

**WYROK**  
z dnia 17 lutego 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jan Kuzawiński**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Januszowicka 15 A, 53-135 Wrocław** w imieniu **Gminy Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum **NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, 5, 7 - w części, w jakiej dotyczyły zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w zakresie zarzutu nr 3 – w całości,
2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 6 i 8,
3. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i zatrzymania wadium oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w 3/5 obciąża Odwołującego AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław, zaś w 2/5 - Zamawiającego – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Januszowicka 15 A, 53-135 Wrocław działający w imieniu Gminy Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

- 4.2. zasądza od Zamawiającego - Zarządu Inwestycji Miejskich, ul. Januszowicka 15 A, 53-135 Wrocław działającego w imieniu Gminy Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław na rzecz Odwołującego - AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław kwotę 8 000,00 gr (słownie: osiem tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą część wpisu od odwołania, za którą Zamawiający odpowiada według proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do zarzutów nieuwzględnionych,
- 4.3 wzajemnie znosi koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników i ich dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

**Sygn. akt: KIO 201/21**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław – poprzez Zarząd Inwestycji Miejskich ul. Januszowicka 15 A, 53-135 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu”. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 205-497798.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 stycznia 2021 roku wykonawca AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od czynności wezwania go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, wykluczeniu z postępowania i dokonania zatrzymania wniesionego wadium oraz zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności oceny i uwzględnienia posiadanych już w swoich zasobach, dotyczących Odwołującego aktualnych zaświadczeń właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS potwierdzających, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne jak również zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych, pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp,
- 2) art. 26 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zastosowanie tego przepisu tj. wezwanie Odwołującego do przedłożenia zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego podczas gdy brak było podstaw faktycznych i prawnych do wystosowania takiego wezwania, a ponadto Zamawiający posiadał ww. aktualne zaświadczenia dotyczące Odwołującego, a ponadto mógł je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych,

- 3) art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z art. 50 ust. 4a Ustawy z dnia 13 października 1998 o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez bezpodstawne uznanie, że wydruk zaświadczenia wydanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w formie elektronicznej nie stanowi dokumentu,
- 4) art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z artykułami: 144b § 1, 144b § 2 i 144b § 4 i 194 § 1 i 2 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa poprzez bezpodstawne uznanie, że wydruk zaświadczenia wydanego przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w formie elektronicznej nie stanowi dokumentu,
- 5) art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 i 3 i § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w zw. z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych poprzez bezpodstawną ocenę, że Odwołujący nieprawidłowo przedłożył zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego,
- 6) art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz Rozdziału XIII pkt 13 SIWZ poprzez niezasadne żądanie kwestionowanych przez Zamawiającego zaświadczeń Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Naczelnika Urzędu Skarbowego w formie oryginałów,
- 7) naruszenie zapisów Rozdział II pkt 3.2 SIWZ, Rozdział XIII pkt 12 i 13 SIWZ poprzez bezzasadne, niezgodne z ustawą pominięcie ich treści przy dokonywaniu oceny przedłożonych przez Odwołującego zaświadczeń Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego, w szczególności nieuwzględnienie, iż przedmiotowe zaświadczenia zostały przesłane w formacie wskazanym i zaakceptowanym przez Zamawiającego oraz we wskazanej i zaakceptowanej przez Zamawiającego formie,
- 8) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zastosowanie tego przepisu tj. wezwanie Odwołującego do przedłożenia zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego podczas gdy brak było podstaw faktycznych i prawnych do wystosowania takiego wezwania, a ponadto

Zamawiający nie miał legitymacji do wezwania Odwołującego do złożenia tych dokumentów w innej formie niż zostały one przez Odwołującego przedłożone,

- 9) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i niezgodne z ustawą jego zastosowanie, albowiem nie ziszczyły się przesłanki wskazane w ww. przepisie konieczne do jego zastosowania przez Zamawiającego, a zatem brak było podstaw prawnych i faktycznych do zatrzymania wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- unieważnienia dokonanej czynności zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium,
- dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadnienie prawne i faktyczne odwołania.

Odwołujący poinformował, że pismem z dnia 17.12.2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust 2 ustawy Pzp (powinno być ust. 1) wezwał go jako wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia aktualnych na dzień składania wskazanych w piśmie dokumentów (zgodnie z Rozdziałem IX pkt 3 SIWZ), potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy, formie elektronicznej za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego. Odwołujący w dniu 23.12.2020 r. przedstawił za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego wskazane w ww. piśmie dokumenty. Pismem z dnia 28.12.2020 r. Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne na dzień składania: zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub inny dokument potwierdzający, 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 oraz zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem

terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym 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. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał, że *„Złożone za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego skany zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Zaświadczenie Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego dla Wykonawcy AWM Budownictwo S.A. zostały podpisane elektronicznie przez przedstawiciela Wykonawcy, Pana M. M. . Tak sporządzone dokumenty nie mogą zostać uznane za prawidłowe w świetle przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych- zgodnie z § 5 ust. 1 w/w Rozporządzenia, elektroniczne/ kopię posiadanego dokumentu Wykonawca może przedstawić w sytuacji, gdy dokument ten nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. Obydwa w/w dokumenty zostały wystawione w postaci elektronicznej, których oryginały zawierały podpisy wystawcy. Przedłożone Zamawiającemu skany, nie stanowią kopii, którą można poświadczyć za zgodność z oryginałem, ponieważ nie zawierają już one podpisów elektronicznych stanowiących integralną część dokumentów oryginalnych.... ”.*

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oryginałów w/w dokumentów, zawierających podpisy elektroniczne wystawców, za pośrednictwem platformy zakupowej w terminie do dnia 31.12.2020 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący za pośrednictwem platformy zakupowej w terminie uzupełnił ofertę o dokumenty wymagane przez Zamawiającego- mianowicie przesłał wskazane w wezwaniu dokumenty, nie opatrując ich już podpisem elektronicznym przedstawiciela Wykonawcy.

Zawiadomieniem o wykluczeniu z dnia 08.01.2021 r, Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia, jak również poinformował o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający uzasadnił stwierdzeniem, że w odpowiedzi na wezwanie z 28.12.2020 r. Odwołujący złożył za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego wskazane w wezwaniu dokumenty, które nie zawierały żadnych podpisów elektronicznych, w szczególności podpisów osób działających w imieniu ich wystawców (ZUS i NDUS). Zdaniem Zamawiającego, tak przygotowane i przesłane dokumenty nie umożliwiły potwierdzenia braku podstaw do

wykluczenia bowiem nie stanowiły dokumentów urzędowych wydawanych w formie elektronicznej, o których mowa w art. 217 § 4 k.p.a. oraz § 7 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem. Podnosi, że zgodnie z treścią art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Brak jest jednak, w będącym przedmiotem niniejszego postępowania stanie faktycznym i prawnym, podstaw do przyjęcia, iż zaszyły przesłanki do zastosowania powyższego przepisu.

Wskazuje, że powyższe wynika, już tylko z przytoczonego powyżej stanu faktycznego, który został przez Zamawiającego nieprawidłowo zinterpretowany, treści SIWZ i treści art. 26 ust 6 ustawy Pzp.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, wykonawca zobowiązany był do przedłożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych przez Zamawiającego w Rozdziale IX SIWZ. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany był do przedłożenia dokumentów wskazanych w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ. W katalogu tych dokumentów Zamawiający wymienił wskazane pismami z dnia 17.12.2020 r. i 28.12.2020 r. zaświadczenia ZUS i NDUS. Zamawiający dopuścił następujący format przesyłanych danych: pdf, doc, docx, rtf, xps, odt ( Rozdział U pkt 3.2 SIWZ), jak również wyraźnie wskazał w Opisie sposobu przygotowywania ofert ( Rozdział XIII pkt 12 i 13 STWZ), iż „12. Dokumenty inne niż oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. 13. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów innych niż oświadczenia, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości” .

Odwołujący podkreśla, że dokumentacja, na podstawie której wykonawcy przygotowują i składają oferty, wiąże nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego. Zamawiający nie może w czasie trwania postępowania zmieniać zasad ustalonych i znanych wykonawcom przed składaniem ofert. Powyższe twierdzenia zgodne są z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przesądzającym, że zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ i nie może ich dowolnie zmieniać ani od nich odstąpić bowiem stanowiłoby to naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp (vide np: wyrok KIO 241/13 z 18 lutego 2013 r, uchwała KIO z 28 kwietnia 2017 r. (KIO/KD 14/17). Jeśli zaś w wyniku niespójności, do której doprowadził zamawiający, dokumentacja będzie nieprecyzyjna, przyjmuje się, że ewentualne wątpliwości trzeba

interpretować na korzyść wykonawcy. Nie można bowiem obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością za błędy i niedopatrzenia zamawiającego. Zostało to np. wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający wskazał wykonawcom sposób i dopuszczalne formy składania dokumentów, które zobowiązany był zatem respektować. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych.

Odnosząc się do wykazania przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia Odwołujący zauważa, iż Zamawiający jeszcze przed wysłaniem do Odwołującego pisma z dnia 17.12.2020 r. posiadał w swoich zasobach przedłożone przez Odwołującego ponownie w niniejszym postępowaniu zaświadczenia. Zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 02.11.2020 r. i zaświadczenie NDUS o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości z dnia 03.11.2020 r. zostały przekazane pierwotnie na potrzeby przeprowadzanego przez Zamawiającego przetargu nieograniczonego na zadanie pn. *„Rozbudowa, przebudowa i remont willi przy ul. Krzyckiej 29 we Wrocławiu z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną”* wykorzystane w ww. postępowaniu. Przedmiotowe zaświadczenia (podkreślić należy, że tożsame - w tej samej formie o tej samej treści) zostały przedłożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.11.2020 r. wystosowane na podst. art. 26 ust 2 ustawy Pzp. Wszystkie złożone w toku tego postępowania dokumenty, w tym przedmiotowe - obecnie kwestionowane przez Zamawiającego zaświadczenia - zostały przez Zamawiającego zaakceptowane i uznane za dokumenty prawidłowe, spełniające wymogi ustawy. Powyższe potwierdziło jednoznacznie pismo Zamawiającego z dnia 20.11.2020 r. i wreszcie zawarta z Odwołującym umowa nr NZU.362.74.Willa Krzycka.2020 o wykonanie robót budowlano-montażowych zawarta w dniu 04.12.2020 r. Integralną część umowy stanowiła m.in. oferta wykonawcy (Odwołującego) z wszystkimi załącznikami i dokumentacją przetargowa.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z wyrokiem KIO 2127/18 wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia określonych dokumentów jeśli zamawiający posiada dokumenty dotyczące tego wykonawcy. W konsekwencji żadne postępowanie uzupełniające, czy też wyjaśniające nie jest konieczne. Stanowisko takie przedstawione zostało również m.in. w wyroku KIO 1083/17, KIO 439/20. Odwołujący podnosi, że w wyroku KIO 236/18 Krajowa Izba Odwoławcza wprost wskazała, iż zamawiający ma się nie zwracać o aktualny dokument,



który posiada w związku z wcześniejszymi postępowaniami. Odwołujący wywodzi, że bezsprzecznym jest, iż Zamawiający posiadał zaświadczenia wskazane w swoich pismach z dnia 17.12.2020 r. i z 28.12.2020 r. jak również, że dokumenty te były aktualne.

Odwołujący podnosi, że w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2020 r. KIO/KD 25/20 wskazano, iż zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania, publiczne (vide też wyrok KIO 1195/20).

Odwołujący wywodzi, że art. 26 ust. 6 ustawy Pzp zwalniał go zatem od obowiązku złożenia zaświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, gdyż Zamawiający posiadał oświadczenia lub dokumenty dotyczące Odwołującego (a ponadto - o czym dodatkowo Odwołujący wskazuje w dalszej części odwołania - mógł je uzyskać). Skoro zatem w sytuacji, gdy zamawiający posiada oczekiwane informacje lub może je uzyskać wykonawca nie musi w ogóle składać dokumentów (por. również K. Ronikier-Dolańska, Uzupelnianie, wyjaśnianie i weryfikacja poprawności JEDZ w orzecznictwie, Zam.Pub.Dor. 2018, nr 4, s. 17-24, . J. Presz-Król, Prawnik podpowiada, Zam.Pub.Dor. 2017, nr 7, s. 40-42, M. Olszewska, Interpretacje z autorytetem, M.Zam.Pub. 2017, nr 2, s. 25-27.).

Odwołujący podkreśla, że ustawa Pzp nie jest jedyną ustawą zobowiązującą zamawiającego do niewymagania od wykonawcy przedstawienia dokumentacji lub danych, które znajdują się już w jego posiadaniu lub do których ma on dostęp. Zgodnie z treścią art. 31 ustawy - Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 646 z późn.zm) organ nie może wymagać od przedsiębiorcy przedstawienia dokumentacji lub danych, które znajdują się już w posiadaniu organu lub do których organ ma dostęp na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący podnosi, że pomijając zatem okoliczność, iż ww. stan faktyczny wypełniał dyspozycję artykułu 26 ust. 6 ustawy Pzp i wykonawca (Odwołujący) nie był już ani w dniu 17.12.2020 r., ani tym bardziej w dniu 28.12.2020 r. obowiązany do złożenia zaświadczeń ZUS i NDUS, gdyż Zamawiający posiadał już te dokumenty, za niedopuszczalne uważa dowolne i wewnętrznie sprzeczne ze sobą dokonywanie przez tego samego wszak Zamawiającego, oceny tych samych dokumentów w różnych postępowaniach przetargowych pomimo, iż zostały one przedłożone dokładnie na takie same okoliczności i w takim samym celu. Odwołujący dysponował tylko takimi samymi zaświadczeniami, jakie zostały przedłożone w ramach procedury przetargowej dotyczącej rozbudowy, przebudowy i remontu willi przy ul. Krzyckiej 29 we Wrocławiu. Umowa dotycząca realizacji tej inwestycji została zawarta przez strony w dniu 04.12.2020 r. Skoro zaś został zawarty węzeł

obligacyjny w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w powołaniu na złożoną przez Odwołującego jako wykonawcę ofertę, która oprócz ceny, kosztorysów itd. zawierała również sporne obecnie zaświadczenia z ZUS i NDUS, to poza wszelką wątpliwością pozostaje fakt uznania wprost przez Zamawiającego prawidłowości w zakresie formy jak i treści przedmiotowych dokumentów, które to w sposób co najmniej nazbyt rygorystyczny zostały zakwestionowane w ramach niniejszego postępowania. Zdaniem Odwołującego niezrozumiała i niezasadna wydaje się argumentacja Zamawiającego, przedstawiona w piśmie z dnia 08.01.2021 r, biorąc bowiem pod uwagę treść tego pisma należałoby stwierdzić, iż Zamawiający wskazał w nim, że akceptuje wszystkie przedłożone przez Odwołującego dokumenty, za wyjątkiem tych dokumentów, które zaakceptował już wcześniej w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, sfinalizowanego zawartą przez Strony umową. Z tego Odwołujący wywodzi, że oczywiste jest tym samym, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonał nadinterpretacji wskazanych przez siebie przepisów prawa i nieprawidłowo zastosował je do zaistniałego stanu faktycznego. Zamawiający w poprzednio przeprowadzonym i zakończonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezpośrednio uznał bowiem za prawidłową formę i treść kwestionowanych obecnie dokumentów. W opinii Odwołującego dokonanie ich odmiennej oceny w realiach niniejszej sprawy jest nie tylko bezzasadne, ale wręcz niedozwolone. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania, która jest warunkiem sine qua non dochowania zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania i jawności. Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzaniu jasnych i klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (vide: wyrok KIO 643/12).

Odwołujący podkreśla, że konkluzja Zamawiającego dotycząca nieprawidłowej, jego zdaniem, formy przedłożonych przez Odwołującego zaświadczeń, jak również rzekomego niemożliwienia potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy tak przygotowanymi i przesłanymi przez Odwołującego dokumentami jest bezzasadna również z innych powodów. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego wskazując, że pismem z dnia 17.12.2020 r, wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Dwa ze złożonych przez Odwołującego dokumentów, tj. zaświadczenie z ZUS oraz zaświadczenie NDUS zostały złożone jako skany wydrukowanych dokumentów elektronicznych. Dokumenty te zostały podpisane elektronicznie przez przedstawiciela Odwołującego, nie zawierały natomiast elektronicznych podpisów osób działających w imieniu organów wydających wskazane zaświadczenia, zawierały jednocześnie informację o złożeniu takiego podpisu pod dokumentem elektronicznym. Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę już tylko rodzaj

zaświadczeń, których dotyczyły powyższe stwierdzenia, to wnioski Zamawiającego wynikające z zaistniałej sytuacji są bezzasadne.

Odwołujący podnosi, że odnośnie przedłożonego przez niego zaświadczenia ZUS Zamawiający całkowicie pominął, iż zgodnie z treścią art. 50 ust. 4a do 4c ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 266):

*„4a. 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.*

*4b. Zakład umożliwia weryfikację zaświadczenia lub decyzji, o których mowa w ust. 4a, przez udostępnioną przez Zakład stronę internetową, po podaniu:*

*1) danych identyfikujących zaświadczenie albo decyzję;*

*2) typu identyfikatora płatnika składek i jego numeru;*

*3) daty wydania zaświadczenia lub decyzji*

*4c. 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.”*

Oznacza to nie tylko, że Zamawiający mógł z łatwością zaświadczenie to zweryfikować, ale przede wszystkim, że zaświadczenie to mogło być wykorzystywane przez Odwołującego w formie wydruku, a wydruk miał moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS. Zdaniem Odwołującego przyjąć zatem należało, iż przesłany plik z podpisem elektronicznym może zostać wydrukowany i nadal po wydrukowaniu nie traci waloru oryginału. Zeskanowanie takiego dokumentu i podpisanie go elektronicznie przez przedstawiciela Odwołującego było zatem jak najbardziej prawidłowe i nie mogło stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania. Treść dokumentu nie budziła żadnych wątpliwości, dokument był aktualny, i jak wykazał Odwołujący przesłany został we właściwej formie wskazanej w SIWZ przez Zamawiającego. Wskazuje, że powyższa kwestia została jednoznacznie rozstrzygnięta stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 2285/20.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający winien był uznać, że przedmiotowym zaświadczeniem Odwołujący potwierdził brak podstaw do wykluczenia. Odnosząc się zaś do kwestii nieuznania przez Zamawiającego za prawidłowe przedłożonego przez Odwołującego zaświadczenia NDUS Odwołujący wskazuje, że dokument ten posiada informację o treści *„Został on wytworzony przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa Krajowej Administracji Skarbowej i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 144b § 4 ustawy Ordynacja podatkowa, wydruk stanowi dowód tego, co zostało*

*stwierdzone w piśmie wydanym w formie dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa Krajowej Administracji Skarbowej*". Uzyskane przez Wykonawcę zaświadczenie z urzędu skarbowego przekazane Zamawiającemu analogicznie do zaświadczenia ZUS powinno uzyskać akceptację Zamawiającego, gdyż zawiera wszelkie konieczne elementy zaświadczenia, a także spełnia wszystkie elementy zawarte w art. 144b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa. Ponadto, zgodnie z treścią art. 144b §1 ww. ustawy, w przypadku pism wydanych w formie dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, doręczenie może polegać na doręczeniu wydruku pisma uzyskanego z tego systemu odzwierciedlającego treść tego pisma. Powszechnie w praktyce podatkowej urzędy skarbowe przesyłają wydruki dokumentów opatrzone informacją, że zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący wskazuje, że dokument taki ma moc dowodową i walor oryginału dokumentu, analogicznie zresztą, jak w przypadku wydruków z systemu bankowego. Zaświadczenie wydane na podstawie wskazanego przepisu, a następnie poświadczony elektronicznie zgodnie z § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przesłane do Zamawiającego, winno być uznane za przesłane we właściwej formie. Powołuje wyrok Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 12 lutego 2020 roku, sygn. akt I SA/Wr 726/19. Podnosi, że powyższe znajduje również potwierdzenie w doktrynie, która jednoznacznie wskazuje, że „*Wydruk pisma uzyskał moc dowodową dokumentu urzędowego, co oznacza, że stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym oryginalnie w formie dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa KAS, pod warunkiem że spełnia wszystkie wymagania przewidziane w art. 144b § 1 i 2 OrdPU.*” (vide: np. H. Dzwonkowski (red.), Ordynacja podatkowa. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa 2020).

Odwołujący podkreśla, że ustawodawca nie definiuje tu pojęcia dokumentu, a z treści art. 194 § 1 i 2 Ordynacji podatkowej można wyprowadzić wniosek, że dokumentem urzędowym jest dokument spełniający łącznie następujące przesłanki: został sporządzony w formie określonej przepisami prawa oraz sporządziły go powołane do tego organy władzy publicznej lub inne jednostki, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów uprawnione są do ich wydawania (vide: P. Pietrasz [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, red. L. Etel, Gdańsk 2020, art. 194.) Odnosząc się do treści zaświadczenia wskazuje się, że powinno ono zawierać prawdziwe i pewne informacje. Wyłącznie niebudzący wątpliwości stan faktyczny może być potwierdzony zaświadczeniem, mającym walor dokumentu urzędowego. Tym samym nie może ono potwierdzać stanu faktycznego, co do którego

zachodzą wątpliwości, a także okoliczności sporne. Organ jest uprawniony a jednocześnie zobowiązany do potwierdzenia w zaświadczeniu tylko tych informacji, których jest dysponentem, w konsekwencji jest to akt wiedzy organu o określonych faktach lub stanie prawnym (por. wyrok WSA w Gdańsku z 9 kwietnia 2013 r., I SA/Gd 1438/12, LEX nr 1368393; wyrok NSA z 21 marca 2014 r., II FSK 926/12, LEX nr 1488012; wyrok NSA z 2 grudnia 2015 r., II FSK 2891/13, LEX nr 1988634).

Odwołujący podnosi, że NSA w wyroku z 30 kwietnia 2015 r. (I FSK 692/14, LEX nr 1772892), wskazał, że przepis art. 306a § 3 Ordynacji podatkowej należy rozumieć w ten sposób, że na dzień wydania zaświadczenie organu potwierdza stan faktyczny lub prawny obejmujący wiedzę organu co do danych znajdujących się w jego posiadaniu - zarówno co do okresu bieżącego, jak i co do okresów poprzednich.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że należy podkreślić, iż posługiwanie się przez wykonawcę dokumentem, który bezsprzecznie należy zakwalifikować jako urzędowy, spełniający wymogi ordynacji podatkowej, uzyskał tym samym zwiększoną (szczególną) moc dowodową. Zwiększona moc dowodowa dokumentu urzędowego sprowadza się do przyjęcia dwóch domniemań, a mianowicie prawdziwości (autentyczności) oraz zgodności z prawdą twierdzeń w nim zawartych (wiarygodności). Pominięcie faktu stwierdzonego w dokumencie urzędowym bez przeprowadzenia przeciwdowodu stanowi naruszenie art. 194 § 1 Ordynacji Podatkowej (vide: P. Pietrasz [w:] Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, red. L. Etel, Gdańsk 2020, art. 194).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym niesłusznie zatem odmówił przedstawionemu przez Odwołującego dokumentowi rangi dokumentu urzędowego, przez co niesłusznie wykluczył Odwołującego z postępowania. Wskazuje, że powołanie się Zamawiającego w piśmie z dnia 08.01.2021 r. na art. 217 k.p.a. w kontekście przesłanego przez Odwołującego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, jest bezpodstawne. Zgodnie z treścią art. 3 § 1 ust. 2 k.p.a. „przepisów kodeksu postępowania administracyjnego nie stosuje się do spraw uregulowanych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2017 r. poz. 201, 648, 768 i 935), z wyjątkiem przepisów działów IV, V i VIII. Powyższe znajduje również potwierdzenie w ugruntowanym stanowisku doktryny, która stanowi, że do wydawania zaświadczeń stosuje się przepisy Ordynacji podatkowej (tj. dział VIIIa), przez co nie mają zastosowania w tym zakresie postanowienia działu VII k.p.a.” (vide: K. Klonowski [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wyd. II, red. H. Knysiak-Sudyka, Warszawa 2019, art. 3.).

Odwołujący wskazuje, że z uwagi na powyższe wadliwe jest powoływanie się przez Zamawiającego na regulacje stosowane w kodeksie postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy nie mają one zastosowania. Wydanie zaś zaświadczenia ZUS zgodnie z art. 217 k.p.a. wynika już z samej treści przedmiotowego zaświadczenia. Ponadto Odwołujący

wskazuje, że zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe, w szczególności, zgodnie z § 9 oraz § 10 ww. rozporządzenia organy mogą prowadzić ewidencję oraz rejestr zaświadczeń, który to rejestr musi spełniać wymagania określone w przepisach wydanych na podstawie art. 5 ust. 2b ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2020 r. poz. 164), a informacje do niego wpisywane są bez zbędnej zwłoki i mają charakter rejestru publicznego. W sytuacji posiadania przez Zamawiającego, będącego podmiotem publicznym, wątpliwości w zakresie przedstawionych materiałów, bądź chęci przeprowadzenia przeciwdowodu w stosunku do przedstawionego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, mógł zwrócić się on do właściwego Urzędu Skargowego o potwierdzenie prawdziwości przedstawionego przez Wykonawcę dokumentu (również np. zgodnie z zasadą współdziałania organów, przejawiającą się chociażby w art. 28 ustawy Prawo przedsiębiorców) Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający mógłby (gdyby chciał) z łatwością zweryfikować również przedstawione zaświadczenie w oparciu o dane publicznie dostępne dla Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że również w przypadku przedłożonego przez Odwołującego zaświadczenia NDUS, przesłanie skanu dokumentu podpisanego elektronicznie przez przedstawiciela Odwołującego było jak najbardziej prawidłowe i nie może stanowić podstawy wykluczenia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie zatem ocenił oba zaświadczenia jako dokumenty elektroniczne tracące „swoje właściwości”, czyli podpis wystawcy dokumentu po wydrukowaniu. Dokumenty te również po ich wydrukowaniu posiadają status pełnoprawnych i pełnowartościowych dokumentów i nie tracą atrybutu oryginału.

Odwołujący wskazuje, że przywołane przez Zamawiającego Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych określa tylko wymagania techniczne i organizacyjne użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, sposób sporządzania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz sposób i tryb ich przekazywania, udostępniania i usuwania (§ 1 ww. Rozporządzenia). Wskazany przez Zamawiającego § 5 ust. 1 determinuje jedynie uprawnienie wykonawcy w przypadku posiadania przez niego dokumentów, których pierwotną formą była forma inna niż elektroniczna, tj. papierowa, zmaterializowana. Wydedukowanie z powyższej regulacji przez Zamawiającego przysługującego mu na tej podstawie uprawnienia do żądania od Odwołującego dokumentów elektronicznych, zawierających dodatkowo elementy określone według swoich wymogów, niewskazane *expressis verbis* w treści omawianego rozporządzenia, stanowi nadinterpretację prawa, a także jego nadużycie.

Zdaniem Odwołującego poza wykazaną powyżej, błędną interpretacją przez Zamawiającego formy przedłożonych dokumentów jako nieprawidłowej, na uwagę zasługuje w powyższym zakresie jeszcze jedna, fundamentalna okoliczność. Mianowicie Zamawiający dokonał interpretacji pojęcia dokumentu elektronicznego (dokumentu w postaci elektronicznej), nie odnosząc jej w ogóle do celu postępowania w sprawie zamówień publicznych. Celem elektronizacji systemu zamówień publicznych było przyspieszenie i ułatwienie procedury udzielenia zamówienia publicznego, a nie jego nadmierna formalizacja prowadząca, jak próbuje to stwierdzić Zamawiający, do formułkowości tej procedury. Komunikacja elektroniczna nie powinna jednak prowadzić do naruszenia innych zasad postępowania przetargowego. Odwołujący podnosi, że Zamawiający zastosował co do niego zbyt formalistyczne rygory, sprzeczne z celem ustawodawcy, narzucając jednocześnie Odwołującemu wymagania, których Odwołujący nie był zobowiązany spełnić. Powołuje się na wyroki KIO 277/19, KIO 119/19.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, zwane dalej „eIDAS”, w art. 3 pkt 35 definiuje dokument elektroniczny jako każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Rozporządzenie to nie różnicuje dokumentu ze względu na sposób jego sporządzenia. Upraszczając, każda treść w postaci elektronicznej jest w świetle eIDAS - dokumentem elektronicznym. Dodać należy, iż każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. PDF, JPG, DOCX odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji. Wobec tego, mówiąc o elektronicznej kopii dokumentu zasadniczo będzie to oznaczało graficzne odwzorowanie dokumentu pierwotnie sporządzonego, sporządzone w formie zapisu cyfrowego. Wprowadzenie do polskiego prawa - w tym również do ustawy Pzp podpisu elektronicznego miało na celu uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienie. Niewątpliwym jest, że podpis elektroniczny winien mieć możliwość jego sprawdzenia. Jednakże niezasadnym jest piętrzenie wokół podpisu elektronicznego wymagań przewyższających wymagania co do podpisów składanych własnoręcznie (w pewnym zakresie tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2020 r., KIO 2505/20) - zważenia wymaga, że w sytuacji, gdy postępowanie prowadzone byłoby w formie papierowej wykonawca nie byłby bowiem w żadnej mierze zobligowany do przedkładania oryginalnego zaświadczenia dodatkowo potwierdzając jego prawdziwość poprzez poświadczenie go „za zgodność z oryginałem”, niezrozumiałe jest tym samym jakiemu celowi miałyby służyć taka czynność w postępowaniu prowadzonym w formie elektronicznej. Pomijając w tym miejscu wszystkie

przedstawione powyżej argumenty, które już zdaniem Odwołującego samodzielnie, w sposób jednoznaczny, przemawiają za uznaniem za zasadne niniejszego odwołania, Odwołujący wywodzi, iż nawet tak przedłożone przez Odwołującego zaświadczenia, zawierały podpisy ich wystawców. Z przedłożonego bowiem zaświadczenia ZUS wynika, iż zostało podpisane przez pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia: M. B. i opatrzone podpisem elektronicznym złożonym dnia 2020-11-02, godz. 10:58:47, a z zaświadczenia NDUS, że dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym z upoważnienia Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego we Wrocławiu P. L. Kierownika Referatu.

Dalej Odwołujący wskazuje, że forma (i format) przesłanych przez Odwołującego dokumentów była dopuszczona przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt 3.2 SIWZ, a Zamawiający wyraźnie wskazał w Rozdziale XIII pkt 12 SIWZ, iż dokumenty inne niż oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, poświadczenie zaś za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Odwołujący podnosi, że postąpił zgodnie z wymogami Zamawiającego. Co więcej, jak wynika z zapisów Rozdziału XIII pkt 13 SIWZ Zamawiający byłby uprawniony wezwać wykonawcę do przedłożenia oryginału zaświadczenia wyłącznie wtedy, gdyby złożona kopia dokumentu była nieczytelna lub budziła wątpliwości co do jej prawdziwości. Odwołujący wskazuje, że powyższe wynika też jednoznacznie z treści § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie kwestionował czytelności czy prawdziwości przedłożonych mu dokumentów, zatem żądanie przedłożenia oryginałów dokumentów było zdaniem Odwołującego również z powyższych względów niezgodne z ustawą i stanowiło naruszenie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż przepis ten znalazłby zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdyby wykonawca nie złożył oświadczeń czy dokumentów w przepisie tym wskazanych, czy też oświadczenia lub dokumenty byłyby niekompletne, zawierały błędy lub budziły wskazane wątpliwości. Odwołujący wskazuje, że żadna z ww. okoliczności nie zaistniała w niniejszej sprawie. Zdaniem Odwołującego wykazał on, iż kwestionowane obecnie przez Zamawiającego zaświadczenia znajdowały się już w zasobach Zamawiającego, na skutek wejścia w ich posiadanie w ramach zakończonego zawarciem z Odwołującym umowy postępowania NZ.3620.74.560.2020.willa Krzycka.AG i zostały przez Zamawiającego uznane za prawidłowe, spełniające wszelkie wymogi. Biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej argumentację, Odwołujący wykazuje ponadto, iż przedłożył Zamawiającemu



ponownie, już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.12.2020 r. prawidłowe zaświadczenia ZUS i NUS. potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego na skutek powyższego brak było podstaw do wystosowania do Odwołującego wezwania z dnia 28.12.2020 r. do uzupełnienia oferty o aktualne na dzień składania zaświadczenia ZUS i NDUS. Pomimo, iż złożone przez Odwołującego w dniu 23.12.2020 r, dokumenty były poprawne, czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego, Odwołujący przedłożył wersje elektroniczne plików podpisane cyfrowo, co Zamawiający potwierdza w wezwaniu do uzupełnienia i w zawiadomieniu o wykluczeniu. W wezwaniu do uzupełnienia oferty z dnia 28.12.2020 r. Zamawiający wzywał do przedłożenia oryginałów dokumentów i takie, w odpowiedzi na to wezwanie od Odwołującego uzyskał tj. oryginały dokumentów elektronicznych dostępnych na platformach cyfrowych. Zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu z dnia 08.01.2021 r. stwierdził, że dokumenty nie zawierały podpisów wystawców. Odwołujący zauważa jednak, iż w żadnym miejscu wezwania z dnia 28.12.2020 r. Zamawiający nie wzywał o pliki umożliwiające weryfikację podpisów. Odwołujący kwestionuje zasadność wezwania do uzupełnienia, ale nawet gdyby uznać, że było ono prawidłowe, to nie sposób stwierdzić, że uzupełniony dokument nie odpowiadał treści tego wezwania. Bazując na wyroku KIO 2578/18 należy uznać, iż Odwołujący wykonał wezwanie Zamawiającego, pomimo, iż było ono niezasadne.

Biorąc pod uwagę treść przedmiotowego wezwania z dnia 28.12.2020 r., Odwołujący podkreśla, iż jest ona co najmniej nieprecyzyjna, a co za tym idzie zostawia swobodę interpretacyjną w zakresie odkodowania wymagań Zamawiającego. Podnosi, że pozostawienie przez Zamawiającego w treści wezwania wystosowanego na podst. art. 26 ust 3 ustawy Pzp swobody interpretacyjnej wykonawcy jest niedopuszczalne. Powołuje się na wyrok KIO 366/17 i wskazuje, że Zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie (vide: wyrok KIO 1340/17). Wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi towarzyszyć jednoznaczne wskazanie przez zamawiającego dlaczego jest ono kierowane i w jakim zakresie oczekuje uzupełnienia – powołuje wyroki KIO 1682/17, KIO 2073/17.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, przygotowując treść wezwania, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działać zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny poprzez wskazanie, o jakie dokumenty konkretnie chodzi (vide m.in: wyrok. KIO 29/18, KIO 2563/17, KIO 493/18 , KIO 988/18. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyślać się, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie – wskazuje na wyrok KIO 1208/14. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie wezwał go do przedłożenia plików umożliwiających weryfikację elektronicznych podpisów wystawców zakwestionowanych

zaświadczeń. Skoro, jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu, intencją Zamawiającego było otrzymanie dodatkowo plików umożliwiających weryfikację podpisów elektronicznych wystawców zaświadczeń, Zamawiający winien był wskazać to wprost i jednoznacznie Odwołującemu. Z tego wywodzi, że skoro okoliczność taka nie nastąpiła, Zamawiający nie może obciążać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami niezrozumienia nieprecyzyjnie wyrażonych intencji Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że argumentacja wyrażona w piśmie Zamawiającego, przemawiająca zdaniem Zamawiającego za wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, była bezzasadna.

Odwołujący podnosi, że bezzasadnym było również zatrzymanie przez Zamawiającego na podst. art. 46 ust 4a ustawy Pzp wniesionego przez Odwołującego wadium. Odwołujący wniósł wadium w wysokości 500.000 zł.

Zdaniem Odwołującego czynność zatrzymania wadium w niniejszym stanie faktycznym i prawnym jest niezgodna z ustawą, Zamawiającemu nie przysługiwało uprawnienie do jej dokonania. Zgodnie z powołaną przez Zamawiającego podstawą dokonania zaskarżanej obecnie czynności, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust: 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.12.2020 r. złożył wymagane wezwaniem dokumenty, co więcej, już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.12.2020 r. przedłożył prawidłowe zaświadczenia, potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego z powyższych względów zastosowanie przez Zamawiającego art. 46 ust 4 a ustawy Pzp było niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższych okoliczności, Odwołujący zwraca uwagę, iż nawet gdyby nie złożył dokumentów, wskazanych w zacytowanym przepisie (czemu przeczy) niezadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego musiałoby nastąpić z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zakładając czysto hipotetycznie, iż Zamawiający miałby jednak podstawy uznać, iż w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.12.2020 r. Odwołujący nie przedłożył kwestionowanych przez Zamawiającego zaświadczeń, w opinii Odwołującego nie sposób przyjąć, iż niewykonanie wezwania Zamawiającego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący podnosi, że gdyby Zamawiający sprecyzował treść wezwania w sposób pozwalający na jego jednoznaczne zrozumienie - zgodnie z intencją Zamawiającego - a nie pozostawiający co najmniej poważne wątpliwości interpretacyjne,

Odwołujący miałby możliwość wykonania wezwania zgodnie z treścią, która jak wynika z obecnego stanowiska Zamawiającego była rzeczywistą intencją jego nadawcy. Ponieważ sformułowanie przez Zamawiającego wezwania z 28.12.2020 r. nastąpiło w sposób nieprecyzyjny, zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał już z tego tylko powodu podstaw do zatrzymania wadium. W przedmiotowym wezwaniu brak jest żądania przedłożenia plików umożliwiających weryfikację podpisu elektronicznego, a zatem Zamawiający nie może uznać, iż Odwołujący nie spełnił wymogu Zamawiającego, skoro wymóg ten nie został wyraźnie wskazany. Odwołujący podnosi, że tym bardziej brak jest podstaw do uznania, iż niewykonanie wezwania z dnia 28.12.2020 r. nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Powołuje się na Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach - II Wydział Cywilny (Ośrodek Zamiejskowy w Rybniku) z dnia 18 kwietnia 2017 r sygn. akt II C 386/15.

Wykładnia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. W orzecznictwie przyjmuje się, iż przepis ten powinien być stosowany tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów czy oświadczeń, wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców oraz nie może być nadużyciem ze strony Zamawiającego i sposobem uzyskania nienależnego przysporzenia. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołuje się m.in. na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa 1977/15. Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp powinien być interpretowany w sposób ścisły. Przesłanka do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę (wyrok KIO 483/17). W wyroku z dnia z dnia 17 lutego 2017 Sąd Apelacyjny w Katowicach wyraźnie wskazał, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp może być uzasadnione tylko wtedy gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył, ze swej winy, żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał również wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 17 lutego 2017 r, V ACa 430/16 i wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 27 października 2016 r., sygn. akt III Ca 1230/16. Odwołujący podnosi, że biorąc pod uwagę tezy judykatury należy uznać, iż do zatrzymania wadium może dojść zatem wówczas, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, ale tylko wtedy gdy niewykonanie wezwania było następstwem zawinienia wykonawcy, całkowitej bierności, celowego działania, umyślności. Nie bez znaczenia dla oceny, czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego (vide też: wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 31 marca 2016 r. I ACa52/16, wyrok Sądu

Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 29 września 2014 r I ACa 372/14). Z powyższego wywodzi, że zarówno literalna jak i celowościowa wykładnia powyższego przepisu stoi w opozycji do sposobu w jaki zastosował ją Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego przytoczona powyżej argumentacja nakazuje uznanie czynności Zamawiającego zatrzymania wadium za niezgodną z ustawą. Wskazuje, że dokonując zatrzymania wadium Zamawiający winien przedstawić wyczerpującą argumentację zarówno faktyczną, prawną, jak i dokonać odpowiedniej subsumpcji, a ograniczenie się Zamawiającego li tylko do powołania się na normę art. 46 ust 4 a ustawy Pzp, jest niewystarczające, krótkie stwierdzenie Zamawiającego staje w opozycji zarówno do celu jak i przesłanek przywołanego uregulowania.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego podjęte w stosunku do Odwołującego są nieprawidłowe - Zamawiający naruszył podstawową zasadę ustawy Pzp zawartą w art. 7 ustawy. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 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 (zakwestionowanych zaświadczeń), a także poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił odwołanie w zakresie, w jakim dotyczyło zaświadczenia z ZUS.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności korespondencję pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Wskazane przesłanki zaistniały natomiast w odniesieniu do zarzutów nr 2, 6, 8 odwołania, jako dotyczących czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów.. Izba zarzuty te uznała za spóźnione, wobec czego na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp odrzuciła w tym zakresie odwołanie. Wskazane wezwanie zostało przekazane Odwołującemu w dniu 28.12.2020 r. Z treści wezwania jasno wynikało, iż Zamawiający uznał, że dokumenty w postaci zaświadczenia z ZUS i NDUS nie zostały złożone w sposób prawidłowy. Co za tym idzie, Odwołujący już w dniu 28.12.2020 r. powziął wiedzę o czynności i zaniechaniu Zamawiającego stanowiących podstawę do wniesienia odwołania – tj. odpowiednio uznaniu złożonych dokumentów za złożone w nieodpowiedniej formie oraz o braku skorzystania z dokumentów znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, złożonych w toku innego postępowania. Jeżeli Odwołujący podważa zasadność wezwania, to zasadnym jest jego zaskarżenie do KIO (por. np. KIO 452/12). Zatem termin na podniesienie wskazanych zarzutów upłynął w dniu 7 stycznia 2021 r., zaś rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w dniu 18 stycznia 2021 r., wobec czego ww. zarzuty należało uznać za wniesione po terminie i odrzucić w tym zakresie odwołanie, zgodnie z dyspozycją art. 528 pkt 3 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

**Izba ustaliła, że:**

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu”.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dn. 17 grudnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył m.in. zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz zaświadczenie wydane przez Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego (NDUS), opatrzone datą 30.09.2020 r. Zaświadczenie Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego Odwołujący przekazał Zamawiającemu w postaci skanu opatrzonego podpisem kwalifikowanym prezesa zarządu spółki.

Zamawiający pismem z dnia 28.12.2020 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnych dokumentów poświadczających o niezaleganiu ze składkami ZUS i podatkami. Zamawiający poinformował, że złożone przez odwołującego dokumenty podpisane były przez przedstawiciela spółki Odwołującego, pomimo ich wystawienia w formie elektronicznej i wskazania w treści, że zostały podpisane podpisem kwalifikowanym wystawcy. Zamawiający wskazał, że sama reprezentacja graficzna unaoczniająca złożenie podpisu elektronicznego wystawcy jest niewystarczająca, ponieważ podpis ten jest także zbiorem danych, których nie da się nanieść na skan czy wydruk papierowy tak, aby zachował on swoją pierwotną formę. Zamawiający wskazał na § 14 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który stanowi, że poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, może nastąpić w stosunku do dokumentów sporządzonych w postaci papierowej. Zamawiający wezwał do złożenia oryginałów ww. dokumentów zawierających elektroniczne podpisy wystawców.

W odpowiedzi Odwołujący złożył zaświadczenie z ZUS oraz zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami lub stwierdzające stan zaległości wystawione przez Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego we Wrocławiu z dnia 3.11.2020 r. Jak Izba ustaliła, dokument ten Odwołujący przekazał w formie elektronicznej otrzymanej z Urzędu Skarbowego, nie przekazał natomiast Zamawiającemu plików podpisu elektronicznego.

Pismem z dnia 8.01.2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 28.12.2020 r. złożył dokumenty, które nie zawierały żadnych podpisów elektronicznych, w szczególności podpisów osób działających w imieniu ich wystawców (ZUS i NDUS). Tak przygotowane i przesłane dokumenty nie umożliwiły potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia bowiem nie stanowiły dokumentów urzędowych wydawanych w formie elektronicznej, o których mowa w art. 217 § 4 Kpa oraz § 7 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe.

Zamawiający poinformował również, że niezuzpełnienie wymaganych dokumentów skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy nPzp umorzyła postępowanie w przedmiocie zarzutów 1, 5, 7 w zakresie dotyczącym zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony przystępujących.

Zarzuty odwołania, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego bądź odrzucone, potwierdziły się i w tej części odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Wydając wyrok Izba uznała za rozstrzygające poniższe kwestie.

Zgodnie z art. 144b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325):

§ 1 W przypadku pism wydanych w formie dokumentu elektronicznego, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, doręczenie może polegać na doręczeniu wydruku pisma odzwierciedlającego treść tego pisma, jeżeli strona nie wносиła o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub nie wyraziła zgody na doręczanie pism w taki sposób.

§ 2 Wydruk pisma, o którym mowa w § 1, zawiera:

- 1) informację, że pismo zostało wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby, która je podpisała;
- 2) identyfikator tego pisma, nadawany przez system teleinformatyczny.

(...)

§ 4. Wydruk pisma, o którym mowa w § 1, stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym w formie dokumentu elektronicznego.

Zaświadczenie naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego we Wrocławiu z dnia 30.09.2020 r. złożone przez Odwołującego zawierało informację o treści: *„Wydruk tego dokumentu, na podstawie art. 144b ustawy Ordynacja podatkowa nie wymaga odręcznego podpisu. Został on wytworzony przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa Krajowej Administracji Skarbowej i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

*Zgodnie z art. 144b § 4 ustawy Ordynacja podatkowa, wydruk stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydawanym w formie dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Szefa Krajowej Administracji Skarbowej”.*

Izba zarzuty nr 1, 4, 5, 7 odwołania rozpoznawała łącznie, jako wywodzone z tożsamyh okoliczności prawnych i faktycznych oraz wobec opartego na nich żądania unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania. Rozpoznanie dotyczy zakresu zarzutów, w jakich odnosiły się do zaświadczenia Naczelnika Dolnośląskiego Urzędu Skarbowego (NDUS).

Wskazane zarzuty Izba uznała za uzasadnione. Odwołujący podnosił, że Zamawiający błędnie ocenił złożone przezeń zaświadczenie wydane przez NDUS o niezaleganiu z opłacaniem podatków. W ocenie Izby zaświadczenie NDUS z 30.09.2020 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.12.2020 r. spełniało wymogi określone w § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z ww. przepisami, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Odwołujący zaświadczenie NDUS z dnia 30.09.2020 r. otrzymał w formie wydruku papierowego, następnie go zeskanował, opatrzył własnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przekazał poprzez platformę elektroniczną Zamawiającemu. Jakkolwiek zasadnie podnosił w toku rozprawy Przystępujący, że pierwotnie zaświadczenie NDUS z 30.09.2020 r. zostało sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, zatem oceniając sprawę jedynie na podstawie § 5 ust. 1 rozporządzenia o środkach komunikacji elektronicznej, nie był to dokument objęty unormowaniem § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia. Jednakże taka interpretacja pozostawałaby w sprzeczności z art. 144b § 1 i § 4 ordynacji podatkowej, zgodnie z którymi dokument sporządzony w formie dokumentu elektronicznego, opatrzony podpisem kwalifikowanym, może zostać doręczony w formie wydruku, który stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym w formie dokumentu elektronicznego. Sytuacja o której mowa w art. 144b § 1 ordynacji podatkowej miała miejsce w odniesieniu do zaświadczenia z 30.09.2020 r. Skoro zaś Odwołujący zaświadczenie



NDUS otrzymał w formie wydruku, to należy uznać, że był uprawniony do przekazania go Zamawiającemu w oparciu o § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia o środkach komunikacji elektronicznej. Przyjęcie przeciwnego poglądu stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu, skutkiem którego byłoby doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca, dysponujący dowodem pochodzącym od organu administracji publicznej, wydanym w przewidzianej prawem procedurze (art. 144b ordynacji podatkowej) i uzyskanym w celu poświadczenia braku zachodzenia przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) nie może się tym dowodem posłużyć i przedłożyć go Zamawiającemu. Tak formalistyczne podejście i interpretacja § 5 ww. rozporządzenia są niedopuszczalne, stoją w sprzeczności z celem postępowania i jego zasadami.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że podnoszoną przez Zamawiającego argumentację, że zaświadczenie NDUS nie posiadało identyfikatora nadanego przez system teleinformatyczny, Izba uznała za bezpodstawną. Zaświadczenia NDUS (zarówno z 30.09.2020 r. jak i z 3.11.2020 r.) w górnym lewym rogu posiadały indywidualnie przypisane numery. Zamawiający nie udowodnił, by identyfikatory o których mowa w art. 144b § 2 pkt 2 ordynacji podatkowej musiały posiadać postać kodów kreskowych. Ponadto wskazana na ww. zaświadczeniach adnotacja, zgodna z art. 144b § 2 pkt 1 ordynacji podatkowej, nakazuje stwierdzenie, iż były to dokumenty wystawione zgodnie z art. 144b ordynacji podatkowej, posiadające moc dowodową określoną w art. 144b § 4 ordynacji podatkowej.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.12.2020 r., zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, złożył prawidłowy dokument z zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego, nie zachodziła zatem przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba zaznacza, że inaczej kształtuje się sytuacja w odniesieniu do dokumentu złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.12.2020 r. – tj. zaświadczenia NDUS z dnia 3.11.2020 r. Odwołujący w tym przypadku dysponował oryginałem dokumentu elektronicznego, wraz z podpisami kwalifikowanymi, jednakże zdecydował się na przekazanie Zamawiającemu samego zaświadczenia – bez podpisów. W tej sytuacji należało uznać, że Odwołujący nie złożył kompletnego dokumentu, pozbawił bowiem Zamawiającego możliwości weryfikacji podpisów elektronicznych oraz braku modyfikacji treści zaświadczenia. W bardzo ograniczonym stopniu uznać można argumentację Odwołującego, że w SIWZ nie dopuszczono jako dozwolonego formatu pliku podpisu elektronicznego – jak wynika z dokumentacji postępowania Odwołujący złożył taki plik wraz z ofertą, wiedział więc, że platforma zezwala na załączenie i przekazanie takiego pliku.

Powyższe nie zmienia faktu, że jak wskazano powyżej, Zamawiający dysponował aktualnym, prawidłowym zaświadczeniem NDUS z 30.09.2020 r., a zatem wykazał brak podstaw wykluczenia i nie zaszła przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wobec czego Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zarzut nr 9 odwołania, dotyczący zatrzymania wadium Izba również uznała za zasadny i zasługujący na uwzględnienie.

Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymał wniesione przez Odwołującego wadium w kwocie 500 000 PLN. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze uznanie przez Izbę, że Zamawiający bezpodstawnie uznał złożone przez Odwołującego zaświadczenie NDUS z 30.09.2020 r. za nieprawidłowe, logiczną konsekwencją jest stwierdzenie, że nie zaszły również przesłanki do zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W sprawie nie zaistniał bowiem rzeczywisty brak możliwości wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a jedynie błędne przekonanie o takiej okoliczności po stronie Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała zatrzymanie wadium za nieuprawnione i nakazała unieważnienie rzeczonyj czynności.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu, a na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), art. 574 i art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród dziewięciu zarzutów odwołania Izba umorzyła, wobec częściowego uwzględnienia odwołania 4 zarzuty ( częściowo nr – 1, 5, 7, w całości – nr 3). W tym zakresie na podstawie § 9 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania Izba wzajemnie zniosła koszty postępowania.

Umorzenie nie dotyczyło zarzutów 2, 4, 6, 8, 9. Izba uwzględniła dwa z tych zarzutów – 4 i 9, odrzuciła zaś odwołanie w odniesieniu do trzech z nich – 2, 6 i 8. Z uwagi na powyższe zgodnie z § 7 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia o kosztach Izba obciążyła kosztem wpisu w 3/5 Odwołującego i w 2/5 Zamawiającego. Na podstawie § 7 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia Izba wzajemnie zniosła koszty zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę (§ 5 pkt 2 lit. a i b). Wpis od odwołania wniesiony został w wysokości 20 000 zł, zatem mając na uwadze powyższe, Odwołujący odpowiadał do kwoty 12 000 zł, zaś Zamawiający do kwoty 8 000 zł. Z uwagi na poniesienie całości kosztów wpisu przez Odwołującego, koniecznym było zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kwoty 8 000 zł, stanowiącą część kosztów, za którą odpowiadał.

**Przewodniczący:** .....