

Sygn. akt: KIO 2653/15

WYROK
z dnia 15 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **PHU Master Ł. S., ul. Tuwima 5/33, 19-300 Elk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nadleśnictwo Elk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Elk**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert

2. Kosztami postępowania obciąża Nadleśnictwo Elk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Nadleśnictwa Elk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Elk** kwotę **10 000 zł 40 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz **PHU Master Ł. S., ul. Tuwima 5/33, 19-300 Elk** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Suwałkach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Nadleśnictwo Etł, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Etł, dalej zwane także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Budowa budynku mieszkalnego jednorodzinnego - leśniczówki i budynku gospodarczego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, po uprzedniej rozbiórce istniejącego budynku mieszkalnego jednorodzinnego i budynku gospodarczego w Szeligach – Buczkach”*.

W dniu 2 grudnia 2015 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert 10 wykonawców – w tym również oferty Odwołującego, oraz o unieważnieniu postępowania z tego powodu iż dwie pozostałe w postępowaniu oferty zawierały cenę ofertową przekraczającą kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 7 grudnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PHU Master Ł. S., ul. Tuwima 5/33, 19-300 Etł, dalej zwanego także „Odwołującym”, który we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3 - ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Łukasza Staniszewskiego do złożenia dokumentów wykazujących, że ostatnio wymieniony legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w budowie domów jednorodzinnych lub wielorodzinnych o powierzchni minimum 150/m² wraz z budynkami gospodarczymi i infrastrukturą zewnętrzną
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Ł. S. pomimo spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez ostatnio wymienionego, przy czym Zamawiający zaniechał wezwania zgodnie z art.26 ust. 3 – Pzp,
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 - ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, że oferta Ł. S. jest najkorzystniejsza i nie przewyższa kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz, że ostatnio wymieniony spełnia wszystkie wymogi wskazane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego wniósł o;

4. o uwzględnienie odwołania;
5. nakazanie unieważnienia - czynności Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
6. nakazanie wykonania przez Zamawiającego -wezwania Ł. S. do złożenia dokumentów wykazujących, że ostatnio wymieniony legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganym w SIWZ

Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu: dwa listy referencyjne - na okoliczność ustalenia posiadania przez Ł. S. wiedzy i doświadczenia w budowie domów jednorodzinnych lub wielorodzinnych o powierzchni minimum 150 m² wraz z budynkami gospodarczymi i infrastrukturą zewnętrzną.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że w opisanym stanie faktycznym Zamawiający miał bezwzględny obowiązek wezwać Ł. S. do uzupełnienia oferty w - sytuacji dostrzeżenia jej braków, które nie pozwalały na prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca w art. 26 ust.3 Pzp nie pozostawił Zamawiającemu w tym zakresie uznaniowości powyżej zobowiązując go do wezwania wykonawcy, gdy ten przy ocenie ofert stwierdzi, że wykonawca postawionych warunków nie spełnia. Zamawiający przed odrzuceniem oferty Ł. S. winien wezwać go do uzupełnienia dokumentacji poprzez złożenie dokumentów i oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunków z SIWZ.

Wskazał także iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bowiem pomimo braku podstaw prawnych odrzucił ofertę Ł. S.. Brak istnienia podstawy prawnej wynikał wprost z ustalonego stanu faktycznego.

Ponadto dodał, że Zamawiający nie miał legalnej podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bowiem Ł. S. spełnia *ex tunc* wszystkie warunki wskazane przez Zamawiającego, zaś jego oferta nie przekracza wartości środków pieniężnych przeznaczonych na rzeczne zamówienie przez Zamawiającego.

Wskazał także iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podając nieistniejącą podstawę prawną tj. art. 89 ust. 1 pkt 42 Pzp., chociaż z opisu wynika iż w istocie Zamawiający chciał odrzucić ofertę, powołując się na art 89 ust. 1 pkt 2.Pzp. Podał także, iż Zamawiający nie podjął próby skonkretyzowania okoliczności faktycznych decydując się tym samym na ogólne podanie przepisu

Ponadto stwierdził, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, a nade wszystko oparta na nieistniejących przesłankach. Odwołujący Ł. S. bowiem złożył ważną ofertę odpowiadającą treści SIWZ, zaś przeznaczona przez Zamawiającego kwota nie przewyższała ceny oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przed KIO, wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, iż rozstrzygając przetarg Zamawiający odrzucił ofertę Zamawiającego w oparciu o treść art. 89 ust.2 Pzp z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada SIWZ i w konsekwencji unieważnił postępowanie w trybie określonym w art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp Wskazał, że w swojej ofercie Odwołujący przedstawił wykaz wykonanych robót zgodnie z załączonym wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ i dołączył referencje robót wymienionych w wykazie. Pod względem formalnym Wykonawca przygotował i dostarczył kompletną ofertę. Podał również niezbędną, wymaganą przez Zamawiającego,

liczbę robót i dołączył na dowód ich prawidłowego wykonania stosowne referencje. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie miał powodu wzywać Wykonawcy do uzupełnienia kompletnej oferty.

Po merytorycznej ocenie oferty Zamawiający stwierdził, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawcy nie jest spełniony z tego powodu, że przedstawione przez Wykonawcę roboty nie są zbliżone swoim rodzajem do robót planowanych do wykonania. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący podziela poglądy Zamawiającego w tym zakresie wskazując, że Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie i dołączając do odwołania nowe referencje. Z analizy treści art. 26 ust 3 zdaniem Zamawiającego taki obowiązek w tej sytuacji nie wynikał, gdyż braki formalne nie są przesłanką według ww. przepisu do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Stwierdził iż Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie miał obowiązku w tym stanie faktycznym do wzywania Wykonawcy do uzupełniania dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego była konieczność unieważnienia postępowania bowiem żadna niewadliwa oferta nie odpowiadała kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Pzp potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić należy także, że postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych. Tym samym przedmiotem odwołania i rozstrzygnięcia przez Izbę mogą być tylko zarzuty wynikające z czynności Zamawiającego określonych w art. 180 ust.2 ustawy Pzp. tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz następczego skutku tej czynności w postaci unieważnienia postępowania.

Z analizy przyczyn odrzucenia oferty przez Zamawiającego jednoznacznie wynikało, że podstawą odrzucenia oferty było niewykazanie zdaniem Zamawiającego przez Odwołującego, spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w SIWZ, a dotyczącego posiadania określonej wiedzy i doświadczenia.

W tym zakresie stwierdzić należy, że od warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu- ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne- ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą - art. 24 ust.4Pzp) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Warunki określone w art. 22 ust.1 Pkt. 1-4 nie są oświadczeniami woli lecz oświadczeniami wiedzy. Nie są więc elementami treści oferty i podobnie jak dokumenty je potwierdzające nie są składnikami oferty, dlatego też samym nie mogą być podstawą odrzucenia oferty. Ustawa Pzp wyraźnie oddziela warunki udziału w postępowaniu od dokumentów, jakie wykonawcy są zobowiązani przedłożyć na ich potwierdzenie. Tym samym w przypadku niespełniania warunku udziału w postępowaniu to taki wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, a nie jego oferta zostać z tego powodu odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że Zamawiający na rozprawie przyznał się do popełnienia błędu w tym zakresie.

Wobec powyższego Izba uznaje, że wskazane odrzucenie oferty jest *de facto* wykluczeniem wykonawcy i dlatego w dalszej części uzasadnienia, ocena Izby będzie odnosiła się do zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a nie odrzucenia jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ dla wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia oczekiwał złożenia *„wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączenie dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo i terminowo ukończone. (...) Wykaz dotyczyłby robót budowlanych w zakresie: -domów jednorodzinnych lub wielorodzinnych o powierzchni min.: 150 m² wraz z budynkami gospodarczymi i infrastrukturą zewnętrzną, - budynków użyteczności publicznej zbliżonych swoim rodzajem do robót planowanych do wykonania (.....)*. Z informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający podał, że odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż *„Nie spełniono warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawcy zgodnego z treścią SIWZ”*. Odnosząc się do takiego uzasadnienia podstawy do wykluczenia Izba informacyjnie wskazuje iż tak skąpa informacja nie wyczerpuje obowiązku

Zamawiającego wynikającego z przepisu art. 24 ust.3 Pzp. Rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania w informacji o wyborze oferty czy unieważnieniu postępowania, tylko podstawy prawnej (w tym przypadku błędnej) i hasłowego wskazania stanu faktycznego. Powinno zawierać wyczerpujące uzasadnienie. Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań Zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytuację i szansę w uzyskaniu zamówienia (por. Wyrok SO W Gdańsku sygn. akt XII Ga 108/15).

Uszczegóławiając argumentację dotyczącą podstawy wykluczenia Odwołującego, na rozprawie Zamawiający podał, że *„odrzucił ofertę wykonawcy dlatego, że wykonawca ten złożył wykaz usług dot. wykonania robót, które swoim rodzajem nie były zbliżone do robót planowych do wykonania w ramach tego zamówienia, gdyż zamawiający oczekuje wybudowania nowego obiektu”*. Wskazać należy, że Odwołujący w załączniku nr 4 zawierającym wykaz usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia podał dwie roboty wykonane przez niego. Jedną, to były *„prace budowlane w Gminnym Ośrodku Kultury miejscowości Stare Juchy, drugą robotą była przebudowa Szkoły Podstawowej w miejscowości Wilkasy. Obie roboty były na kwotę wyższą niż tego wymagał zamawiający dla pojedynczej roboty, gdyż wartość każdej z nich wynosiła ponad 700 tys. zł. Referencje dotyczące tych robót z wykazu usług nie zostały doręczone wraz z ofertą”*.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego iż powyższe wykazane roboty uzasadniały uznanie wykazania spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba wskazuje, że kwestia ta winna być przedmiotem ponownej oceny oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Niewątpliwym jest, że roboty budowlane na obiektach istniejących są w znacznej mierze podobne do robót budowlanych wykonywanych na nowo wznoszonych budynkach. Zamawiający w wykluczeniu nie kwestionuje rodzaju budynków na którym te roboty były wykonywane, lecz rodzaj robót, a te w wielu zakresach są tożsame lub podobne. Tym samym kwestia ta winna podlegać ponownej analizie i ocenie Zamawiającego. Nie sposób pominąć faktu, że Zamawiający w sposób bardzo odległy od wymaganych zasad opisu przedmiotu zamówienia, wynikających z przepisu art. 29 ust.1 Pzp, sformułował swoje wymagania co do robót *które swoim rodzajem winny być zbliżone do robót planowych*. Wymagań tych nie sprecyzował także w odpowiedzi na pytania wykonawców. Gdzie stwierdził w odpowiedzi z 3 listopada 2015 roku iż, *„Opierając się na zapisach SIWZ Zamawiający wymaga wykazania robót budowlanych zbliżonych swoim rodzajem do robót planowanych. Planowane zadanie dotyczy robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego i gospodarczego wraz z infrastrukturą techniczną”*. Podkreślić w tym zakresie należy szczególnie fakt, że Zamawiający w opisie warunku oraz w odpowiedzi na pytania wykonawców nie wzmiankuje iż za podstawę do uznania wykonanych robót, dla spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, będą brane pod uwagę– jak

to podnosił na rozprawie, tylko roboty wykonane na nowo wznoszonych budynkach.

Tym samym, kwestia ta winna podlegać ponownej ocenie przez Zamawiającego. Powyższe rozbieżności pomiędzy stawianymi wymogami, a sposobem ich opisu w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu, miały wpływ na treść sentencji przedmiotowego orzeczenia, gdzie Izba nie nakazała wprost Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie przedmiotowego warunku udziału, gdyż uznała, że przed wezwaniem Odwołującego, Zamawiający winien w pierwszej kolejności ponownie ocenić możliwość uznania robót zamieszczonych w Wykazie, kierując się treścią SIWZ. Jednakże taka potrzeba zaistnieje jeżeli Zamawiający przy ponownej ocenie oferty Odwołującego dojdzie do przekonania, że wskazane w złożonym wraz z ofertą Wykazie, roboty nie potwierdzają spełniania postawionego warunku udziału.

W zakresie zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust.3 Pzp, Odwołujący podał, że *ostatnio wymieniony legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w budowie domów jednorodzinnych lub wielorodzinnych o powierzchni minimum 150/m²* i tym samym przedmiotowy warunek spełnia na co przedłożył kopie dwóch referencji,(pochodzących najprawdopodobniej od osób fizycznych).

Odnosząc się do kwestii możliwości wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, to stwierdzić należy, że wykonawca w tym celu składał dwa rodzaje dokumentów. Pierwszym jest wykaz robót odpowiadający postawionym wymaganiom, a drugim referencje potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały w sposób prawidłowy wykonane.

W przedmiotowej sprawie zgodnie z stanowiskiem Odwołującego do złożonego wraz z ofertą Wykazu robót nie załączono referencji. Natomiast te załączone do odwołania miały sugerować, że Odwołujący *„ostatnio legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem”*. Za wyrokiem KIO z 5 listopada 2010 roku sygn. akt KIO 2287/10 stwierdzić należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, dokument referencji, lub jakiegokolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, nie służy potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych - podobnie (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. KIO 2187/10).

Wykaz usług oraz referencje należy traktować łącznie (w wykazie znajduje się oświadczenie wykonawcy co do zakresu wykonywanych prac, natomiast referencje potwierdzają fakt ich należytego wykonania) i są to dokumenty wzajemnie się uzupełniające.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że jeśli Zamawiający w sposób negatywny oceni spełnianie warunku udziału w oparciu o Wykaz robót złożonym wraz z ofertą, to winien wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Złożenie dokumentu /wykazu robót/ wskazującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takiej sytuacji uznać należy, że wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. przemawia za tym, aby hipotezą tej normy prawnej objąć każdą sytuację, która powoduje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - niezależnie od źródła i przyczyn niewykazania spełnienia warunków.

Zamawiający jest zwolniony z wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 Pzp do złożenia dokumentów lub oświadczeń tylko w sytuacji kiedy pomimo ich złożenia i tak oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Doktryna i orzecznictwo poszerza powyższą sytuację o kwestie kiedy złożone informacje na potwierdzenie spełnienia warunku zawierają nieprawdziwe informacje. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że złożony w ofercie dokument zawiera nieprawdziwe informacje, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłoby spełnienie warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Podkreślić należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Poza sporem w orzecznictwie jest także fakt, że Zamawiający, wzywając do uzupełnienia dokumentów, powinien jednocześnie wskazać, jakie widzi w nich braki i w jakim zakresie winny być uzupełnione. W wyroku KIO z dnia 19 maja 2014 r. (KIO 846/14) Izba uznała, że *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego”*.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz(chociaż wprost nie wynika to z treści art. 26 ust.3 Pzp) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się

Zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp (por wyroki KIO z dnia 20 lutego 2015 roku Sygn. akt: KIO 213/15; Sygn. akt: KIO 214/15; Sygn. akt: KIO 215/15).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, a w szczególności obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. i wykazaniu, że dany wykonawca jako niespełniający postawionych warunków nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Nadto podkreślić należy iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa wezwany wykonawca w miejsce dotychczasowego Wykazu robót, negatywnie ocenionego przez Zamawiającego, może złożyć nowy Wykaz wraz z referencjami odnoszącymi się do tych robót.

Odnosząc się do zarzutu bezzasadnego unieważnienia postępowania wskazać należy, że w tym stanie faktycznym postępowania unieważnienie tego postępowania było skutkiem braku w postępowaniu ofert, których ceny mieściłyby się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie oponował iż tylko oferta Odwołującego mieściła się w tej kwocie.

Odnosząc się do wniosku dowodowego z dwóch listów referencyjnych - na okoliczność ustalenia posiadania przez Ł. S. wiedzy i doświadczenia w zakresie robót wskazanych w SIWZ Izba stwierdza, że na etapie tego postępowania odwoławczego nie mają one żadnego znaczenia dowodowego, gdyż nie odnoszą się do robót wskazanych w Wykazie robót zamieszczonych w załączniku nr 4 do SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszym postępowaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący