Sygn. akt: KIO 2578/18

WYROK

z dnia 2 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **ABOOK sp. z o.o.**
z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22, 04-985 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, ul. Nowowiejska 27, 00-665 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Zabrzu ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego - ABOOK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego - **ABOOK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Zamawiającego - **Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie** na rzecz Odwołującego - **ABOOK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2578/18

U z a s a d n i e n i e

Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp", na dostawę drobnego sprzętu medycznego dla Szpitala Nowowiejskiego, znak sprawy: 15/DZP/2018.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone
w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2018 r. pod numerem 632556-N-2018. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 17 grudnia 2018 r. wykonawca ABOOK sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie na czynność wykluczenia z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania, pomimo, iż należycie wykazał brak podstaw wykluczenia;

2) art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 3 i § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez bezpodstawną ocenę, że Odwołujący nieprawidłowo złożył zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych;

3)art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez bezpodstawne uznanie, że wydruk zaświadczenia wydanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w formie elektronicznej nie stanowi dokumentu;

4)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców
i przejrzystości w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych
w zakresie formy dokumentów, a także prowadzenie postępowania z naruszeniem tych przepisów.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania,
a w konsekwencji dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący podał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym Odwołujący może ponieść szkodę. Na skutek nieprawidłowego postępowania Zamawiającego w zakresie oceny dokumentu potwierdzającego brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu. Oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, zatem dokonanie prawidłowych czynności przez Zamawiającego, dotyczących zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, doprowadziłoby do wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania, przedstawiając stan faktyczny sprawy, Odwołujący podał, iż zgodnie z pkt. 13.2.C SIWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (brak podstaw do wykluczenia) żądał m.in. zaświadczenia o braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. W dniu 9 listopada 2018 r. Zmawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 13 listopada 2018 r. Odwołujący złożył dokumenty, w tym zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek
z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Zamawiający w dniu 23 listopada 2018 r. wezwał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, w tym nośnika danych CD/DVD/pendrive.
W dniu 26 listopada 2018 r. Odwołujący, pomimo iż brak było podstaw do takiego wezwania, złożył przedmiotowe zaświadczenie z ZUS na nośniku danych - płycie CD.

Następnie Odwołujący podniósł, iż z pkt. 11. 1.1) SIWZ wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie w 13.2.c SIWZ na potwierdzenie braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wymagał: "*zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych łub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne łub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami łub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.*" Zgodnie z pkt. 12.3. SIWZ "*Oświadczenia, o których mowa w pkt 13, dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp oraz dotyczące podwykonawców, a także pełnomocnictwa składane są w oryginale. Dokumenty, inne niż oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.*" Jednocześnie w pkt. 2.3 SIWZ wskazano, że „*Komunikacja między Zamawiającym*
a Wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1113 z późn. zm.), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu łub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1030 z późn. zm.), z zastrzeżeniem pkt 3.3." oraz
w pkt 3.1. SIWZ wskazano: „Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane przez Wykonawcę:

a)w formie pisemnej - winny być kierowane na adres: Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, ul. Nowowiejska 27, 00-665 Warszawa,

b)przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną - winny być kierowane na adres poczty elektronicznej: dzp (a)szpital nowowiejski.pl

c)za pośrednictwem faksu - winny być kierowane na numer: (22) 11-65-355 lub (22)825-10-347”

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, wynika, że Zamawiający w odniesieniu do dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w tym zaświadczenia
o niezaleganiu z płatnością składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wymagał, aby były złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z § 5 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia zamawiający może żądać zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. § 14 ust. 2 ww. rozporządzenia (w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 18 października 2018 r.) stanowił, że dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Wykonawca, który w ramach postępowania składał zaświadczenie z ZUS, powinien zatem złożyć ten dokument w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność.

Odwołujący zauważył, iż w przedmiotowym przypadku istotne znaczenie mają również szczegółowe regulacje odnoszące się do zaświadczeń wydawanych przez jednostki ZUS. Istnieje bowiem możliwość wydania zaświadczenia o niezaleganiu z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne zarówno w formie pisemnej, jak i elektronicznej. Wskazuje na to art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, który stanowi, iż „*zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał*"., zaś ust. 4c stanowi, iż „*wydruki, o których mowa w ust. 4a, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust 4b, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie (tj. podano w ich treści dane identyfikujące zaświadczenie albo decyzję, typ identyfikatora płatnika składek i jego numer, datę wydania zaświadczenia lub decyzji).*

Zdaniem Odwołującego skoro na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 listopada 2018 r. złożył wydruk zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, wydanego i podpisanego
w formie elektronicznej, to złożył dokument w formie prawidłowej, dopuszczonej przepisami ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Tymczasem pomimo, iż w dniu 13 listopada 2018 r. prawidłowo został złożony dokument potwierdzający niezaleganie z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne, tj. w formie wydruku dokumentu elektronicznego (dodatkowo
z ostrożności wydruk został potwierdzony za zgodność z oryginałem), Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,w wezwaniu wskazując, że: „*załączone do uzupełnionych dokumentów z 13.11.2018 r. zaświadczenie jest dokumentem elektronicznym a nie złożono nośnika danych (CD/DVD/pendrive), na którym dokument zostałby złożony w formie elektronicznej (z uwagi na brak własnoręcznego podpisu wydruk komputerowy nie ma rangi dokumentu - ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego (nawet w przypadku podpisania go przez wykonawcę) w przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formę elektroniczną a nie wydruk zawartości tego pliku*". Takie stanowisko Zmawiającego
w ocenie Odwołującego jest sprzeczne z przepisami ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych skoro przepis szczególny stanowi, że wydruk elektronicznego zaświadczenia
z ZUS jest dokumentem i może się nim posługiwać podmiot, dla którego go wydano. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powołuje się na jedno z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1799/15, 1801/15). Orzeczenie to nie znajduje jednak zastosowania do niniejszej sprawy, bowiem dotyczy stanu prawnego sprzed ostatnich nowelizacji, dotyczących m.in. elektronizacji i formy dokumentów oraz nieobowiązującego już rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a przede wszystkim dotyczy zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, a wydruk zaświadczenia o niekaralności wydanego w formie elektronicznej faktycznie nie stanowi dokumentu.

Odwołujący zaznaczył, iż dla zadośćuczynienia wezwaniu z 23 listopada 2018 r. do uzupełnienia dokumentów, pomimo iż się z nim nie zgadzał, złożył w dniu 26 listopada 2018 r. zaświadczenie z ZUS w formie elektronicznej za pomocą poczty e-mail oraz w dniu 27 listopada 2018 r. na nośniku danych, tj. płycie CD. Jednak Zamawiający nie uznał i takiej formy za poprawną, twierdząc, że na podstawie złożonego dokumentu nie może zweryfikować autentyczności

zaświadczenia i złożonego podpisu elektronicznego.

Odwołujący podał, iż kwestionuje zasadność wezwania do uzupełnienia, ale nawet gdyby uznać, że było ono prawidłowe, to nie sposób stwierdzić, że uzupełniony dokument nie odpowiadał treści wezwania. Odwołujący złożył dokument w formie elektronicznej oraz złożył nośnik danych. Zamawiający natomiast w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że uzupełnione dokumenty nie zawierały żadnego innego pliku, do którego złożenia Zmawiający w ogóle nie wezwał. Zatem również ocena uzupełnionego dokumentu jest całkowicie błędna i nie znajduje uzasadnienia w przepisach. Zamawiający nie może negatywnych konsekwencji nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów przerzucać na wykonawcę. Odwołujący dodał, że na skutek rozmowy telefonicznej z przedstawicielem Zamawiającego złożył w dniu 4 grudnia pliki do weryfikacji autentyczności podpisu na zaświadczeniu ZUS. Nie było to jednak dodatkowe uzupełnienie dokumentu, a jedynie zadośćuczynienie telefonicznej prośbie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Zabrzu.

Stanowisko Izby:

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna
z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania
w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która została oceniona jako najkorzystniejsza, jednak w wyniku badania czy wykonawca ten podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, został wykluczony z postępowania. W związku z tym Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k wypełnił wymogi określone
w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i w związku z tym stał się uczestnikiem postępowania. Przepis ten stanowi, iż w*ykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego*
w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

W wyniku analizy dokumentacji postępowania, w tym SIWZ oraz korespondencji stron
w sprawie potwierdzenia braku podstawy do wykluczenia z postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 11 października 2018 r, a więc przed wejściem
w życie rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 16 października 2018 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postepowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1993), tj. przed 18 października 2081 r. Tym samym do postępowania zastosowanie mają przepisy rozporządzenia w brzmieniu z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. poz.1126). Stosownie do § 14 ust. 1 rozporządzenia oświadczenia dotyczące m.in. wykonawcy składane są w oryginale. Zgodnie do ust. 2 tego paragrafu dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Stosownie natomiast do ust. 3 i 4 poświadczenia za zgodność
z oryginałem dokonuje m.in. odpowiednio wykonawca.

W odwołaniu, którego zasadnicza treść została przytoczona powyżej, zostały przedstawione postanowienia SIWZ, które z uwagi na treść zarzutów postawionych
w odwołaniu mają zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Uzupełniająco należy wskazać, iż stosownie do pkt 11.1 pkt 3 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie: art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacie składek powinno być wystawione w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność

z oryginałem.

Nie jest również sporne pomiędzy stronami, iż na potwierdzenie niezalegania z opłatą składek na ZUS Odwołujący złożył, na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust.2 ustawy Pzp, wygenerowane z systemu ZUS *Zaświadczenie o niezaleganiu*
w opłacaniu składek, wydane w dniu 3 października 2018 r. Zaświadczenie o numerze 450071ZN18/0005335 zostało wydane na wniosek płatnika składek, na podstawie art. 50 ust. 4 i art. 123 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1778 z późn. zm.) oraz art. 217 i 218 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1257) przez pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia: M. B. . W miejscu podpisu ww. Zaświadczenie zawiera adnotację: „*Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu. Data złożenia podpisu: 2018-10-03T08:33:25Z* ***Podpis elektroniczny.***" Nie jest też sporne, że wydruk ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Odwołującego.

Nie stanowi przedmiotu sporu również to, że w wyniku wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący, w zakreślonym w tym celu terminie, złożył płytę CD, na której wgrał otrzymany z ZUS plik pdf, zawierający zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacie składek. Nie jest też sporne, że w dniu 4 grudnia 2018 r. Odwołujący złożył drugą płytę CD, na której znajdował się dodatkowy plik, umożliwiający identyfikację podpisu elektronicznego na zaświadczeniu.

Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy za sprawą złożenia przez Odwołującego zaświadczenia ZUS w ww. formie tj. wydruku z systemu ZUS, poświadczonego przez niego za zgodność z oryginałem, a następnie – na wezwanie Zamawiającego – złożenia tego zaświadczenia w postaci pliku wgranego na płytę CD, Odwołujący wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji, czy Zamawiający zasadnie dokonał wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 23 listopada 2018 r. znak: Z/DZP/337/2018, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia zaświadczenia z ZUS wskazując, iż czyni to:*gdyż załączone do uzupełnianych dokumentów z dnia 13.11.2018 r. zaświadczenie jest dokumentem elektronicznym a nie złożono nośnika danych (CD/DVD/pendrive), na którym dokument zostałby złożony w formie elektronicznej (z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy nie ma rangi dokumentu – ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego, (nawet w przypadku podpisana go przez Wykonawcę) w przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formie elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Stąd też skuteczne posługiwanie się taką informacją wymaga przede wszystkim przedłożenia pliku elektronicznego zapisanego na nośniku danych – tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 1799/15, 1801/15).*Pismo to zawiera również żądanie*: Proszę o dostarczenie ww. dokumentów (w tym nośnika danych CD/DVD/pendrive) zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Dokumenty należy przekazać w formie pisemnej, zgodnie z opisem zawartym w pkt 3 SIWZ w terminie do 27.11.2018 r.*W piśmie tym nie ma żądania przedłożenia również plików umożliwiających weryfikację podpisu elektronicznego, złożonego na zaświadczeniu ZUS, pomimo, iż na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż jego intencją było uzyskanie możliwości weryfikacji podpisu.

Na takie wezwanie, w zakreślonym w nim terminie, Odwołujący złożył płytę CD,na której, jak wyjaśnił na rozprawie, wgrał otrzymany z ZUS plik pdf, zawierający zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacie składek. Odwołujący zastosował się zatem do wezwania, pomimo, iż jak sam zaznaczył w swoim piśmie datowanym 26.11.2018 r., że uznaje je za bezpodstawne, z uwagi m.in. na art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Na rozprawie zostało wykazane, że po otrzymaniu tej płyty była możliwość weryfikacji przedmiotowego zaświadczenia przez Zamawiającego. Zamawiający uczynił to za pomocą udostępnionego przez ZUS systemu i uzyskał potwierdzenie, że zaświadczenie
o niezaleganiu przez Odwołującego w opłacie składek zostało wydane przez ZUS, weryfikacja jest pozytywna. Jednakże zdaniem Zamawiającego, nie wiadomo z niej, co zawiera takie zaświadczenie. Złożony do akt wydruk z systemu ZUS z dnia 29 listopada 2018 r., w ocenie Izby, natomiast potwierdza, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek,
o wskazanym powyżej numerze, dla płatnika o podanym w ww. zaświadczeniu identyfikatorze NIP i REGON, zostało wydane w podanej w ww. zaświadczeniu dacie tj. 3 października 2018 r. Tym samym należy uznać, iż Zamawiający dysponując zaświadczeniem, złożonym przez Odwołującego, w którym ZUS wskazał, iż Odwołujący jest wnioskodawcą (płatnikiem składek) zobowiązanym do opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenia zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz zaświadczył, iż nie posiada on zaległości

według stanu na dzień 2018-10-03, miał wiedzę o braku zaległości Odwołującego w opłacie składek ZUS.

Nadto, po złożeniu przez Odwołującego w dniu 4 grudnia 2018 r., drugiej płyty CD, na której znajdował się dodatkowy plik umożliwiający weryfikację podpisu elektronicznego, Zamawiający uzyskał dodatkowe potwierdzenie posiadanej już wiedzy, co do braku zalegania w opłacie składek, a także, co do podpisu złożonego przez pracownika ZUS. Zauważenia przy tym wymaga, iż złożenie tej drugiej płyty nastąpiło, jak stwierdził Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, dopiero po uzyskaniu od Zamawiającego telefonicznej informacji o takiej potrzebie. Okoliczność, iż nastąpiło to po upływie terminu określonego w wezwaniu
z dnia 23 listopada 2018 r., z uwagi na to, iż w wezwaniu tym nie było żądania dotyczącego złożenia dodatkowego pliku umożliwiającego weryfikacje podpisu, nie powinna mieć decydującego znaczenia dla Zamawiającego, przemawiającego jego zdaniem za wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Tymczasem w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający wskazał, iż następuje ono na *podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania, a Zamawiający wyczerpał wszystkie możliwe procedury na złożenie i uzupełnienie dokumentów. Swoją decyzję Zamawiający uzasadnił tym, iż pismem Nr Z/DZP/327/2018
z dnia 09.11.2018 r. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w terminie do dnia 15.11.2018 r. do godz. 9:00, nie złożył zgodnie z wymogami SIWZ prawidłowo sporządzonego dokumentu o którym mowa w pkt 13.2 ppkt 1) lit. c) SIWZ.Zamawiający w pkt 13.2 ppkt 1) lit. c) SIWZ wymagał „zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu" sporządzonego zgodnie
z wymogami SIWZ. Wykonawca natomiast złożył w dniu 14.11.2018 r. zaświadczenie, które jest dokumentem elektronicznym, a nie złożył nośnika danych (CD/DVD/pendrive), na którym dokument zostałby złożony w formie elektronicznej (z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy nie ma rangi dokumentu — ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego, nawet w przypadku podpisania go przez Wykonawcę). Wobec powyższego Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał w dniu 23.11.2018 r. Wykonawcę pismem Nr Z/DZP/337/2018 do złożenia prawidłowo sporządzonego dokumentu, jednocześnie dokładnie opisując Wykonawcy na czym polegało uchybienie w złożonym zaświadczeniu z ZUS. Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 26.11.2018 r. uzupełnił dokument za pośrednictwem poczty elektronicznej (e-mail). Oryginał pisma wraz z płytą DVD-R Wykonawca uzupełnił w dniu 27.11.2018 r. Zarówno załącznikiem do treści wiadomości e-mail jak i znajdującej się na płycie DVD-R był wyłącznie plik w postaci ,,pdf' jako wydruk zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek. Wydruk ten nie zawierał podpisu,
a jedynie zawierał następującą informację: „Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu Data złożenia podpisu: 2018-10-03T08;33:25Z Podpis elektroniczny". Uzupełnione dokumenty nie zawierały żadnego innego pliku, aby Zamawiający mógł zweryfikować autentyczność zaświadczenia i złożonego podpisu. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać tego dokumentu za dokument złożony prawidłowo, gdyż w przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formę elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Stąd też skuteczne posługiwanie się taką informacją wymaga przede wszystkim przedłożenia pliku elektronicznego, który jest jednocześnie dokumentem i który to ma formę elektroniczną, a niezapisanego na nośniku danych - tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 1799/15, 1801/15).* Zamawiający dodał, *iż na uwagę zasługuje to, iż Wykonawca posiadał pliki do weryfikacji autentyczności zaświadczenia i złożonego podpisu, które dostarczył Zamawiającemu w dniu 04.12.2018 r. tj. po upływie ostatecznego terminu, jaki Zamawiający wyznaczył na złożenie tego dokumentu. Jednak z uwagi na przepisy ustawy Pzp i zasadę równego traktowania Wykonawców w postępowaniu, Zamawiający nie może uznać, aby Wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania w ostatecznym terminie, jaki Zamawiający wyznaczył na składanie oświadczeń i dokumentów, po wyczerpaniu trybu wezwań odpowiednio do złożenia i uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

Zauważenia przy tym wymaga, iż ww. treść zawiadomienia wskazuje, iż nie budził zastrzeżeń Zamawiającego zakres informacji zawartych w zaświadczeniu. Zamawiający nie zgłaszał również uwag, co do aktualności zaświadczenia. Natomiast powodem wykluczenia było w istocie to, iż Odwołujący w terminie zakreślonym w wezwaniu, wystosowanym przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył na nośniku CD jedynie plik zawierający

zaświadczenie ZUS, a nie złożył dodatkowego pliku (niewskazanego
i niewymaganego w wezwaniu) umożliwiającego weryfikację autentyczności zaświadczenia
i złożonego podpisu.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy wykluczenie Odwołującego, należy uznać za pozbawione podstaw. Wbrew stanowisku Zamawiającego należy uznać, iż Odwołujący wykazał brak zaistnienia wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania dotyczącej opłaty składek ZUS.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający nie może obciążać negatywnym konsekwencjami wykonawcy, w sytuacji, gdy wystosowane przez niego wezwanie do złożenia/uzupełnienia dokumentów nie zawiera w swej treści wymogu, który wprawdzie był intencją Zamawiającego, na co wskazał na rozprawie, jednak nie była ona wyrażona w wezwaniu. Już z tych względów wykluczenie Odwołującego z postępowania należy uznać za niezasadne.

Przede wszystkim jednak, zajęcia przez Izbę stanowiska wymaga, czy złożone przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wygenerowane z systemu ZUS zaświadczenie o niezaleganiu w opłacie składek, potwierdzone przez niego za zgodność
z oryginałem powinno być uznane przez Zamawiającego i powinno być wykorzystane na potrzeby oceny braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego zaświadczenie wydane w formie elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym przez osobę wskazaną
w treści zaświadczenia, które było możliwe do zweryfikowania przy wykorzystaniu oprogramowania do weryfikacji podpisu, złożone w postaci wydruku, mogło i powinno posłużyć Zamawiającemu do oceny, czy istnieją przesłanki wykluczenia tego wykonawcy
z postępowania. Zaświadczenie to, jak wskazuje jego treść zostało wydane m.in. na podstawie art. 217 i 2018 Kodeksu postępowania administracyjnego (kpa). Stosownie do art. 217 § 4 kpa *zaświadczenie wydaje się w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jeżeli zażąda tego osoba ubiegająca się o zaświadczenie.* Tym samym zgodnie z art. 76 § 1 kpa stanowi ono dokument urzędowy, sporządzony w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania, stanowiący dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone.

W ocenie Izby, na ocenę dokumentu wydanego przez ZUS w formie elektronicznej, zrównanej z formą pisemną nie ma wpływu późniejsze jego wydrukowanie w celu jego złożenia
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to z przywołanych
w odwołaniu i przytoczonych powyżej przepisów art. 50 ust. 4a i 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, które stanowią, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, wydane w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, może być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał oraz, że taki wydruk ma moc zrównaną
z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS, jeżeli zawierają dane umożliwiające ich weryfikację, o których mowa w ust. 4b, stosownie, do którego ZUS umożliwia weryfikację takiego zaświadczenia poprzez udostępnioną stronę internetową, po podaniu danych identyfikujących zaświadczenie, typu i numeru identyfikatora płatnika składek oraz daty wydania zaświadczenia. Złożone przez Odwołującego zaświadczenie zawierało takie dane, co umożliwiło Zamawiającemu dokonanie weryfikacji.

Skoro przedmiotowe zaświadczenie ZUS jest urzędowym dokumentem elektronicznym, które z mocy ustawy może być wykorzystywane w formie wydruku, mającego moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS, to w ocenie składu orzekającego Izby powinno być uznane przez Zamawiającego przy ocenie braku przesłanek wykluczenia
z postępowania Odwołującego. Wskazuje na to wykładnia celowościowa i funkcjonalna przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sytuacji, gdy zaświadczenie potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek ZUS, czego Zamawiający nie kwestionował, to powinien uznać, iż Odwołujący wykazał, iż nie naruszył obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, tj. wykazał brak podstaw wykluczenia go z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izbauwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonego przez Odwołującego zaświadczenia

o niezaleganiu w opłacie składek ZUS, czego konsekwencją było bezpodstawne wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, jak również nie wykazał naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazując ubocznie, odnosi się do żądania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w sprawie chodziło o dokument potwierdzający brak podstaw wykluczenia. Nie wypływa to jednak na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów strony postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez Odwołującego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:……