

WYROK
z dnia 5 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Ekopres S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kontynuacja zadania inwestycyjnego: *Zaprojektowanie i budowa ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej numer 8 na odcinku od Piotrkowa Trybunalskiego do granicy województwa łódzkiego, od km 324+772 do km 408+805*”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 października 2019 r., pod nr 607234-N-2019.

21 listopada 2019 r. wykonawca Ekopres S.A. z siedzibą w Warszawie został powiadomiony o wykluczeniu z Postępowania, którą to czynność zaskarżył odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 26 listopada 2019 r. ,zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z 26 ust. 2 Pzp przez przedwczesne i nieuzasadnione wykluczenie z Postępowania uznając, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wyłącznie na podstawie treści złożonego wraz z ofertą i, w ocenie Zamawiającego, nieskutecznie uzupełnionego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, przy zaniechaniu wezwania do złożenia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Powyższe czynności oraz zaniechania miały bezpośredni wpływ na wynik Postępowania – Zamawiający unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, bowiem oferta z najniższą ceną (kolejna w rankingu po wykluczeniu Odwołującego) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania;
2. powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że przedmiot zamówienia obejmuje, zgodnie z SIWZ, usługę polegającą na opracowaniu projektów wykonawczych

ekranów akustycznych oraz budowę tychże ekranów przy drodze ekspresowej nr 8 na odcinku Piotrkowa Trybunalskiego do granicy województwa łódzkiego, od km 324+772 do km 408+805. Zgodnie z kodami Wspólnego Słownika Zamówień zakres rzeczowy zamówienia obejmuje, poza wykonaniem robót, także usługi inżynierskie w zakresie projektowania oraz usługi inżynierii projektowej w zakresie inżynierii lądowej i wodnej.

Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w Postępowaniu:

„7.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy; którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał i zakończył) co najmniej 2 zadania, w ramach których wykonano budowę lub przebudowę ekranów akustycznych przy inwestycjach liniowych, na łączna wartość co najmniej 10.000.000.00 PLN brutto”.

Uwzględniając wartość przedmiotu zamówienia poniżej progów art. 11 ust. 8 Pzp procedura oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu miała dwuetapowy charakter: etap I – wstępne potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, obejmujący złożenie wraz z ofertą oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu. Zatem zgodnie z SIWZ, na etapie składania ofert, wykonawca winien był złożyć dla wstępnego wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wyłącznie oświadczenie na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu.

Wzór oświadczenia na Formularzu 3.1. zawiera w swojej treści jedynie ogólne zapewnienie/deklarację wstępną/oświadczenie wykonawcy o tym, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. Oświadczenie nie wymienia konkretnych inwestycji referencyjnych a zatem na jego podstawie nie ma możliwości uznania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Weryfikacja na podstawie powyższego oświadczenia ma charakter wyłącznie wstępny, zaś ostatecznym i właściwym potwierdzeniem i dowodem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu były odrębne oświadczenia oraz dokumenty o których mowa poniżej, które miały być w postępowaniu składane dopiero na etapie II.

Następnie Odwołujący wskazał na etap II, tj. właściwe wykazanie spełnienia warunków za pomocą wykazu robót oraz poświadczenia należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający przygotował wzór wykazu doświadczenia zawodowego wykonawcy dla spełniania warunków udziału w postępowaniu (Formularz 3.3).

Podsumowując, właściwa ocena spełniania warunku udziału o którym mowa w pkt 7.2.3.a) IDW następować miała na etapie po złożeniu ofert na podstawie złożonego na odrębne wezwanie Zamawiającego wykazu robót oraz dowodów należytego ich wykonania. Wezwanie takie jednak w postępowaniu nie nastąpiło wobec Odwołującego, a tym bardziej nie miało miejsca wezwanie do jego uzupełnienia gdyby było nieprawidłowe.

Następnie Odwołujący podał, że w Postępowaniu Zamawiający, zgodnie z art. 22a Pzp, dopuścił potwierdzenie spełnienia warunku udziału przez wykonawcę z udziałem podmiotu trzeciego powołując w treści specyfikacji regulacje zawarte w Pzp. Zamawiający w zakresie wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału przy udziale podmiotów trzecich przewidział oświadczenie wg. Formularza 3.1.

Zarówno w przypadku gdy wykonawca samodzielnie spełniał warunki, jak i w sytuacji gdy w tym celu posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, na etapie składania oferty, przedkładał w tym zakresie wyłącznie oświadczenie wstępne o spełnieniu warunków na Formularzu 3.1.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania Odwołujący złożył ofertę, składając wraz z nią załącznik nr 3.1, tj. oświadczenie wstępne o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu. Powyższe oświadczenie stanowiło wstępny i wystarczający dowód spełnienia warunków udziału w Postępowaniu zgodnie z Pzp oraz SIWZ. Dodatkowo wykonawca w części oświadczenia dotyczącej spełniania warunków z udziałem podmiotów trzecich w rozumieniu art. 22a Pzp wskazał, że polega na potencjale podmiotu trzeciego. Wypełniając tą część oświadczenia Odwołujący podał informację w zakresie odnoszącym się do spełniania warunków z Tomu 1 Rozdziału 1 pkt 7 SIWZ (punkt wskazuje na wszystkie warunki w tym odnoszące się do doświadczenia i personelu kluczowego) i powielił treść warunku udziału w Postępowaniu. Oświadczenie nie zawiera identyfikacji zadań referencyjnych podmiotu trzeciego. Odwołujący złożył wraz z ofertą pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Treść zobowiązania wskazuje, że podmiot użyczający udostępni Odwołującego jedną z wymaganych dwóch realizacji budowy ekranów nie wskazując ponadto na zamówienie referencyjne.

Podsumowując, na poziomie wymaganych w Postępowaniu dla etapu składania ofert dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału, Odwołujący złożył oświadczenie wg wzoru Zamawiającego i na podstawie treści tego dokumentu, a nie np. pisemnego zobowiązania, Zamawiający winien był oceniać wstępnie spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający przeprowadził ocenę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wyłącznie na podstawie treści pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego z pominięciem wskazanych dokumentów.

Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust 3 Pzp, do uzupełnienia pisemnego zobowiązania z uwagi na przewidywaną w pierwotnym zobowiązaniu formę udostępnienia potencjału. Zgodnie z treścią wezwania z dnia 15 listopada br. Zamawiający oczekiwał alternatywnie:

1. uzupełnienia właściwego zobowiązania ELJAKO-AL. sp. z o.o.;
2. jeżeli nie jest możliwe złożenie ww. zobowiązania Zamawiający wezwał do:
 - 2.1. zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem (złożenia zobowiązania innego podmiotu lub innych dokumentów zgodnie z SIWZ)
 - lub
 - 2.2. zobowiązania się do osobistego wykonania budowy ekranów akustycznych, jeżeli Odwołujący wykaże zdolności techniczne, o których mowa w warunku udziału w Postępowaniu (złożenia oświadczenia o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu).

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego. Uzupełniony dokument potwierdza przewidywany przez podmiot udzielający sposób udostępnienia potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Odwołujący uzupełnił zobowiązanie w treści jaką pozyskał od podmiotu udzielającego.

Odnosząc się do treści uzupełnionego zobowiązania należy wskazać, że przewidywany w zobowiązaniu udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zadania, polegający na zamiarze realizacji usług innych niż roboty budowlane, a wymagających niezbędnego doświadczenia dla spełnienia warunku, można uznać za wystarczający dla spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Usługi takie jak: projektowanie, w szczególności wykonanie projektów warsztatowych i detali technicznych, nadzór w postaci oddelegowania na budowę Dyrektora Kontraktu (bowiem to personel kluczowy z odpowiednim doświadczeniem jest gwarantem zapewnienia wysokiej jakości i terminowości wykonywanych prac), tworzenie i wdrażanie harmonogramów, koordynacja prac ekip wykonawczych, czy wreszcie udostępnienie bazy dostawców materiałów i elementów budowlanych a także organizacja i realizacja zamówień i dostaw materiałów, stanowią element konieczny a wręcz kluczowy dla wykonania przedmiotu zamówienia pomimo, że same w sobie nie są *stricte* robotami budowlanymi. Na istotne znaczenie elementu usług dla zamówienia wskazuje SIWZ, gdyż zamówienia jest usługą polegającą na opracowaniu projektów wykonawczych ekranów akustycznych oraz budowa tychże ekranów przy drodze ekspresowej nr 8 na odcinku Piotrkowa Trybunalskiego do granicy województwa łódzkiego.

W ocenie Odwołującego sam fakt, że podmiot udostępniający potencjał, nie zobowiązał się do wykonania czystych robót budowlanych nie oznacza, że – po pierwsze – nie weźmie

realnego udziału w wykonaniu zamówienia, a po drugie, że w ten sposób nie istnieje możliwość udostępnienia Wykonawcy wymaganego potencjału do wykonania przedmiotu zamówienia.

Podmiot trzeci, jak to wynika wprost z treści uzupełnionego zobowiązania weźmie faktyczny udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 22a ust 4 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. Przepis nie nakłada na podmiot udzielający konieczności wykonania całości przedmiotu zamówienia a jedynie takich robót lub usług do realizacji których zdolności innych podmiotów są wymagane. Podmiot trzeci zgodnie z uzupełnionym zobowiązaniem wykona część prac/weźmie udział w realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający nie wzywał jeszcze w Postępowaniu do złożenia ani wykazu robót w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, ani też poświadczenia ich należytego wykonania. Należy wyraźnie rozróżnić procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentu pisemnego zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp od procedury dwuetapowej dowodzenia spełnienia warunków z art. 26 ust. 2 Pzp, która polega na:

1. wezwaniu wykonawcy do złożenia wykazu zamówień wraz z referencjami w celu wykazania spełniania warunków udziału, w wyznaczonym odrębnym terminie na ich złożenie – nie krótszym niż 5-dniowy;
2. wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu wraz z referencjami z wyznaczeniem odpowiedniego terminu, jeśli złożone w trybie art. 26 ust. 2 Pzp dokumenty byłyby wadliwe.

Wykluczenie z Postępowania z powodu niespełnienia warunków w trybie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp następuje dopiero po wyczerpaniu powyższej drogi. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie zastosował tej procedury, a ocenił, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków już na podstawie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wraz z ofertą. W ocenie Odwołującego uzupełnione zobowiązanie nie przesądza kwestii oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, bowiem ta miała być dokonana na podstawie dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 2 Pzp kierowanych do Odwołującego, a takiego wezwania Zamawiający jeszcze nie skierował. W konsekwencji decyzję o wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp uznać należy w tej sytuacji za przedwczesną i dokonaną z naruszeniem art. 26 ust. 2 Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią zawiadomienia z dnia 21 listopada 2019 r. Zamawiający przewiduje zatrzymania wadium Odwołującemu wraz z odsetkami, na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Co prawda art. 180 ust. 2 Pzp nie przewiduje wprost samodzielnej podstawy wnoszenia odwołania dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych w zakresie dotyczącym czynności zatrzymania wadium, jednak w sprawie zamiar taki

ma bezpośredni związek z kwestionowaną odwołaniem czynnością wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący wskazał, że – po pierwsze – ewentualna czynność zatrzymania wadium, o której Zamawiający wspomina w piśmie, byłaby przedwczesna, zgodnie z argumentacją zawartą w treści odwołania. Po drugie, Odwołujący nie zaniechał uzupełnienia zobowiązania na wezwanie Zamawiającego. Dokument został złożony we właściwej formie i terminie. Tym samym nie może być mowy o celowym jego nieuzupełnieniu. Po trzecie, Odwołujący dokonał przedłużenia ważności gwarancji wadialnej bankowej złożonej w postępowaniu i przekazał Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej z zachowaniem jego ciągłości. Zatem gdyby istotnie Odwołujący zamierzał nie uzupełniać wskazanego zobowiązania, czy też wpływać w sposób nieuprawniony na wynik postępowania celowo nie uzupełniając właściwego dokumentu, oczywiście nie dokonywałby wydłużenia terminu ważności wadium.

Nie ulega wątpliwości i jest bezsporne, że Odwołujący:

1. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
2. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zobowiązanie było zobowiązaniem, które było złożone w wyznaczonym terminie i prawidłowej formie;
3. uzupełnione zobowiązanie zawierało skorygowaną treść oświadczenia podmiotu trzeciego;
4. podmiot udostępniający potencjał złożył w uzupełnieniu pisemne zobowiązanie do udostępnienia potencjału doświadczenia deklarując jednocześnie zamiar wzięcia osobistego udziału w realizacji zamówienia w formie nadzoru merytorycznego nad wykonywanymi pracami oraz bieżącego nadzoru merytorycznego i doradztwie w związku z wykonaniem ekranów dla przedmiotowego zadania.

Mając powyższe na względzie nie ulega wątpliwości, że przesłanka zatrzymania wadium o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp nie nastąpiła.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Na wstępie Zamawiający zakwestionował interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku wykluczeniem z Postępowania, co implikować powinno oddalenie odwołania. Obok wykluczenia Odwołującego Zamawiający dokonał też czynności unieważnienia Postępowania. Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia plasuje się poniżej progów określonych na podstawie przepisów wykonawczych, o których mowa w treści art. 11 ust. 8 Pzp, katalog czynności od których ubiegający się o to zamówienie mogli wnieść odwołanie został ograniczony w treści art. 180 ust. 2 Pzp. Ustawa wymienia tam taksatywnie czynności zamawiającego, od których przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania, a w wśród tych czynności próżno szukać unieważnienia

postępowania. Wobec tego należy wskazać, że skoro Zamawiający unieważnił Postępowanie, to wobec braku możliwości zaskarżenia tej czynności, stała się ona ostateczną i prawomocną. Nawet więc uwzględnienie odwołania (zaskarżającego tylko wykluczenie Odwołującego z Postępowania) nie doprowadzi do uzyskania przez Odwołującego zamówienia, ponieważ Postępowanie zostało prawomocnie unieważnione.

Na marginesie Zamawiający wskazał również, że nawet gdyby w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej „progów unijnych” możliwe było wniesienie odwołania od czynności unieważnienia postępowania, to Odwołujący we wniesionym środku ochrony prawnej w żaden sposób nie podważył prawidłowości tej czynności, ani nie wnioskował o unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania. Również więc i w tym wypadku należałoby przyjąć, że czynność unieważnienia Postępowania stała się ostateczną i prawomocną, a nawet wzruszenie czynności Odwołującego z postępowania (mając też na uwadze, że KIO związana jest zarzutami odwołania) nie skutkowałoby możliwością uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, wywiedziony w odwołaniu (i jedyny) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 Pzp związany z wykluczeniem Odwołującego z Postępowania, jest bezzasadny, co również stanowi samoistną przesłankę do oddalenia odwołania.

Zamawiający przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, a następnie wykonanie robót budowlanych polegających na budowie ekranów akustycznych. Z przedmiotem zamówienia skorelowane zostały warunki udziału w Postępowaniu, w tym określony w treści rozdz. 7.2.3.a) IDW (Tom I SIWZ), zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali (zakończyli) co najmniej 2 zadania w ramach których wykonano budowę lub przebudowę ekranów akustycznych przy inwestycjach liniowych na łączną wartość co najmniej 10.000.000,00 zł.

Składając wraz z ofertą wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący oświadczył, że wspomniany warunek spełnia przez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego – Eljako-al sp. z o.o. (dalej „Wykonawca E”). Odwołujący wskazał wprost w treści przedmiotowego wstępnego potwierdzenia, że polegał będzie na doświadczeniu tego podmiotu w zakresie, tu cytat „Doświadczenie zawodowe, realizacja 2 zadań budowy ekranów na łączną kwotę 10.000.000,00 zł”. Mając na uwadze przytoczone, jasne i niebudzące wątpliwości Zamawiającego oświadczenie Odwołującego, a co więcej i pełną treść rozdz. 7.2.3.a) IDW, zgodnie z którym Zamawiający wykluczył częściowe wykazanie spełnienia tego warunku przez jeden podmiot, a częściowe przez drugi, oczywistym jest, że Odwołujący zadeklarował, że przedmiotowy warunek spełni powołując się w całości na doświadczenie Wykonawcy E (a więc, że podmiot ten posiadał będzie

doświadczenie w postaci wykonania (zakończenia) co najmniej 2 zadań w ramach których wykonano budowę lub przebudowę ekranów akustycznych przy inwestycjach liniowych na łączną wartość co najmniej 10.000.000,00 zł).

Przypomnieć też należy, że przy tego typu oparciu się na doświadczeniu podmiotów trzecich, podmioty te muszą być też podwykonawcami wykonawcy przy realizacji zamówienia, bowiem 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 (art. 22a ust. 4 Pzp oraz rozdział 10.4 IDW). Skoro więc przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, czemu odpowiada treść określonego w rozdz. 7.2.3).a) IDW warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym niezbędne jest wykazanie wykonania co najmniej 2 robót budowlanych, to bez wątplenia warunkiem *sine qua non* oparcia się na doświadczeniu podmiotu trzeciego w tej sprawie jest faktyczne wykonanie robót budowlanych przez ten podmiot w toku realizacji zamówienia – używa on bowiem swoich zdolności w postaci doświadczenia przy realizacji takich robót.

Mając na uwadze powyższe, zobowiązanie podmiotu trzeciego którego doświadczeniem posłużyć się chciał Odwołujący, powinno – po pierwsze – opiewać na doświadczenie w wykonaniu dwóch referencyjnych zadań (robót budowlanych), a po drugie – gwarantować realny i rzeczywisty udział tego podmiotu w wykonaniu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia. Tymczasem, jak wskazano w załączonym do oferty zobowiązaniu Wykonawcy E, oświadczył on o gotowości „oddania” swojego doświadczenia polegającego na wykonaniu tylko jednego zadania w przedmiocie budowy ekranów akustycznych, które to, co więcej polegać miało na „konsultacjach” bez wskazywania zakresu udziału w wykonaniu zamówienia.

Z tego też powodu, Zamawiający w dniu 15 listopada 2019 r. wezwał Odwołującego do: (1) złożenia odpowiedniego zobowiązania Wykonawcy E, bądź (2) do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem, bądź (3) zobowiązania się przez Odwołującego do osobistego wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący ponownie złożył oświadczenie Wykonawcy E (datowane na dzień 18.11.2019 r.), zgodnie z którym podmiot ten oświadczył o oddaniu zasobów w postaci doświadczenia w zakresie wykonania jednego tylko zadania polegającego na realizacji budowy ekranów akustycznych z dwóch wymaganych zgodnie z treścią warunku udziału w Postępowaniu. Ponadto, w oświadczeniu tym Wykonawca E wskazał, że Odwołujący będzie miał pełen i nieograniczony dostęp do zasobów niematerialnych (*know-how*) Wykonawcy E, w szczególności doświadczenia zdobytego przy realizacji ekranów akustycznych, a zakres udziału Wykonawcy E w wykonaniu zamówienia stanowić będzie nadzór merytoryczny nad pracami. Wbrew więc treści wezwania Zamawiającego z dnia 15 listopada 2019 r., Odwołujący nie przedstawił zobowiązania podmiotu trzeciego,

zgodnie z którym podmiot ten wykona roboty budowlane, mimo, że właśnie doświadczenie tego podmiotu przy realizacji robót budowlanych w świetle warunku udziału w postępowaniu było przedmiotem udostępnienia.

Podsumowując powyższe należy bezspornie uznać, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 7.2.3) .a) IDW, ponieważ:

1. Wykonawca E na którego doświadczenie powołał się Odwołujący nie udostępnił mu wystarczającego doświadczenia w postaci realizacji dwóch zadań polegających na budowie ekranów akustycznych mimo, że zgodnie z treścią formularza ofertowego, na tym właśnie doświadczeniu polegać miał Odwołujący;
2. Wykonawca E nie zobowiązał się do wykonania robót budowlanych w ramach realizacji przyszłego zamówienia, pomimo, że ww. warunek udziału w Postępowaniu w związku z którym Odwołujący powołał się na doświadczenie tego podmiotu, opiewał właśnie na wykonanie robót budowlanych.

Odnosząc się do stanowiska i podnoszonych przez Odwołującego argumentów należy uznać je za bezzasadne. W zasadzie Odwołujący twierdzi bowiem, że wykluczenie go z Postępowania było przedwczesne i nie mogło ono nastąpić przez etapem weryfikacji spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w oparciu o wykaz robót oraz referencje. Innymi słowy Odwołujący twierdzi, że Zamawiający, na bazie złożonych wraz z ofertą wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu oraz zobowiązania podmiotu trzeciego (nieskutecznie uzupełnionego) nie mógł rozstrzygnąć o braku wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący twierdzi też, że złożył skuteczne i wystarczające wstępne oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w Postępowaniu o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW, na podstawie którego to oświadczenia, Zamawiający procedować powinien dalej, wzywając go do złożenia dokumentów podmiotowych.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, gdyż w zaszereowanym stanie faktycznym Odwołujący nie podołał nawet wstępnemu potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a *fortiori* więc nie mógł też wykazać spełnienia warunku udziału w Postępowaniu na „zasadniczym” stadium tego badania.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że ani Odwołujący, ani podmiot trzeci nie złożyli skutecznego, potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w treści załączonego do oferty oświadczenia złożonego na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp, Odwołujący wprost oświadczył, że w zakresie spełnienia warunku w postaci „realizacji dwóch zadań budowy ekranów na łączną kwotę 10.000.000,00 pln” polegać będzie na zasobach Wykonawcy E. Tym samym więc należało przyjąć, że spełnienie w całości warunku o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW nastąpi przez powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Taka konstatacja jest też

oczywista mając na względzie pełną treść wspomnianego warunku, zgodnie z którą wykazanie jego spełnienia musi nastąpić w całości przynajmniej jeden podmiot, w świetle czego, niemożliwym byłoby wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku przez powołanie się na zasoby podmiotu w zakresie jednego zadania, a w zakresie zadania drugiego powołanie się na doświadczenie własne Odwołującego. Co więcej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 listopada 2019 r., Odwołujący, mając taką możliwość, nie oświadczył wcale, że wykaże samodzielnie spełnienie tego warunku w całości lub też (zakładając nawet, że byłoby to możliwe) częściowo, mimo że znał już stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym złożone wraz z ofertą oświadczenie Wykonawcy E w zakresie „użyczenia” doświadczenia w postaci zrealizowania jednego tylko zamówienia na budowę ekranów było nieprawidłowe. Wszystko to prowadzi do wniosku, że od początku założeniem Odwołującego było powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego wykazując w całości spełnienie warunku, o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW (tj. na wykonanie przez ten podmiot dwóch wymaganych zadań). Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący nigdy wstępnie skutecznie nie oświadczył, że spełnia (choćby częściowo) samodzielnie warunek określony w rozdz. 7.2.3).a) IDW (z całą pewnością w ten sposób nie można wkładać treści złożonego wraz z ofertą wstępnego oświadczenia, w którym, co wspomniano już powyżej, wprost wskazano, że w tym zakresie Odwołujący powoła się na zasoby podmiotu trzeciego). Jednocześnie, podmiot na którego doświadczenie Odwołujący się powołał, w treści złożonego zobowiązania (również uzupełnionego) wprost wskazał, że nie udostępnia swojego doświadczenia w zakresie wykonania dwóch wymaganych robót. Wobec powyższego, w zaistniałym w stanie faktycznym:

1. Odwołujący nie złożył nigdy skutecznego wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunku o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW w ramach własnego doświadczenia, od początku bowiem powoływał się w tym w całości na doświadczenie Wykonawcy E;
2. weryfikacja zobowiązania podmiotu trzeciego wykazała, że wstępne oświadczenie o spełnieniu warunku, o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW złożone przez Odwołującego w zakresie w jakim powołał się on w całości na doświadczenie Wykonawcy E było nieprawdziwe – podmiot ten „użył” doświadczenia w zakresie jednego z dwóch zadań wymaganych na potwierdzenie spełnienia tego warunku;
3. nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący oświadczył wstępnie częściowe spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW (w zakresie jednego z dwóch zadań wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu), a w zakresie drugiego zadania powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, to w ten sposób, zgodnie z IDW, spełnienie warunku nie mogło zostać skutecznie wykazane.

Wobec więc braku wstępnego potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku, Zamawiający nie tylko nie musiał, ale też i nie mógł dalej weryfikować wykazania spełnienia

przez Odwołującego (samodzielnie czy też za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego) warunku udziału w Postępowaniu i zasadnie dokonał wykluczenia go z Postępowania.

Wbrew też temu co twierdzi Odwołujący, właściwym etapem dla weryfikacji wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego, mając na względzie treść zobowiązania tego podmiotu, jest etap po złożeniu wstępnych oświadczeń przez wykonawców oraz wspomnianego zobowiązania wraz z ofertą. Przekonującą (i powszechnie przyjętą) w tym zakresie wykładnię przepisów prawa zamówień publicznych zaprezentował Prezes UZP w opinii pt. „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp” (zamieszczonej na stronie internetowej uzp.gov.pl w zakładce „Baza wiedzy”), gdzie, argumentując, że zobowiązanie podmiotu trzeciego obligatoryjnie załączone być musi do oferty wykonawcy wskazano: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane – w zamówieniach powyżej progów UE – na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE – w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument”. Z przytoczonej opinii wynika więc jasno, że wstępne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tak jak to zrobił Zamawiający w tej sprawie, nastąpić powinno łącznie przez pryzmat wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunku udziału w Postępowaniu i zobowiązania podmiotu trzeciego. Jeżeli treść tego zobowiązania nie potwierdza okoliczności wskazanych we wstępnych oświadczeniach (np. treść ta nie potwierdza udostępnienia przez podmiot trzeci wymaganego doświadczenia lub zakres zasobów udostępnianych jest mniejszy wymagany) Zamawiający zobligowany jest do wykluczenia wykonawcy, bowiem ten, nawet wstępnie nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykluczenie takie, o ile zamawiający, na podstawie art. 22a ust. 3 Pzp umożliwił wykonawcy uzupełnienie złożonego pierwotnie zobowiązania, zastąpienie podmiotu wskazanego w ofercie innym podmiotem lub też zobowiązanie się do wykazania spełnienia warunku doświadczeniem własnym, uznać należy za uzasadnione.

Kolejno należy też wskazać, co stanowić by mogło samoistną podstawę do Odwołującego z Postępowania, że oprócz niewykazania za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego, iż ten wykonał samodzielnie dwa wymagane w treści rozdz. 7.2.3).a) IDW zadania

polegające na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych, to zakres udostępnienia przez Wykonawcę E swoich zasobów, a także zadeklarowany udział w wykonaniu zamówienia jest niewystarczający dla uznania spełniania przedmiotowego warunku w świetle art. 22a ust. 4 Pzp. Również i w tym zakresie stanowisko Odwołującego nie może zostać uznane za zasadne.

Bez powielania całego przytoczonego w informacji o włączeniu Odwołującego z postępowania orzecznictwa, zasygnalizować w tym miejscu należy jedynie, że ugruntowana w judykaturze i w zasadzie niekwestionowana jest wykładnia wspomnianego przepisu, zgodnie z którą wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Jednocześnie, pomimo że treść warunku udziału w Postępowaniu zawartego w IDW, korelująca z przedmiotem zamówienia, opiewa na wykonanie robót budowlanych, treść zarówno złożonego wraz z ofertą jak i uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego zobowiązania Wykonawcy E wskazuje, że podmiot ten nie zobowiązał się do realnego i rzeczywistego wykonania w postaci realizacji robót budowlanych. Świadczy to jednoznacznie o braku wykazania przez Odwołującego spełnienia wspomnianego warunku w oparciu o doświadczenie podmiotu trzeciego.

Jednocześnie, jeśli chodzi o zakres udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, sposób wykorzystania przez wykonawcę głównego tych zasobów, okres udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, a także realność i rzeczywistość wykonania robót lub usług będących przedmiotem zamówienia przez ten podmiot, jedynym dokumentem przez pryzmat którego wspomniane okoliczności mogą być ocenione i zweryfikowane jest właśnie zobowiązanie podmiotu trzeciego, które składane jest wraz ofertą. Tym samym, również więc co do zobowiązania się Wykonawcy E w niedostatecznym zakresie z punktu widzenia uczestnictwa w realizacji zamówienia, stanowisko Odwołującego o przedwczesności wykluczenia go z Postępowania jest bezzasadne. Należy zwrócić uwagę, że w dokumentach składanych w toku dalszej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, tj. wykazu robót oraz referencjach brak byłoby informacji o tym, w jakim podmiot trzeci udostępni swoje zasoby Odwołującemu. Wobec tego, skoro z załączonego do oferty zobowiązania Wykonawcy E, ani z uzupełnionego zobowiązania złożonego na wezwanie Zamawiającego nie wynikało, że podmiot ten w rzeczywistości wykonywać miał roboty budowlane wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, to weryfikacja tych dokumentów była wystarczająca dla stwierdzenia braku spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie wykluczenia go z postępowania,

Korespondując uzupełniająco z treścią odwołania, należy wskazać, że w świetle art. 22a ust. 4 Pzp, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, przewidziany w uzupełnionym zobowiązaniu udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie jest wystarczający dla uznania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 7.2.3).a) IDW za

spełniony. Przepis ten stanowi jasno, że podmiot trzeci powinien wykonać roboty budowlane w zakresie których powołano się na jego doświadczenie, a brak zobowiązania do wykonania takich robót przekreśla uznanie warunku za spełniony. Jednocześnie, odnosząc się do wymienionych w treści odwołania (str. 9) usług, które w przekonaniu Odwołującego konieczne są do wykonania przedmiotu zamówienia, również zobowiązanie do ich wykonania nie wynika z zalegających w aktach Postępowania zobowiązań Wykonawcy E (które w tym zakresie muszą być rozstrzygającymi). Zwrócić należy bowiem uwagę, że w treści wspomnianych dokumentów Wykonawca E nie zobowiązał się ani do oddelegowania na budowę Kierownika Budowy, ani do udostępnienia baz dostawców materiałów i elementów budowlanych, ani do wykonania projektów warsztatowych czy projektów detali technicznych. Nawet jednak gdyby tak było, to o ile podmiot trzeci nie oświadczył, iż wykona roboty budowlane, Zamawiający nie mógł uznać spełnienia warunku udziału w postępowaniu za wykazany.

Podsumowując powyższe, czynność wykluczenia Odwołującego poprzedzona stwierdzeniem o braku wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdz. w 7.2.3.a) IDW była prawidłowa.

Zamawiający podnosi też, że ani za zasadne, ani za możliwe do rozpoznania przez Izbę, nie mogą zostać uznane zastrzeżenia Odwołującego co do zatrzymania wadium. Po pierwsze bowiem wobec niezłożenia w terminie wymaganego dokumentu (w tym znaczeniu, że nie wynikało z niego spełnienie warunku udziału w Postępowaniu), Zamawiający uprawniony był do zatrzymania wadium. Po drugie, ewentualne roszczenia w tym zakresie możliwe są do dochodzenia na gruncie postępowania cywilnego, a nie przed KIO (co zresztą przyznał sam Odwołujący w treści odwołania).

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego podtrzymały zaprezentowane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wykazu robót budowlanych wraz z referencjami, które zamierzał złożyć Zamawiającemu celem definitywnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu (dowody O1).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Nie mogła się ostać przeciwna argumentacja Zamawiającego, wskazująca na podjęcie przez niego czynności nie objętej, ze względu na wartość przedmiotowego zamówienia, katalogiem czynności

zaskarżalnych, zawartym w treści przepisu art. 180 ust. 2 Pzp. Uszło uwadze Zamawiającego, że unieważnienie Postępowania było następstwem wykluczenia Odwołującego, zatem zwalczanie tylko tej czynności Zamawiającego, do czego Odwołujący jest niewątpliwie uprawniony (zob. art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp), mogłoby odnieść skutek w postaci odpadnięcia podstawy do unieważnienia Postępowania, bez konieczności formułowania oddzielnych zarzutów w tym zakresie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów z 15 listopada br., odpowiedzi Odwołującego z 19 listopada 2019 r. z załącznikami, informacji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z 20 listopada 2019 r., listu intencyjnego Wykonawcy E z 16 października 2019 r., korespondencji pomiędzy Odwołującym a Wykonawcą E z 15 i 18 listopada 2019 r., dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego skład orzekający uznał, że stan faktyczny sprawy, w tym brzmienie warunku udziału w Postępowaniu, a także treść pierwotnego i uzupełnionego zobowiązania Wykonawcy E, został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści ww. dokumentów i wymaga uzupełnienia jedynie o niżej wskazane ustalenia.

Zgodnie z pkt 10.2 SIWZ-IDW obowiązkiem wykonawcy polegającego na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów było przedstawienie Zamawiającemu zobowiązania tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający przewidział wzór zobowiązania korespondujący ze wskazaniami wynikającymi z pkt 10.9 SIWZ-IDW. Ponadto, informacje o podmiocie udostępniającym zasoby miały się znaleźć, zgodnie z pkt 10.7 SIWZ-IDW, w oświadczeniu wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, sporządzonym według wzoru stanowiącego Formularz nr 3.1 (zob. postanowienia 9.1 – 9.2 SIWZ-IDW).

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący składając ofertę w Postępowaniu załączył do niej wspomniane oświadczenie, w którym – jako podmiot udostępniający zasoby w zakresie 2 zadań budowy ekranów na łączną kwotę 10 mln zł – wymienił Wykonawcę E. Do oświadczenia załączył również zobowiązanie ww. podmiotu, które następnie – w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów z 15 listopada br. – zostało uzupełnione. Treść uzupełnionego zobowiązania, w połączeniu z treścią oświadczenia złożonego na formularzu 3.1, stała się następnie podstawą wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Oceniając zaskarżoną odwołaniem czynność skład orzekający uznał, że została ona dokonana prawidłowo, ergo odwołanie podlegało oddaleniu.

Clou problemu wymagającego rozstrzygnięcia była, zdaniem Izby, realność udostępnienia Odwołującemu zasobu w postaci doświadczenia w zakresie budowy ekranów akustycznych. W konsekwencji za bezprzedmiotowe skład orzekający uznał rozważania Odwołującego o dwuetapowej procedurze potwierdzania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ponieważ skoro Odwołujący – zarówno w ofercie, jak i w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów – powoływał się na zobowiązanie Wykonawcy E, to obowiązkiem Zamawiającego było ocenić ten dokument pod kątem realności udostępnienia potencjału, nie zaś wstrzymać się z dokonaniem tej czynności dopiero do momentu otrzymania kolejnych dokumentów w postaci wykazu robót budowlanych i referencji, które wszak nie byłyby zdadne do przeprowadzenia wspomnianej oceny. Dalsze dokumenty, których uzyskania Zamawiający bezprawnie – zdaniem Odwołującego – zaniechał, umożliwiłyby udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy doświadczenie Wykonawcy E wpisuje się w treść warunku udziału w Postępowaniu. Nie miałyby natomiast wpływu na stwierdzenie, czy doświadczenie Wykonawcy E (niezależnie od tego, czy korespondowało z treścią warunku, czy też nie) zostało Odwołującemu realnie udostępnione. Kierując się tymi zapatrywaniami Izba uznała dowody O1 za nieprzydatne do rozstrzygnięcia odwołania.

Podobnie, nie miała istotnego znaczenia w okolicznościach sprawy kwestia dopuszczalności wykazywania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w przyjęty przez Odwołującego sposób (tj. przez częściowe odwołanie się do doświadczenia Wykonawcy E, a w pozostałym zakresie poleganie na własnym doświadczeniu). W takim modelu wystarczające dla stwierdzenia podstaw do jego wykluczenia z Postępowania było uznanie, że potencjał podmiotu trzeciego nie został mu realnie udostępniony.

Przechodząc do *meritum*, tj. oceniając wspomnianą realność, Izba miała na względzie, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego, treść warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.1.3.a) SIWZ-IDW referowała do robót budowlanych – mowa w nim o zadaniach, w ramach których wykonano budowę lub przebudowę ekranów akustycznych. W konsekwencji skład orzekający uznał, że warunkiem *sine qua non* uznania realności udostępnienia Odwołującemu potencjału w postaci doświadczenia Wykonawcy E jest jego bezpośredni udział w realizacji zamówienia, co jest zgodne z przepisem art. 22a ust. 4 Pzp i stanowiącym jego powtórzenie pkt 10.4 SIWZ-IDW. Abstrahując od treści przedstawionych Zamawiającemu zobowiązań Wykonawcy E, które takiej okoliczności nie potwierdzają, w dokumentacji Postępowania znajduje się korespondencja Odwołującego z Wykonawcą E, z której wprost wynika, że wbrew intencjom Odwołującego (zob. pismo z 15 listopada br.) Wykonawca E oświadczył, że jego udział w realizacji zamówienia nie będzie obejmował robót budowlanych (*vide* odpowiedź Wykonawcy E z 18 listopada 2019 r.).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....