

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2020 r. przez odwołującego Elektrotim Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB FON-D. W. D. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 517 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego będącego majątkiem gminy w zarządzie ZDiUM we Wrocławiu”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 602688-N-2020.

I. W dniu 22 grudnia 2020 r. wykonawca Elektrotim Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności w ww. postępowaniu, tj. na:

- dokonanie wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB FON-D. W. D. (dalej jako „wykonawca W. D. PB FON-D.”), podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś oferta przez niego złożona powinna zostać przez zamawiającego odrzucona;
- nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez wykonawcę W. D. PB FON-D. i uznanie, że wykonawca ten wykazał, że posiada doświadczenie i zdolności wymagane przez zamawiającego w postępowaniu;
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W. D. PB FON-D., pomimo że wypełnione zostały przesłanki wskazane w treści art. 89 ust. 1 ustawy Pzp;
- zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- podejmowanie czynności w przedmiotowym postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

- art. 22a ust. 4 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że przedłożone w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów zostało złożone przez osobę, która jest uprawniona do działania w imieniu spółki Rabbit sp. z o.o., chociaż nie przedłożyła ona stosownego pełnomocnictwa w tym zakresie, jak i jej uprawnienie do działania w imieniu tej spółki nie wynika z informacji wskazanych w KRS;
- art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że przedłożone w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów zapewnia realne i bezpośrednie uczestnictwo w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega wybrany przez zamawiającego wykonawca w zakresie w jakim wybrany wykonawca polega na zdolnościach innego podmiotu, pomimo że zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia został przez podmiot

trzeci ograniczony jedynie do „zapewnienia stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET”;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy W. D. PB FON-D. jako najkorzystniejszej;
- odrzucenie oferty wykonawcy W. D. PB FON-D.;
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał, że spółka Rabbit sp. z o.o., na potencjale której polega w przedmiotowym postępowaniu wykonawca W. D. PB FON-D., wykonywała zadania z zakresu prowadzenia czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego, nie zaś czynności eksploatacyjne i konserwacyjne urządzeń oświetlenia drogowego, a zatem tylko niektóre, wybrane czynności, które nie zostały w żaden sposób wskazane przez podmiot udzielający referencji, co nie pozwala na ustalenie rzeczywiście posiadanego przez spółkę Rabbit sp. z o.o. doświadczenia. Odwołujący wskazał, że ww. prace realizowane były na podstawie umowy podwykonawczej. Zgodnie z treścią informacji udzielonej przez zamawiającego w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej pismem z dnia 13.01.2020 r. spółka FB Serwis S.A. (wykonawca ww. zamówienia) wykonywała prace w ramach umowy z dnia 18.12.2018 r. na „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego we Wrocławiu” w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r. Część zleceń (wskazana szczegółowo w treści pisma) nie została wykonana terminowo i z tego tytułu miały zostać naliczone kary umowne. Spółka FB Serwis S.A. do realizacji zadania nie zatrudniła podwykonawców. Stosownie do treści Aneksu nr 1 z dnia 19.02.2019 r. do umowy nr TUX/EEIM/325/281/2018 z dnia 18.12.2018 r. zawartego pomiędzy zamawiającym a spółką FB Serwis S.A., w związku ze zmianą ilości i lokalizacji punktów świetlnych z uwagi na przyjęcie do eksploatacji nowych obiektów, sporządzony został nowy wykaz oświetlenia ulicznego - stanowiący Załącznik nr 1A, w którym wskazano, iż łączna ilość punktów świetlnych wynosi 6687. Z powyższego wynika, iż cały zakres zlecony przez zamawiającego do realizacji spółce FB Serwis S.A. obejmował 6687 punktów świetlnych, a zatem, gdyby to spółka Rabbit sp. z o.o. wykonywała wszystkie czynności eksploatacyjne i konserwacyjne urządzeń oświetlenia drogowego dla 6687 punktów świetlnych, to *de facto* faktycznie realizowałaby całość przedmiotu umowy łączącej Zamawiającego ze spółką FB Serwis S.A. Dokument ten został podpisany przez pana T. K. - Dyrektora Działu Technicznego, który nie jest osobą uprawnioną do reprezentacji spółki Rabbit sp. z o.o., jak również nie przedstawił umocowania do działania w imieniu tej spółki. Odwołujący wskazał, że zaciąganie zobowiązań w imieniu spółki winno odbywać się przez osoby umocowane do działania w imieniu tej spółki (czy to na zasadach wynikających z KRS, czy też w oparciu o stosowne pełnomocnictwo). Ponadto odwołujący stwierdził, że skoro wykonawca polega - w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia na potencjale podmiotu trzeciego w całości, podmiot ten powinien uczestniczyć w całości realizacji zamówienia, a nie jedynie w jednej z czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oświetlenia drogowego, tj. w zakresie zapewnienie stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET.

Na rozprawie w dniu 18 stycznia 2021 r. odwołujący wycofał zarzut dotyczący niewystarczającego zakresu prac objętych zadaniem przedstawionym przez wykonawcę W. D. PB FON-D. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (z wyłączeniem zarzutu dotyczącego wymogu w zakresie ilości punktów świetlnych) oraz zarzut dotyczący nieposługiwania się przez FB Serwis S.A. podwykonawcami.

II. Odpowiedź na odwołanie została przez zamawiającego wniesiona ustnie do protokołu rozprawy.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał na brak po stronie odwołującego interesu do wniesienia odwołania. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu w postępowaniu nie została zastosowana „procedura odwrócona”. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, natomiast odwołujący nie podniósł zarzutów wobec oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, co w ocenie zamawiającego przesądza o braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania.

Odnosząc się natomiast do zarzutów odwołania zamawiający stwierdził, że obowiązujące przepisy nie zawierają wymogu, aby zobowiązanie (oświadczenie) podmiotu udostępniającego swoje zasoby było podpisane przez osoby upoważnione do jego reprezentacji. W jego ocenie wystarczający jest fakt opatrzenia oświadczenia pieczęcią tego podmiotu. Powołując się na umowę podwykonawczą zawartą w dniu 1 stycznia 2019 r. pomiędzy FB Serwis S.A. a Rabbit sp. z o.o., której kopię złożył jako dowód w sprawie, zaprzeczył twierdzeniom odwołującego dotyczącym braku posługiwania się przez FB Serwis S.A. podwykonawcami, jak i dotyczącym niewystarczającego zakresu prac zrealizowanych przez Rabbit sp. z o.o. dla wykazania niezbędnego doświadczenia celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podniósł, że okoliczność dotycząca naliczenia kar umownych z tytułu realizacji ww. umowy nie jest równoważna z jej nienależytym wykonaniem. Natomiast w odniesieniu do zawartego w treści warunku udziału w postępowaniu wymogu wykonania prac obejmujących eksploatację i konserwację łącznie 6.000 sztuk punktów świetlnych stwierdził, że w przypadku usługi przedstawionej przez wykonawcę W. D. PB FON-D. wymóg ten został spełniony, o czym posiada wiedzę w związku z tym, że usługa ta została zrealizowana na jego rzecz. Ponadto oświadczył, że uwzględnił zarzut podniesiony w pkt 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, dotyczący tego, że zakres udziału podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji zamówienia został ograniczony jedynie do zapewnienia stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET. W związku z tym stwierdził, że w jego ocenie powinno nastąpić unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie wykonawcy W. D. PB FON-D. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie, który nie został przez niego uwzględniony.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących

odrzucając odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podlegającą badaniu na dzień jego złożenia), a stanowisko przedstawione w tym zakresie przez zamawiającego uznała za niezasadne. Należy wyjaśnić, że błędne powołanie się przez odwołującego na okoliczność prowadzenia postępowania z zastosowaniem procedury odwróconej pozostaje bez znaczenia dla oceny posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Argumentacja przywołana przez odwołującego pozostaje aktualna także w odniesieniu do postępowania, które nie jest prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej. Odwołujący wprawdzie został sklasyfikowany na trzeciej pozycji rankingu ofert, a odwołanie zawiera jedynie zarzuty odnoszące się do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Istotne jest jednak to, że w odniesieniu do wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji odwołujący będzie miał jeszcze możliwość podniesienia zarzutów w zakresie oświadczeń i dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzenie braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania stanowiłoby istotne ograniczenie prawa odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Na obecnym etapie postępowania odwołujący nie miał bowiem jeszcze możliwości podniesienia zarzutów w odniesieniu do oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji rankingu ofert w zakresie wskazanym powyżej (oświadczenia i dokumenty składanych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp).

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dotyczył wykonania (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), zadania lub zadań obejmujących eksploatację i konserwację łącznie 6.000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy (części IV pkt 2 lit. c ppkt 1 SIWZ).

W treści formularza ofertowego wykonawca W. D. PB FON-D. oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: zapewnienie stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET. Jako podwykonawca został wskazany podmiot: „Rabbit, ul. Krakowska 141-155, 50-428 Wrocław”. Wraz z formularzem ofertowym wykonawca W. D. PB FON-D. złożył zobowiązanie (oświadczenie) ww. podmiotu, w którym jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia wskazano: „zapewnienie stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET”. Oświadczenie zostało podpisane przez pana T. K. - Dyrektora Działu Technicznego, którego uprawnienie do reprezentacji ww. podmiotu nie wynika z KRS. Do oświadczenia nie załączono pełnomocnictwa dla ww. osoby

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca W. D. PB FON-D. złożył między innymi wykaz usług, w treści którego zostały wskazane trzy usługi, w tym dwie wykonane przez samego wykonawcę (obejmujące 1861 oraz 1864 punkty świetlne) oraz jedna wykonana przez Rabbit sp. z o.o. (obejmująca 3338 punktów świetlnych).

Zamawiający uznał, że przedstawiony przez wykonawcę W. D. PB FON-D. wykaz usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części IV pkt 2 lit. c SIWZ i w związku z tym pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenie nowego wykazu usług potwierdzającego spełnianie ww. warunku.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca W. D. PB FON-D. złożył nowy wykaz usług, w którym została wskazana usługa: „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego w mieście Wrocław” zrealizowana przez Rabbit sp. z o.o. na rzecz FB Serwis S.A. (6687 punktów świetlnych).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wymagane przez zamawiającego zdolności wyrażone warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia polegały na posiadaniu doświadczenia w realizacji zadań obejmujących eksploatację i konserwację łącznie 6.000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy (części IV pkt 2 lit. c ppkt 1 SIWZ) Zdolności te wymagane są do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia, którym jest prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego będącego majątkiem gminy w zarządzie ZDiUM we Wrocławiu Jeżeli zatem w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia w realizacji zadań obejmujących eksploatację i konserwację łącznie 6.000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy wykonawca W. D. PB FON-D. powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, to podmiot ten powinien uczestniczyć w realizacji całego zamówienia, a nie tylko w zakresie „zapewnienia stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET Usługa „Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego w mieście Wrocław” zrealizowana przez Rabbit sp. z o.o. na rzecz FB Serwis S.A. (6687 punktów świetlnych) przedstawiona przez ww. wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w części IV pkt 2 lit. c ppkt 1 SIWZ nie mogła zatem zostać uwzględniona jako potwierdzająca spełnianie tego warunku.

Powyższy zarzut, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez zamawiającego na rozprawie, został przez zamawiającego uwzględniony. Oświadczenie zamawiającego nie zostało jednak potraktowane przez Izbę jako formalne uwzględnienie zarzutu odwołania zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp, a jedynie jako uznanie zarzutu odwołania za zasadny. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem zamawiającego uwzględnienie tego zarzutu powinno skutkować wezwaniem wykonawcy W. D. PB FON-D. do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co nie stanowiłoby wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (jak stanowi ww. przepis art. 186 ust. 2 i 3a ustawy Pzp), gdyż w ramach postawionych żądań odwołania odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy W. D. PB FON-D. .

Natomiast Izba stwierdziła, że w zaistniałym stanie faktycznym wystąpiła podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że sformułowanie przez odwołującego błędnego żądania odwołania jak i podanie w ramach podniesionego zarzutu błędnej podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zamiast art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) nie stoi naprzeciw uwzględnieniu odwołania. Należy wyjaśnić, że Izba nie jest bezwzględnie związana sposobem sformułowania żądań zawartych w odwołaniu (tj. dopuszczalne jest nakazanie wykluczenia wykonawcy z postępowania w miejsce żądanego odrzucenia jego oferty, gdyż z jednej strony zarówno pierwsza jak i druga czynność prowadzi do wyeliminowania wykonawcy z postępowania, a dodatkowo na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą). Ponadto pod pojęciem zarzutu odwołania rozumie się przede wszystkim wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. Z uzasadnienia odwołania w sposób nie budzący wątpliwości wynikało, że odwołujący zarzuca zamawiającego zaniechanie uznania, że wykonawca W. D. PB FON-D. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), a nie że przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

Zaistnienie w odniesieniu do wykonawcy W. D. PB FON-D. podstawy do wykluczenia z postępowania wynika z faktu stwierdzenia niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia tego warunku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do tego wykonawcy procedura uzupełnienia oświadczeń i dokumentów uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została już w toku postępowania o udzielenie zamówienia zastosowana. Natomiast jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jednokrotny charakter. Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia nowego wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zasadność wystosowania przez zamawiającego ww. wezwania nie była kwestionowana i w związku z tym Izba obowiązana jest uwzględnić okoliczność złożenia przez ww. wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nowego wykazu usług. W tym stanie faktycznym sprawy wykonawca W. D. PB FON-D. nie był uprawniony do dalszego uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Należy również podkreślić, że w formularzu ofertowym wykonawca W. D. PB FON-D. wyraźnie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie części zamówienia polegającej na zapewnieniu stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET, a w treści załączonego do formularza oferty zobowiązania (oświadczenia) podmiotu trzeciego wskazano, że udostępnienie zasobów dotyczy zapewnienia stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET. Także zatem z tego powodu nie byłoby dopuszczalne uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego – nie jest bowiem dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, w toku czynności badania i oceny ofert, w zakresie, w którym wykonawca pierwotnie opierał się na własnych zasobach. W konsekwencji powyższego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca W. D. PB FON-D. obowiązany byłby przedstawić wykaz usług zawierający własne doświadczenie (eksploatacja i konserwacja punktów świetlnych ma bowiem szerszy zakres niż zapewnienie stałej łączności bezprzewodowej w systemie GPRS szafek ze sterownikami CPANET), jednakże umożliwienie ww. wykonawcy przedstawienia kolejnego wykazu usług byłoby niedopuszczalne z uwagi na fakt, że wykonawca dokonał już w postępowaniu całkowitej modyfikacji tego wykazu w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogłaby znaleźć zastosowanie jedynie w odniesieniu do pełnomocnictwa dla osoby, która w imieniu Rabbit sp. z o.o. podpisała zobowiązanie (oświadczenie) o udostępnieniu swoich zasobów. Nie budzi żadnych wątpliwości, że ww. oświadczenie woli winno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Rabbit sp. z o.o. Osoba reprezentująca dany podmiot na podstawie udzielonego jej pełnomocnictwa obowiązana jest wykazać swoje uprawnienie przedstawiając dokument pełnomocnictwa. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają w tym zakresie odmiennych regulacji, tj. w szczególności, że za wystarczające należy uznać opatrzenie oświadczenia pieczęcią firmową. Nakazywanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy W. D. PB FON-D do uzupełnienia ww. pełnomocnictwa stało się jednak bezprzedmiotowe wobec stwierdzenia przez Izbę zaistnienia podstawy do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania.

Zawarte w odwołaniu twierdzenia dotyczące ilości punktów świetlnych objętych przedmiotem usługi przedstawionej przez wykonawcę W. D. PB FON-D. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w części IV pkt 2 lit. c ppkt 1 SIWZ, jak i twierdzenie dotyczące niewykonania w terminie części zleceń składających się na tę usługę i naliczenia z tego tytułu kar umownych – nie zostały przez Izbę potraktowane jako zarzuty odwołania. Odwołujący nie sprecyzował bowiem co konkretnie zarzuca zamawiającego w tym zakresie. W odniesieniu do pierwszej kwestii należy wskazać, iż nie jest wiadome czy zarzucane było to, że Rabbit sp. z o.o. nie zrealizował usługi w zakresie wszystkich 6687 punktów świetlnych, czy właśnie to, że wszystkie te punkty były przedmiotem prac Rabbit sp. z o.o., a nie FB Serwis S.A. Natomiast w odniesieniu do drugiej kwestii odwołujący ograniczył się do jednego zdania: „Część zleceń (wskazana szczegółowo w treści pisma) nie została wykonana terminowo i z tego tytułu miały zostać naliczone kary umowne.” nie wskazując w ogóle, jakie skutki wywodzi z tej faktu. Z treści odwołania nie wynikało, czy ww. twierdzenia stanowią zarzuty odwołania (a jeśli tak, to co dokładnie zarzuca zamawiającemu odwołujący), czy też stanowią jedynie element opisywanego stanu faktycznego sprawy. Izba nie jest władna wyręczać odwołującego w formułowaniu zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....