

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „CERTUS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencję Ochrony Mienia „CERTUS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo-Produkcyjne „CERTUS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencję Ochrony Mienia „CERTUS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo - Produkcyjne „CERTUS” Spółkę z ograniczoną**

odpowiedzialnością w Warszawie, Agencję Ochrony Mienia „CERTUS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańsk – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach zajmowanych przez Urząd Miejski w Gdańsku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 sierpnia 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo - Produkcyjne „CERTUS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencję Ochrony Mienia „CERTUS” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o.
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. jako niespełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz wymogów ustawy Pzp,
3. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołujących postępowanie zamawiającego narusza art.7 ust 1 i 3, art. 82 ust 3, art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o.,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, iż pismem z dnia 30 lipca 2013 roku zamawiający poinformował odwołujących o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. oraz „Jantar „ Sp. z o.o. W ocenie odwołujących powyższego wyboru dokonano z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp oraz wymagań SIWZ dotyczących określenia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnieśli, że dokonana przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w dniu 9 lipca 2013 r. poprzednia czynność wyboru oferty ww. konsorcjum ocenionej jako najkorzystniejsza została unieważniona przez zamawiającego, wskutek uwzględnienia w całości przez zamawiającego zarzutów odwołania wniesionego przez odwołujących.

Zgodnie z zapisem Rozdziału II ust 1 pkt 1.2, ppkt 1.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany został do wykazania m.in., że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie, co najmniej dwie usługi polegające na co najmniej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej (w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U z 2002 roku, Nr 75, poz. 690 ze zm.), o powierzchni użytkowej każdego z budynków minimum 7000 m², przy czym każda usługa była świadczona całodobowo przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy.

W związku z tym, że wskazane przez wykonawcę - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. w załączonym do oferty dokumencie pod nazwą „Wykaz głównych usług, o których mowa w Rozdziale 2 ust 1, pktl.2, ppkt 1.2.2 SIWZ”, stanowiącym Załącznik nr 3 do oferty, cztery usługi, nie odpowiadały podanym kryteriom spełniania ww. warunku określonego w Rozdziale 2 ust 1 pkt 1.2, ppkt 1.2.2 SIWZ w zakresie realizowania usługi ochrony fizycznej osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w rozumieniu w/w rozporządzenia Ministra Infrastruktury, o powierzchni użytkowej każdego z budynków minimum 7000 m² (wykonawca podał powierzchnię użytkową dla kompleksu budynków, a w dwóch przypadkach powierzchnię określił w hektarach), zamawiający uwzględniając zarzuty ww. odwołania z dnia 17.07.2013 r, pismem z dnia 23.07.2013 r, wezwał wykonawcę - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o, na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia wykazu usług określonych w/ w zapisach SWIZ, w szczególności poprzez wyjaśnienie „czy i ewentualnie które z

wymienionych w wykazie zamówień obejmowały co najmniej jeden budynek użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7000 m²". Wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług, zamawiający zastrzegł równocześnie, że zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy PZP, uzupełniane na wezwanie dokumenty muszą potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 21 czerwca 2013 r.

Odpowiadając na powyższe wezwanie zamawiającego, wykonawca - konsorcjum firm „Jantar2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. nie przedstawił wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, lecz złożył nowy wykaz głównych usług, składający się tak jak poprzedni wykaz z czterech pozycji, z których dwie - usługi świadczone na rzecz Akademii Muzycznej im. Stanisława Moniuszki w Gdańsku oraz Morskiego Instytutu Rybackiego - Państwowego Instytutu Badawczego w Gdyni są usługami nowymi w stosunku do poprzedniego wykazu, natomiast dwie pozostałe usługi - świadczone na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku oraz Elektrociepłowni Wybrzeże S.A. Grupa EDF są usługami przeniesionymi z poprzedniego wykazu usług. W nowym wykazie nie znalazły się natomiast wymienione w wykazie poprzednim dwie usługi - świadczone na rzecz Akademii Pomorskiej w Słupsku oraz Jednostki Wojskowej nr 1872 w Słupsku, co zdaniem Odwołującego dowodzić może tylko tego, że złożony przez ww. wykonawcę wykaz usług był nierzetelny, mający na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Złożony przez ww. wykonawcę nowy wykaz wraz z załączonymi do niego poświadczeniami i referencjami potwierdza, że każda ze świadczonych usług była realizowana przez tego wykonawcę przez wymagany SWIZ okres w budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej, wynoszącej co najmniej 7000 m².

W ocenie odwołujących ww. wykaz usług wraz z dokumentami towarzyszącymi, budzi poważne wątpliwości, co do jego rzetelności, a analiza poszczególnych elementów treści ww. dokumentów prowadzi do wniosku, że wykonawca - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. sporządzając i przedkładając zamawiającemu ww. dokument dopuścił się manipulacji mających charakter poświadczania nieprawdy.

Sporządzony przez ww. wykonawcę w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 23.07.2013 r. nowy wykaz usług wraz z dokumentami towarzyszącymi, został złożony zamawiającemu wraz z pismem przewodnim w dniu 29.07.2013 r., co potwierdza data wpływu na stemplu Urzędu Miejskiego w Gdańsku. Z datą tą nie koresponduje data umieszczona na ww. nowym wykazie usług, z której wynika, że wykaz ten sporządzony

został w dniu 20 czerwca 2013 r. Data ta ma charakter fikcyjny, a jej obecność na dokumencie jest zabiegiem mającym na celu dostosowanie treści tego dokumentu do zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 23.07.2013 r. wymogu, iż „zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, uzupełnianie na wezwanie dokumenty muszą potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 21.06.2013 r”. W ocenie odwołujących nowy wykaz usług złożony przez konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. nie może być traktowany jako uzupełnienie wykazu przedstawionego pierwotnie w dniu 20.06.2013 r., ponieważ jest rzeczą logiczną, że ww. konsorcjum przed terminem złożenia ofert, nie mogło wiedzieć, że wiarygodność danych zawartych w pierwotnym dokumencie zostanie zakwestionowana, a w szczególności nie mogło znać treści ww. pisma zamawiającego z dnia 23.07.2013 r., na ponad miesiąc przed powstaniem tego pisma. Należy przyjąć, że skoro terminem złożenia ofert był dzień 21.06.2013 r., to w tym dniu wykonawcy powinni dysponować dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały lub są wykonywane należycie, a więc najpóźniej do tego dnia powinny zostać wytworzone i podpisane przez uprawnionych przedstawicieli zleceniodawców ww. wykonawcy. Z powyższego jednoznacznie wynika, że na wezwanie zamawiającego z dnia 23.07.2013 r, ww. konsorcjum sporządziło drugi wykaz z tą samą datą, co wykaz pierwotny, poświadczając w ten sposób nieprawdę, co do daty oraz uzupełniając tenże wykaz o poświadczenia i referencje zawierające poświadczenie nieprawdy co do daty ich wytworzenia, a więc okoliczności mającej istotne znaczenie prawne w kontekście potwierdzenia przez te dokumenty spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert, tj. na dzień 21.06.2013 r.

Z ustaleń poczynionych przez odwołujących, wynika, że wszystkie z załączonych do nowego wykazu poświadczeń i referencji stanowiących dowód należytego wykonywania poszczególnych usług zostały opatrzone fikcyjną datą wsteczną, tak aby zachować graniczny, dopuszczalny termin 21.06.2013 r., przed którym dokumenty te mogły być wytworzone.

Odwołujący oświadczył, że we własnym zakresie sprawdził wiarygodność poświadczeń wystawionych przez pierwszych dwóch odbiorców usług ww. wykonawcy, tj. Akademii Muzycznej w Gdańsku i Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Słupsku, z uwagi na uzasadnione podejrzenie antydatowania przez konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. powyższych dokumentów. W obydwu przypadkach potwierdzono, że na ww. dokumentach poświadczono nieprawdę co do okoliczności mających znaczenie prawne. Ustaleń tych dokonano w oparciu o rozmowy przeprowadzone z osobami, które w imieniu zleceniodawców - odbiorców usług ww. konsorcjum podpisały powyższe dokumenty.

I tak, Pan J..... K..... B..... - kierownik działu administracyjno-gospodarczego Akademii Muzycznej im. St. Moniuszki w Gdańsku, potwierdził, że treść poświadczenia z datą 20.06.2013 r. otrzymał drogą elektroniczną od firmy „Jantar” w dniu 24.07.2013 r. i tego dnia ją podpisał i przekazał pracownikowi „Jantara”. Natomiast Pan M..... R..... - zastępca dyrektora ds. technicznych Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Słupsku potwierdził, że treść poświadczenia z datą 20.06.2013 r., otrzymał do podpisania i podpisał w miesiącu lipcu 2013 r. (dokładnej daty nie pamiętał).

Analiza treści poświadczeń podpisanych w imieniu Akademii Muzycznej w Gdańsku, Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Słupsku oraz Morskiego Instytutu Rybackiego - Państwowego Instytutu Badawczego, prowadzi do wniosku, że treść tych dokumentów została przygotowana przez ww. konsorcjum firm „Jantar”. Świadczą o tym ten sam układ pisma, identyczna treść, a nawet powtarzanie tego samego błędu literowego (w sformułowaniu „za zachowaniem” zamiast „z zachowaniem”). Poza tym w poświadczeniu Morskiego Instytutu Rybackiego – Państwowego Instytutu Badawczego błędnie podano nazwę ww. instytutu, określając go konsekwentnie jako Morski Instytut Badawczy - Państwowy Instytut Badawczy. Osoba, która podpisała powyższe oświadczenie przebywała na urlopie, stąd odwołujący nie mógł pobrać oświadczenia, co do daty podpisania dokumentu, co nie zmienia faktu, że zaistniałe okoliczności wykluczają możliwość jego podpisania przed dniem złożenia ofert w dniu 21.06.2013 r.

Wszystkie ww. okoliczności rzutują na wiarygodność ww. dokumentów i przemawiają za ich dyskwalifikacją w prowadzonym postępowaniu. Dodatkowo odwołujący wskazali, że referencje pochodzące od wymienionej w wykazie Elektrociepłowni „Wybrzeże” S.A. nie spełniają wymogów jakie określił zamawiający odnośnie rodzaju i powierzchni budynku w jakim wykonawca świadczył usługę. W referencjach tych określono bowiem powierzchnię budynku użyteczności publicznej na 7023 m², nie wskazując, czy jest to powierzchnia całkowita, czy użytkowa. Okoliczność ta ma istotne znaczenie zważywszy na to, że w dokumencie tym podano powierzchnię jedynie o 23 m² większą od wymaganej. W ocenie odwołujących wskazany w referencjach budynek przy ul. Swojskiej 9 z całą pewnością nie posiada tak dużej powierzchni jaka została wskazana. Kwestii tej nie wyjaśniła rozmowa przeprowadzona przez przedstawicieli odwołujących z osobą, która podpisała referencje - członkiem zarządu ww. Elektrociepłowni „Wybrzeże” S.A. – J..... G....., który nie podał daty podpisania referencji oraz faktycznej powierzchni użytkowej obiektu, stwierdzając, że takie dane może udzielić Komisji Przetargowej Urzędu Miejskiego w Gdańsku.

Opisane wyżej braki oferty w. wykonawcy w zakresie spełniania określonych SIWZ konkretnych warunków umożliwiających wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, są w ocenie odwołujących tak oczywiste, że dokonując oceny ofert, a w szczególności badając spełnianie przez wykonawcę wymogów określonych w SIWZ, zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do treści oferty Wykonawcy - konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. i w tym zakresie przeprowadzić stosowną weryfikację wiarygodności przedstawionych przez ww. konsorcjum dokumentów, w szczególności pod kątem dat ich wystawienia. Brak takiej weryfikacji i bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego przedłożonych mu przez ww. konsorcjum dokumentów jest zaniechaniem skutkującym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zaniechanie to jest tym bardziej niezrozumiałe, że w toku niniejszego postępowania w dniu 12.07.2013 r., odwołujący informował zamawiającego o skierowaniu do Prokuratury Rejonowej Gdańsk - Wrzeszcz w Gdańsku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa z art. 297 § 1 K.k. przez osoby kierujące ww. konsorcjum firm „Jantar 2” Sp. z o.o. i „Jantar” Sp. z o.o. w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która to okoliczność w sposób szczególny winna skutkować zwiększoną wnikliwością i starannością działań z zamawiającego w zakresie badania wiarygodności przedstawionych w toku postępowania przez ww. konsorcjum dokumentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania, ponieważ dotyczy czynności, które zamawiający wykonał uwzględniając żądania zawarte w odwołaniu wniesionym w dniu 18.07.2013 roku,
- 2) oddalenie odwołania jako bezzasadnego, w przypadku, gdy nie zostanie ono odrzucone.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z zapisem Rozdziału II ust 1 pkt 1.2, ppkt 1.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany został do wykazania m.in., że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie, co najmniej dwie usługi polegające na co najmniej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej (w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich

usytuowanie (Dz. U z 2002 roku, Nr 75, poz. 690 ze zm.), o powierzchni użytkowej każdego z budynków minimum 7000 m², przy czym każda usługa była świadczona całodobowo przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy.

W wyniku uwzględnienia odwołania z dnia z dnia 17.07.2013 r., zamawiający pismem z dnia 23.07.2013 r. wezwał przystępujących na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia wykazu usług określonych w zapisach SWIZ, w szczególności poprzez wyjaśnienie „czy i ewentualnie które z wymienionych w wykazie zamówień obejmowały co najmniej jeden budynek użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7000 m²”. Wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu usług, zamawiający zastrzegł, że zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy PZP, uzupełniane na wezwanie dokumenty muszą potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 21 czerwca 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego przystępujący złożyli nowy wykaz głównych usług, w którym wykazali cztery usługi, z których dwie - usługi świadczone na rzecz Akademii Muzycznej im. Stanisława Moniuszki w Gdańsku oraz Morskiego Instytutu Rybackiego - Państwowego Instytutu Badawczego w Gdyni są usługami nowymi w stosunku do poprzedniego wykazu, natomiast dwie pozostałe usługi - świadczone na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku oraz Elektrociepłowni Wybrzeże S.A. Grupa EDF są usługami zawartymi w wykazie złożonym wraz z ofertą. Złożony przez ww. wykonawcę nowy wykaz wraz z załączonymi do niego poświadczeniami i referencjami potwierdza, że każda ze świadczonych usług była realizowana przez tego wykonawcę przez wymagany SWIZ okres w budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej, wynoszącej co najmniej 7000 m².

Nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie, został złożony zamawiającemu wraz z pismem przewodnim w dniu 29.07.2013 r., co potwierdza data wpływu na stemplu Urzędu Miejskiego w Gdańsku. Sam wykaz został opatrzony datą 20 czerwca 2013 roku. Do wykazu dołączone zostały referencje Akademii Muzycznej w Gdańsku, Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Słupsku (obie z datą 20 czerwca 2013 roku) oraz Morskiego Instytutu Rybackiego - Państwowego Instytutu Badawczego w Gdyni i EDF Polska SA w Gdańsku (obie z datą 19 czerwca 2013 roku).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Słupsku, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku (dalej: przystępujący).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zaszła żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Analiza dokumentów złożonych przez przystępujących w wyniku wezwania pozwala na wniosek, iż dokumenty te potwierdzają fakt spełniania przez przystępujących warunków udziału w postępowaniu. Zawierają one wykaz usług odpowiadających wymaganiom wskazanym w SIWZ wraz z potwierdzeniem, iż zostały wykonane należycie oraz zostały opatrzone datami 19 i 20 czerwca 2013 roku, a zatem potwierdzają, iż w dniu 21 czerwca 2013 roku przystępujący spełniali warunki przetargu.

Wynikająca z odwołania istota sporu sprowadza się głównie do wykazania, iż dokumenty te powstały w wyniku przestępstwa z art. 297 § 1 K.k., polegającego na ich antydatowaniu w celu uzyskania zamówienia publicznego. Odwołanie w tym zakresie wykracza poza kognicję Krajowej Izby Odwoławczej, która nie jest uprawniona do badania, czy dokumenty składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powstały w wyniku przestępstwa czy też nie. W myśl art. 180 ust. 1 w zw. z art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje bowiem odwołania dotyczące czynności zamawiającego niezgodnych wyłącznie z przepisami ustawy Pzp, nie zaś jakimikolwiek innymi przepisami, w tym również zawartymi w Kodeksie karnym. Organem powołanym do ścigania tego rodzaju przestępstw jest właściwa prokuratura rejonowa i z oświadczenia

odwołujących wynika, że stosowne zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa zostało już przez nich złożone.

Argumentacja odwołujących podnoszona na rozprawie zmierzała z kolei do wykazania, iż usługi wskazane w wykazie złożonym przez przystępujących w dniu 26 lipca 2013 roku w istocie nie spełniają wymogów tego postępowania. W ocenie odwołujących chronione budynki miały mniejszą powierzchnię niż wymagana w siwz bądź też zakres ochrony był mniejszy niż ten, którego żądał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący na poparcie powyższego przedstawili Izbie dowody z dokumentów, w tym w szczególności specyfikacje istotnych warunków postępowania w przetargach realizowanych przez przystępujących.

Izba zwraca uwagę, że zarówno powyższa argumentacja, jak i przedstawione dowody nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę przy rozpoznawaniu odwołania, ponieważ odwołujący nie podnieśli w odwołaniu ani zarzutu dotyczącego złożenia przez przystępujących nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ani też zarzutu związanego z nie wykazaniem przez przystępujących spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Podniesione formalnie przez odwołujących zarzuty dotyczyły naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nakazujących w szczególności odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie wykazali, na czym owa niezgodność miałaby polegać, opierając się jedynie na wywodzeniu, iż złożony wykaz i referencje zostały przez przystępujących antydatowane.

Pomimo braku formalnego podniesienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w uzasadnieniu odwołania odwołujący zawarli informację, iż referencje pochodzące od wymienionej w wykazie Elektrociepłowni „Wybrzeże” SA nie spełniają wymogów, jakie określił zamawiający odnośnie rodzaju i powierzchni budynku, w jakim wykonawca świadczył usługę. W referencjach tych określono bowiem powierzchnię budynku użyteczności publicznej na 7023 m², nie wskazując, czy jest to powierzchnia całkowita, czy użytkowa. Nawet przy założeniu, że Izba mogłaby tę okoliczność zbadać, ewentualne potwierdzenie tych informacji nie mogłoby skutkować nakazaniem zamawiającemu wykluczenia przystępujących z postępowania. Należy zwrócić uwagę, że warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie doświadczenia polegającego na wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej dwóch usług o wymaganym zakresie. Przystępujący wskazali

cztery takie usługi, więc nawet skuteczne zakwestionowanie jednej z nich oznaczałoby, że nadal spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika przystępujących o przyznanie mu kosztów przejazdu na rozprawę i zastępstwa przed KIO, ponieważ – zgodnie z § 3 pkt 2 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) koszty takie przysługują jedynie uczestnikowi postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw w sytuacjach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia.

.....