zaś, że dostarczony sprzęt ma wady i usterki, których termin usunięcia jest późniejszy niż dzień, w którym upłynął termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tzn. przypadają później niż dzień 18 listopada 2011 r. Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów wskazujących na usunięcie opisanych w wykazach rozbieżności wad i usterek przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z faktu podpisania przez strony protokołów odbiorów wstępnych Zamawiający nie mógł wywodzić, że umowa została wykonana w sposób należyty. Protokoły potwierdzają tylko, że proces przejęcia przedmiotu umowy został rozpoczęty. W tej sytuacji nie można przyjąć, iż załączając opisany powyżej wykaz wraz z załącznikami Konsorcjum Technitel udowodniło Zamawiającemu wykonanie w sposób należyty zamówienia.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zobowiązał wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w zakresie dostawy, instalacji i konfiguracji urządzeń technologii DWDM oraz uruchomieniu tej sieci. Technologia DWDM polega na zwielokrotnieniu wielu sygnałów cyfrowych, pochodzących z oddzielnych źródeł, w jednym włóknie światłowodowym. Każdemu sygnałowi przypisana jest własna długość fal. Systemy DWDM umożliwiają transmisję kilkudziesięciu sygnałów. Technologia ta umożliwia zwiększanie przepustowości łączy bez inwestowania w kolejne instalacje światłowodowe, wymaga jednak precyzyjnego doboru oraz dostosowywania poszczególnych elementów sieci. Jest to szczególnie konieczne ze względu na zjawisko dyspersji. Fale świetlne (sygnały świetlne) biegnące we włóknie światłowodowym różnią się swoją długością, stąd mają inną prędkość poruszania się. Z tego powodu wysłane jednocześnie fale nie docierają do odbiornika w tym samym czasie i wraz ze wzrostem długości światłowodu lub w razie niewielkiej różnicy długości fal, rośnie niebezpieczeństwo wzajemnego nakładania się fal we włóknie światłowodowym. Zjawisko dyspersji ogranicza długość światłowodu lub zmusza do stosowania większych długości fali.

Ze względu na powyższe szczególne wątpliwości Zamawiającego wzbudziła adnotacja umieszczona w wykazie rozbieżności w przypadku węzła zlokalizowanego w Krośnie. Jest to szczególnie istotne z uwagi na opis przedmiotu zamówienia zawarty przez

Konsorcjum Technitel w poz. 2 Wykazu wykonanych (zakończonych) usług lub dostaw: „Dostawa, instalacja i konfiguracja wraz z integracją i uruchomieniem usług 1G i 10 G, urządzeń w technologii DWDM w ilości 7 węzłów realizowania na rzecz IT Polpager SA z siedzibą w Warszawie. Zestawienie tych dwóch informacji przekazanych przez samego Wykonawcę nie pozwalało Zamawiającemu na przyjęcie, że powyższa dostawa została wykonana w sposób należyty. Po pierwsze – stworzona sieć nie posiada funkcjonalności wymaganych przez inwestora w umowie (tj. usługi transmisji danych o przepustowości 10 G). Po drugie – brak kompensatora dyspersji powoduje nieprawidłowe działanie sieci. Odpowiednio dobrane na podstawie wyników pomiarów dyspersji kompensatory przeciwdziałają bowiem temu niekorzystnemu dla sieci światłowodowej zjawisku.

Drugą stwierdzoną w wykazach rozbieżności usterką, która zwróciła szczególną uwagę Zamawiającego jest *brak pomiarów OSA*. Taka adnotacja występuje w 4. z 7. wykazów rozbieżności (dotyczących miejsc instalacji: Brzozów, Iwonicz, Krosno i Lublin). Ze względu na stosowaną w tworzeniu sieci światłowodowej technologię DWDM są one szczególnie wrażliwe na jakość nadajników optycznych i wzmacniaczy optycznych, a także innych elementów sieci. W celu kontroli jakości części składowych sieci przeprowadza się uruchomieniowe pomiary widma optycznego. Pomiary te stanowią nieodłączny element tworzenia sieci. Mają one szczególne znaczenie w dalekosiężnych łączach sieci szkieletowej o dużej szybkości transmisji. Tylko w ten sposób można w sposób obiektywny dokonać oceny, czy dostarczona sieć spełnia określone parametry jakościowe (np. w zakresie przepustowości). Pozwala to na odpowiednią eksploatację sieci i znaczące obniżenie ryzyka nagłych awarii, które mogą wynikać z uszkodzenia urządzeń nadawczych czy wzmacniaczy optycznych. Dzięki pomiarom możliwa jest bowiem weryfikacja parametrów nadajników optycznych i wzmacniaczy optycznych oraz sprawdzenie jakości łącza światłowodowego (pomiary umożliwiają obserwacje zmian jakie wprowadza ono w sygnale optycznym DWDM). Opisane wyżej pomiary widmowe są przeprowadzane za pomocą analizatora widma optycznego OSA (ang. Optical Spectrum Analyser). Pomiary widmowe umożliwiają m. in. pomiar widma sygnału (co pozwala określić centralną długość fali oraz moc każdego sygnału składowego), pomiar stosunku sygnału do szumu w każdym kanale, czy też pomiar mocy optycznej dla poszczególnych kanałów na wyjściu nadajników optycznych (do klienta).

Z tych względów brak pomiarów OSA nie można uznać za nieistotną usterkę (przyjmując nawet punkt widzenia zawarty w odwołaniu). Dopiero bowiem po ich dokonaniu możemy potwierdzić, że dostarczone urządzenia zostały poprawnie zainstalowane i skonfigurowane, czyli że zamówienie zostało wykonane należyście. Samo dostarczenie i

zainstalowanie urządzeń i sprzętu stanowi tylko spełnienie świadczenia w rozumieniu kodeksu cywilnego. Do przyjęcia, że świadczenie zostało spełnione należyście konieczne jest dokonanie pomiarów OSA (tj. zbadania jakości i funkcjonalności zainstalowanych i skonfigurowanych urządzeń). Zamawiający na podstawie przedłożonych wskutek wezwania dokumentów nie mógł przyjąć, iż świadczenie zostało wykonane należyście.

Zamawiający postawił wykonawcom wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji dwóch zamówień polegających w szczególności na dostawie, instalacji i konfiguracji urządzeń technologii DWDM, każde dla sieci o rozmiarze co najmniej 5 węzłów, oraz uruchomieniu tej sieci. Informacja zawarta we wstępnych protokołach odbioru odnosi się do samego dostarczenia i instalacji urządzeń. Zamawiający nie miał podstawy do przyjęcia, iż wykonawca zamówienia uruchomił sieć światłowodową zgodnie z zapisami umowy i warunku. W konsekwencji nie mógł przyjąć, że doszło do należytego wykonania zobowiązania. Nie można się zgodzić z tezą zawartą w uzasadnieniu odwołania: *w przedmiotowej sprawie wykonawca doprowadził do osiągnięcia wyniku spełniającego wymogi świadczenia, do którego był zobowiązany, ponieważ zamawiający potwierdził w protokołach odbioru, iż sprzęt został dostarczony i zainstalowany zgodnie z umową, gdyż wykonawcy mieli się wykazać nie tylko dostarczeniem sprzętu, ale uruchomieniem sieci.*

Odnosząc się do przytoczonej w uzasadnieniu odwołania tezy z wyroku Sądu Apelacyjnego z 21 kwietnia 2009 roku (V Aca 88/09), w pełni odzwierciedla stanowisko Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu dłużnik (ZTE Poland sp. z o. o.) zmierzał do spełnienia świadczenia (nawet częściowo je spełnił dostarczając i instalując sprzęt), jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego był zobowiązany w umowie: nie potwierdza, że doszło do uruchomienia sieci, dostarczona sieć nie posiada funkcjonalności wymaganych w umowie (przepustowość 10 G), nie zainstalowano wszystkich urządzeń (w szczególności kompensatorów dyspersji), nie przeprowadzono wymaganych testów i pomiarów niezbędnych do obiektywnej oceny czy dostarczona sieć spełnia parametry określone w umowie (pomiar OSA). Ponadto załączone wykazy rozbieżności zawierają jeszcze inne usterki i wady (np. brak numerów seryjnych poszczególnych kart w dokumentacji dla węzła, zgłoszone alarmy). Dodatkowo przedłożone protokoły odbioru są protokołami odbioru wstępnego, a więc Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że doszło do odbioru końcowego zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu wykonanych usług lub dostaw. Ze względu na powyższe w niniejszej sprawie mamy do czynienia z klasycznym nienależytym wykonaniem zobowiązania, gdyż choć doszło do spełnienia świadczenia, to wystąpiła rozbieżność między zakresem zaspokojenia

wierzyciela, przewidzianym w treści zobowiązania, a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego, połączonego z przekazaniem kopii odwołania (co nastąpiło 12 kwietnia 2012 r. drogą elektroniczną), pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili 16 kwietnia 2012 r.:

- Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A. – obie spółki z siedzibą w Warszawie.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia wskazanych powyżej Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, zgodnie ze złożoną na rozprawie odpowiedzią na odwołanie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący miałby zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wobec zarzutów dotyczących wykluczenia go z postępowania przez Zamawiającego. Natomiast dokonana przez Zamawiającego czynność naraża Odwołującego na szkodę, gdyż pozbawia go możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie Odwołującego, wezwania do uzupełnienia i dokumentów złożonych w odpowiedzi przez Odwołującego, a także innych przywołanych w uzasadnieniu pism i dokumentów, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba uwzględniła również złożone na rozprawie przez Odwołującego na rozprawie oświadczenie ZTE Poland spółki z o.o. – złożone na okoliczność właściwej interpretacji protokołów odbioru.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Nie potwierdził się zarzut, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał jednoznacznie na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniana warunku opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu, co było jego obowiązkiem wynikającym z art. 26 ust. 2a pzp.

Izba zważyła, co następuje. W złożonym po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp *Wykazie wykonanych (tj. zakończonych) dostaw lub usług*, na potwierdzenie wykonania zamówienia polegającego w szczególności na dostawie, instalacji i konfiguracji urządzeń

*technologii DWDM, każde dla sieci o rozmiarze co najmniej 5 węzłów, oraz uruchomieniu tej sieci – w pozycji drugiej znalazło się zamówienie, którego przedmiot zamówienia został opisany jako dostawa, instalacja i konfiguracja wraz z integracją i uruchomieniem usług 1G i 10G, urządzeń w technologii DWDM w ilości 7 węzłów. Ponieważ Zamawiający nie podważał tego, należy przyjąć, że uznał w ten sposób opisany przedmiot zamówienia za odpowiadający opisowi, który zawarł w treści warunku z ogłoszenia o zamówieniu. W wykazie znajduje się zatem oświadczenie, że w okresie od 9 września do 16 listopada 2011 r. zostało wykonane zamówienie w ilości 7 węzłów urządzeń w technologii DWDM, polegające na ich dostawie, instalacji i konfiguracji, wraz z integracją i uruchomieniem usług 1G i 10 G. Tymczasem z przedstawionych protokołów odbioru wynika, że co najmniej w 1 węzle nie doszło do uruchomienia usługi 10 G. Wskazał na to Zamawiający w następującym fragmencie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego: *W przypadku węzła zlokalizowanego w Krośnie – węzeł KRO22793 AgN w wykazie niezgodności (datowanym na 16 listopada 2011 r.) znalazła się między innymi następująca uwaga: „Aktualnie nie ma możliwości uruchomienia łącza 10GE z powodu braku kompensatorów dyspersji”. Co definitywnie oznacza, iż ZTE Poland Sp. z o.o. w terminie określonym w protokole odbioru nie wykazało (zakończyło) należycie zamówienia na rzecz IT Polpager S.A., w szczególności nie uruchomiona została jedna z usług objętych zamówieniem, tj. uruchomienie usług 10G. Rozbieżność stwierdzona w Protokole Odbioru dla węzła KRO22793 AgN oznacza, iż w terminie wskazanym przez Wykonawcę w Wykazie wykonanych (tj. zakończonych) dostaw lub usług ZTE Poland Sp. z o.o. nie zakończyło należycie realizacji na rzecz IT Polpager S.A. zamówienia obejmującego: Dostawę, instalację i konfigurację wraz z integracją i uruchomieniem usług 1G i 10G, urządzeń w technologii DWDM w ilości 7 węzłów, gdyż nie uruchomiono co najmniej jednej z usług będącej przedmiotem zamówienia, tj. usługi 10GE, co oznacza, iż sieć, której dotyczyło zamówienie nie uzyskała pełnej funkcjonalności.**

Izba wzięła pod uwagę, oprócz treści protokołów odbioru, dowód w postaci *wyjaśnień* ZTE Poland spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie (nie opatrzonych żadną datą), złożony na rozprawie przez samego Odwołującego. Przede wszystkim, brak pewności, czy umowa nr ZTE-ITPP-DWDM-01 (nr wskazany na każdym z 7. protokołów odbioru) pomiędzy IT Polpager S.A. z siedzibą w Warszawie a ZTE Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, obejmowała coś ponad dostawę i instalację urządzeń DWDM. W treści każdego z protokołów odbioru strony tej umowy potwierdzają bowiem dostarczenie i zainstalowanie sprzętu zgodnie z umową przez jedną stronę, czemu odpowiada przyjęcie i odebranie tego sprzętu przez drugą stronę. Natomiast w pkt. 3 c *wyjaśnień* ZTE Poland, wykonawca tej umowy,

oświadczył: *Przedmiotem umowy była jedynie dostawa urządzeń, ale dla ich pełnego funkcjonowania niezbędna jest infrastruktura pasywna którą IT Polpager S.A. wykonywało we własnym zakresie lub na podstawie umów z innymi podmiotami. Ponieważ w/w infrastruktura nie była kompletna na dzień przeprowadzania czynności odbiorowych ZTE Poland S.A. nie miało możliwości wykonać kompletu pomiarów. Dlatego ich brak został uznany za niezawiniony przez ZTE Poland S.A. i ustalono, że będą one dokonane po przygotowaniu przez IT Polpager S.A. infrastruktury pasywnej.* Z treści tego oświadczenia wynika zatem, że nie wykonano pomiarów OSA, gdyż nie było to, przynajmniej zdaniem wykonawcy, przedmiotem zawartej umowy. O braku wykonania pomiarów OSA mowa jest w czterech spośród siedmiu protokołów (węzły w Brzozowie, Iwoniczu, Krośnie i Lublinie). Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył przy tym twierdzeniom Zamawiającego, że pomiary widma optycznego za pomocą analizatora widma optycznego (tzw. OSA) stanowią nieodłączny element tworzenia sieci światłowodowych opartych na urządzeniach DWDM. Zatem skoro pomiary te nie zostały wykonane, a ich wykonanie odłożono do końca 2011 r. (jak to wynika z uwag zamieszczonych w trzech wykazach rozbieżności, w przypadku węzła w Krośnie odesłano do bliżej niesprecyzowanego terminu zawarcia odrębnej umowy na dostarczenie brakujących kompensatorów dyspersji), brak podstaw do stwierdzenia, że do 18 listopada 2011 r. została wykonana konfiguracja, wraz integracją i uruchomieniem usług 1G i 10G, sieci opartej o dostarczone urządzenia DWDM.

Ponadto w pkt. 3 d pisma złożonego przez Odwołującego na rozprawie znajdują się następujące wyjaśnienia: *Kompensatory dyspersji są urządzeniami które muszą być dostosowane odpowiednio do typu kabla światłowodowego z którym mają współpracować. Jak wynika z opisu w punkcie 3b IT Polpager S.A. na dzień odbioru nie przygotowało kompletnej infrastruktury kablowej, w związku z czym nie można było dobrać odpowiednich kompensatorów. Dlatego IT Polpager S.A. nie złożył zamówienia na te kompensatory, a co za tym idzie nie były one częścią przedmiotu umowy, więc ZTE Poland S.A. nie miało podstaw do ich dostarczenia. Jak wynika z protokołu odbioru strony ustaliły, że podpiszą dodatkową umowę na dostawę w/w kompensatorów w terminie późniejszym. Ponieważ urządzenia dostarczone przez ZTE Poland S.A. pozwalają na obsługę zarówno łącz 10 GigabitEthernet jak i 1 GigabitEthernet, a kompensatory wymagane są tylko dla tej pierwszej, na dzień podpisania protokołu uruchomiona była w węźle Krosno usługa 1GE.* Ponownie okazuje się, że pomiędzy stronami umowy istniała co najmniej niejasność co do zakresu obowiązków każdej z nich, co przekreśliło możliwość uruchomienia łącza 10GE w węźle Krosno, ale również oznaczało nieprzeprowadzenie badań OSA zarówno w tym, jak i 3

innych węzłach.

W ocenie Izby wyłącznie gdyby uznać, że przedmiotem powyższej umowy była dostawa i instalacja urządzeń DWDM, a za konfigurację urządzeń, a szczególności integrację i uruchomienie usług 1G i 10G, odpowiadał odbiorca tych urządzeń – za nieistotne można by uznać opisane w załącznikach do protokołów braki lub uszkodzenia dostarczonego sprzętu, jako niewpływające znacząco na możliwość jego eksploatacji w przyszłości. Również w tym przypadku nie oznaczałoby to jednak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, gdyż warunek sprecyzowany przez Zamawiającego obejmował również doświadczenie w uruchomieniu sieci opartej na dostarczonych urządzeniach technologii DWDM. Tymczasem podniesiona w odwołaniu argumentacja skupia się na wykazaniu należytego wykonania zobowiązania wyłącznie w zakresie dostarczenia i instalacji urządzeń. O ile można się zgodzić, że dla tak rozumianego zakresu zobowiązania, w treści protokołów odbioru znajduje się zgodne oświadczenie stron co do jego należytego wykonania, o tyle w żaden sposób nie wynika z tego, że doszło w ten sposób do uruchomienia sieci opartej na tych urządzeniach. Nie ma znaczenia kto odpowiada za nieściśności specyfikacji przedmiotu zamówienia objętej umową, skoro spowodowało to, że jedynym elementem pewnym i niespornym było dostarczenie i zainstalowanie do 16 listopada 2011 r. urządzeń w siedmiu lokalizacjach węzłów sieci. Również okoliczność dojścia do porozumienia przez strony podpisujące protokół, że pewne dalsze czynności, w szczególności dostarczenie kompensatorów dyspersji i pomiary OSA, zostaną wykonane na mocy odrębnej umowy, nie zmienia tego, że termin ich wykonania przypadał po dniu, na który Zamawiający miał obowiązek ocenić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz posiadanej wiedzy i doświadczenia przez ZTE Poland sp. z o.o. na rzecz Technitel Polska sp. j. jest datowane na 18 listopada 2011 r., a zatem mogło dotyczyć później uzyskanych walorów. Na marginesie Izba zauważa, że z treści przedstawionych na rozprawie pisemnych wyjaśnień ZTE Poland sp. z o.o. nie wynika, czy do zawarcia takiej umowy i dokonania tych czynności ostatecznie w ogóle doszło. Tymczasem 18 listopada 2011 r.

W ocenie Izby pewne niedociągnięcia po stronie Zamawiającego, nie mają wpływu na ocenę prawidłowości podjętej przez niego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Pomimo obszerności uzasadnienia faktycznego przesłanego Konsorcjum Technitel 30 marca 2012 r., jedynie w jego końcowej części (zacytowanej powyżej) odzwierciedlono to, co najistotniejsze – brak wykazania należytego wykonania zamówienia obejmującego wszystkie elementy objęte treścią warunku udziału w postępowaniu. Obszerne

wywody w tym zakresie znalazły się dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Niepokojące jest również, że choć Zamawiający nie był w stanie odczytać niektórych informacji zamieszczonych w wykazach rozbieżności (również słowa „alarm”, które wydaje się być wystarczająco czytelne), nie uznał za celowe skorzystanie z wezwania do wyjaśnień lub przedstawienia oryginału dokumentu. Zamawiający dopiero w toku postępowania odwoławczego podniósł okoliczność, że złożone protokoły dotyczą odbioru wstępnego. Zważając, że ustalenie takie mogło mieć przesądzające znaczenie, poczynienie go bez wezwania Odwołującego do wyjaśnień było nieprawidłowe i okazało się pochopne. Niewystarczające jest wywiedzenie takiego wniosku ze sformułowania treści uwagi zamieszczonej w *Protokole odbioru*, w której wspomina się o wadach sprzętu ujawnionych w czasie *Odbioru Wstępnego*, co może odnosić się do czynności, która miała miejsce uprzednio. Izba wzięła pod uwagę, że trudności w uchwyceniu, co w istocie było objęte zakresem umowy opisanej w poz. 2. uzupełnionego wykazu, wywołał Odwołujący, który nie był w stanie tego jednoznacznie wykazać również w toku postępowania odwoławczego. Niezależnie od tego, czy była to należycie zrealizowana umowa na dostawę i instalację w siedmiu węzłach sprzętu DWDM, czy nienależycie zrealizowana umowa obejmująca także konfigurację tych urządzeń i uruchomienie sieci, Konsorcjum Technitel nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec treści wyjaśnień pochodzących od wykonawcy spornego zamówienia, *de facto* potwierdzających pierwszą z tych ewentualności, bezprzedmiotowe byłoby wzywanie Odwołującego do dalszych wyjaśnień w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego, w ramach których uwzględniono: wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku oraz koszty dojazdu, na podstawie kopii biletów kolejowych na trasie Łódź-Warszawa – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.