

WYROK
z dnia 09 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09 września 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 sierpnia 2014 r.** przez wykonawcę **P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy, ul. Władysława Reymonta 11 C, 05-120 Legionowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Starostwo Powiatowe w Ciechanowie, ul. 17 Stycznia 7, 06-400 Ciechanów**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy, ul. Władysława Reymonta 11 C, 05-120 Legionowo i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy, ul. Władysława Reymonta 11 C, 05-120 Legionowo** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawę tablic rejestracyjnych do Starostwa Powiatowego w Ciechanowie” (nr: Or.272.10.2014), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 181259 – 2014, data zamieszczenia 25.08.2014 r., przez Starostwo Powiatowe w Ciechanowie, ul. 17 Stycznia 7, 06-400 Ciechanów zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 22.08.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz wykluczeniu P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy, ul. Władysława Reymonta 11 C, 05-120 Legionowo zwanego dalej: „P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, a jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 12.08.2014 r na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp , wezwał firmę P.P.U.H NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy do uzupełnienia oferty, w terminie do dnia 14.08.2014 r. godz. 12:00 o niżej wymienione dokumenty:

1) potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji.

Wykonawca nie załączył do oferty w/w dokumentu. Żądanie przez Zamawiającego w/w dokumentu jest zgodne z Rozdz. VIII pkt.8.2 ppkt 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

2) aktualne zaświadczenie właściwego Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca do oferty załączył Zaświadczenia z ZUS wystawione na osoby fizyczne, a nie załączył zaświadczenia ZUS wystawionego na P.P.U.H NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy. Żądanie przez Zamawiającego w/w dokumentu jest zgodne z Rozdz. VIII pkt.8.3 ppkt 3) SIWZ. Wykonawca w dniu 14.08.2014 r. uzupełnił ofertę:

1) o dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji,

2) informację ZUS z dnia 13.08.2014 r. Zamawiający żądał przedłożenia aktualnego zaświadczenie właściwego Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca przedłożył dokument z ZUS wystawiony z datą 13.08.2014 r., a otwarcie ofert miało miejsce 08.08.2014 r. - Wykonawca zatem w dacie otwarcia ofert nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 25.08.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.08.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu albowiem: a) nie załączył do oferty: „dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności...” b) „aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, podczas gdy: dokumenty wskazane w pkt a) (tj. Zaświadczenie wystawione przez Marszałka Województwa Mazowieckiego oraz Certyfikat Instytutu Transportu Drogowego) zostały przedłożone Zamawiającemu 14.08.2014 r. o godz. 8:25 a dokument wskazany w pkt b) nie mógł zostać przedłożony albowiem, jak wynika z pisma ZUS z dnia 13.08.2014 r. (doręczonego Zamawiającemu także 14.08.2014 r. o godz. 8:25) Wykonawca nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek ZUS (albowiem nie zatrudnia pracowników), co doprowadziło do wykluczenia Wykonawcy z postępowania a następnie - na zasadzie art. 24 ust. 4 Pzp - uznania jego oferty za odrzuconą,

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wyznaczenie Wykonawcy pismem z dnia 12.08.2014 r. terminu do uzupełnienia oferty do dnia 14.08.2014 r. (który to termin został przez Wykonawcę

dotrzymany) i jednocześnie uznanie, iż Wykonawca w dacie otwarcia ofert (tj. dnia 08.08.2014 r., a zatem na 4 dni przed ww. pismem Zamawiającego) nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i na podstawie powyższego do unieważnienia postępowania, podczas gdy Wykonawca nie powinien być zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Wnosił o przeprowadzenie nast. dowodów:

1) z załączonych do odwołania dokumentów:

a) SIWZ - na okoliczność przedmiotu postępowania, którego czynności Wykonawca kwestionuje, ustalenia wysokości wpisu od odwołania,

b) Wezwania do uzupełnienia oferty wystawionego przez Zamawiającego w dniu 12.08.2014 r. - na okoliczność jakich dokumentów domagał się od Wykonawcy Zamawiający i jaką datę na ich złożenie wyznaczył,

c) Pisma Wykonawcy do Zamawiającego z dnia 13.08.2014 r. złożonego w dniu 14.08.2014 r. o godz. 8:25 wraz z załącznikami, tj.: zaświadczeniem Marszałka Województwa Mazowieckiego, Certyfikatem ITS, Informacją z ZUS - na okoliczność terminowego ich złożenia przez Wykonawcę i zadośćuczynienia żądaniom Zamawiającego,

c) Zawiadomienia Zamawiającego z dnia 20.08.2014 r. o unieważnieniu ww. postępowania - na okoliczność przesłanek wskazanych przez Zamawiającego jako przyczyny wykluczenia Wykonawcy z postępowania, uznania Jego oferty za odrzuconą i unieważnienia postępowania.

2. z przesłuchania stron - przy czym w odniesieniu do Wykonawcy wnoszę o przesłuchania Wspólnika uprawnionego do reprezentacji - p. S. J. - adres do wezwań - adres Wykonawcy, na okoliczność złożenia przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt III ppkt 1 c) niniejszego odwołania oraz wyjaśnienia Zamawiającemu, iż Wykonawca nie jest płatnikiem składek a zatem nie może zalegać z ich opłacaniem i nie tym samym nie może uzyskać zaświadczenia z ZUS w przedmiocie niezalegania z ich opłatą.

3) Wnosił także o wezwanie Zamawiającego przez KIO do przedłożenia całości dokumentacji przetargowej, a następnie przeprowadzenie z niej dowodu na okoliczność, iż dokumenty wskazane w pkt III ppkt 1 c) niniejszego odwołania zostały terminowo złożone przez Wykonawcę oraz że Wykonawca już w dacie składania oferty podnosił, iż nie jest płatnikiem składek ZUS. Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,

2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,

3. unieważnienie uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,

4. z ostrożności procesowej - w przypadku wniesienia odwołania przez drugiego wykonawcę - „P. K. i Wspólnicy Sp.j.” - dokonania oceny oferty odwołującego,
5. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Pismem z dnia 12.08.2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty poprzez złożenie:

a) *„dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności...”*

b) *„aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”* w terminie do dnia 14.08.2014 r. Wykonawca zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego składając ww. dokumenty przy piśmie z dnia 13.08.2014 r., złożonym do Zamawiającego 14.08.2014 r. o godz. 8:25. Z niezrozumiałych względów w odniesieniu do dokumentów określonych ww. pkt a) Zamawiający - w zawiadomieniu z dnia 20.08.2014 r. *„o unieważnieniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę tablic rejestracyjnych do Starostwa Powiatowego w Ciechanowie”* lakonicznie stwierdził, iż Wykonawca ww. dokumentów nie załączył, co stoi w oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym. W odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w ww. pkt b) w pierwszej kolejności należy podnieść, iż Wykonawca nie zatrudnia (i nigdy nie zatrudniał) pracowników a zatem nie jest płatnikiem składek i tym samym nie może mieć zaległości w ich regulowaniu. Z tych względów już w dacie składania ofert Wykonawca nie mógłby dostarczyć Zamawiającemu *„aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne...”* albowiem ZUS nie wyda zaświadczenia w przedmiocie niezalegania z zapłatą składek ubezpieczeniowych podmiotowi, który w ogóle nie jest ich płatnikiem. O powyższym Zamawiający został poinformowany w ww. piśmie Wykonawcy z dnia 13.08.2014 r., do którego dołączono pismo z ZUS potwierdzające ww. okoliczność a nadto w dokumentach załączonych bezpośrednio do oferty. Następnie Zamawiający stwierdził w ww. zawiadomieniu z dnia 20.08.2014 r., iż: *„Wykonawca przedłożył dokument z ZUS wystawiony z datą 13.08.2014 r., a otwarcie ofert miało miejsce 08.08.2014 r. - Wykonawca zatem w dacie otwarcia ofert nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”* Zamawiający przyjął zatem - wbrew ugruntowanemu orzecznictwu KIO (m.in. wyroki: sygn.

akt KIO/UZP 845/09, KIO/UZP 744/09), iż to data wystawienia dokumentu jest kluczowa dla oceny, czy w dacie otwarcia ofert Wykonawca zalegał ze składkami na ubezpieczenie społeczne. Skoro - jak przyjmuje Zamawiający, pismo z ZUS informujące, iż Wykonawca nie jest płatnikiem składek wystawiono 13.08.2014 r. (na marginesie należy dodać, iż Wykonawca nie mógł przecież „wymusić” na urzędniku podpisującym ww. pismo w dniu 13.08.2014 r. aby wystawił datę nie późniejszą niż 08.08.2014 r.) to należy przyjąć, iż na dzień 08.08.2014 r. Wykonawca nie spełniał wymagań Zamawiającego. Tymczasem z pisma ZUS z dnia 13.08.2014 r. wcale nie wynika, iż na dzień 08.08.2014 r. Wykonawca zalegał ze składkami czy też nie był ich płatnikiem. O powyższym Wykonawca zapewnił Zamawiającego w swoim piśmie z dnia 13.08.2014 r.: *„Wniosek ten (tj. wniosek o wydanie zaświadczenia w przedmiocie niezalegania z zapłatą składek ubezpieczeniowych) nie został przyjęty, ponieważ Spółka nie zatrudnia pracowników i nie opłaca żadnych składek i w związku z tym nie jest zgłoszona do ZUS jako płatnik składek, gdyż nie ma takiego obowiązku.”*. A zatem Wykonawca dostarczył Zamawiającemu wyczerpującej informacji, z której jednoznacznie wynika, iż w dacie otwarcia ofert Wykonawca nie był płatnikiem składek a zatem nie mógł zalegać z ich opłacaniem i nie mógł uzyskać zaświadczenia w tym przedmiocie. Z tych względów należy przyjąć, iż Zamawiający niezasadnie potraktował ww. pismo ZUS jako zaświadczenie w przedmiocie niezalegania z opłacaniem składek i uznał, że skoro pismo ZUS ma datę późniejszą niż data otwarcia ofert to Wykonawca nie uzupełnił braku oferty, a zatem należało go wykluczyć z postępowania. Na marginesie należy zauważyć, iż w poprzednim, analogicznym przetargu (także unieważnionym - sygn.: Or.272.9.2014) Zamawiający nie żądał przedłożenia *„aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne....”*.

Zamawiający w dniu 26.08.2014 r. wezwał (faxem, e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 02.09.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający uważa, że są one całkowicie bezzasadne. Odwołujący podlegał wykluczeniu wskutek nie przedłożenia zamawiającemu w ofercie, ani później w wyniku wezwania z dnia 12.08.2014 r. do uzupełnienia oferty zgodnie z przepisem art. 26 ust 3 Pzp, aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane

prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokument potwierdzający posiadanie uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia został Zamawiającemu doręczony w dniu 14.08.2014 r., czego Zamawiający nie kwestionuje i pisze o tym wyraźnie w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 20.08.2014 r. na str. 2: „Wykonawca w dniu 14 sierpnia 2014 r. uzupełnił ofertę:

1) o dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji,

2) informację ZUS z dnia 13.08.2014 r.". Uzupełnienie oferty w zakresie dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, Zamawiający uznał za prawidłowe i nie to było przyczyną wykluczenia odwołującego, co jednoznacznie wynika z zawiadomienia. Z jakiego powodu Odwołujący uważa, że Zamawiający wykluczył Odwołującego m.in. z powodu nie przedłożenia tych dokumentów, Zamawiający nie wie. Prawdopodobnie odwołujący nie przeczytał całego zawiadomienia, ograniczając się do części, w której pisano o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a nie przeczytał dalszej części w której pisano o ich uzupełnieniu przez odwołującego. W zakresie omawianych dokumentów Zamawiający nie miał żadnych uwag. Gdyby je miał to napisałby to w zawiadomieniu. Odwołujący w dniu 14.08.2014 r. uzupełniając ofertę, w wyniku wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty, dołączył pismo Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 13.08.2014 r. informujące, że na dzień 13.08.2014 r. wnioskodawca, tj. P.P.U.H. NAT-POL Spółka Jawna S. J. i Wspólnicy z siedzibą w Legionowie, nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS.

Z przedłożonego dokumentu nie wynika, że na dzień składania ofert odwołujący nie figurował w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS. Wynika jedynie, że nie figuruje w rejestrze w dniu 13.08.2014 r., a więc po terminie składania ofert. Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z uwagi na datę wystawienia pisma ZUS po terminie składania ofert, jak twierdzi odwołujący, tylko z uwagi na okoliczność, że pismo nie potwierdzało, że odwołujący nie był płatnikiem ZUS najpóźniej w dacie składania ofert, tylko w dacie późniejszej. Art. 26 ust. 2a Pzp określa zakres obowiązków wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24

ust. 1.". Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się „wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu". Najczęściej spotykanym sposobem wykazania przez wykonawców, iż nie zalegają oni ze składkami na ubezpieczenie społeczne, jest przedstawienie zamawiającemu wystawionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (zwanego dalej ZUS) zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek.

W przypadku w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie zatrudnia pracowników uzyskanie zaświadczenia ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek nie jest możliwe. W takiej sytuacji ZUS wydaje zaświadczenie stwierdzające, że wykonawca „nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS". Oba ze wskazanych zaświadczeń są sobie równoważne. W świetle przepisów Pzp wykonawca może być pewien, że składając zaświadczenie o nie figurowaniu w Rejestrze Płatników Składek ZUS zamiast zaświadczenia o niezaleganiu w opłatach nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak i § 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2013 r., poz. 231) nie nazywają wymaganego zaświadczenia (z nazwy, z oznaczenia symbolem itp.), ale jedynie określają znaczenie zawartej w nim informacji. I tak, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, Zamawiający może żądać „aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne (...)". Tak postawione żądanie w SIWZ nie oznacza oczywiście żądania złożenia zamawiającemu konkretnego dokumentu. Także przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych nie określają zamkniętego katalogu konkretnych dokumentów „potwierdzających, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne".

W obowiązującym w Polsce systemie prawnym zaświadczenie stwierdzające, że jakiś wykonawca nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS, oznacza potwierdzenie ww. okoliczności, „że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne". Przedstawione zagadnienie było przedmiotem analizy KIO. W wyroku KIO z dnia 25.03.2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 250/10, gdzie stwierdzono m.in., że: „1. Niezależnie od oceny, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do odprowadzania odrębnych składek na ubezpieczenia zdrowotne, Izba nie jest uprawniona do kwestionowania stanowiska wyrażonego w dokumencie urzędowym,

wystawionym przez właściwy organ, który stwierdził, że ubiegający się o udzielenie zamówienia nie figuruje w Komputerowym Systemie Informatycznym ZUS, jako płatnik składek." Zamawiający nie kwestionował też, kierując się powołanym wyżej orzeczeniem KIO, możliwości udowodnienia, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawionym nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczeniem (pismem) ZUS, z którego wynika, że odwołujący nie figurował w dacie otwarcia ofert, tj. 08.08.2014 r. w Kompleksowym Systemie Informatycznym ZUS jako płatnik składek ZUS. Niestety odwołujący takiego dokumentu nie przedłożył. Przedłożone przez odwołującego pismo z ZUS zawiera informację o nie figurowaniu odwołującego jako płatnika składek ZUS w dniu 13.08.2014 r., a więc po terminie składania ofert, co pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 26 ust. 2a Pzp.

Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą KIO, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, możliwe jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokumenty wystawiane po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan poprzedzający, nie później niż na dzień składania ofert (wyrok KIO z 16.03.2011 r., sygn. akt: KIO 474/11). Stwierdzono w tym orzeczeniu: „[...] co do zasady możliwe jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokumenty wystawione po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert”, czy wyroku z 11.02.2011 r., sygn. akt: KIO 293/11: „Zgodnie z § 26 ust. 3 Pzp uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert - [...] nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu”. Nawet orzeczenia KIO powołane w samym odwołaniu, tj. sygn. akt: KIO/UZP 845/09 i KIO/UZP 744/09 nie potwierdzają zasadności twierdzenia odwołującego, lecz potwierdzają zasadę, że „To nie data samego dokumentu jest w tym przypadku kluczowa, ale to, na jaki dzień aktualne są informacje w nim zawarte”.

Całkowicie pozbawione racji są twierdzenia odwołania, że pismo ZUS spełnia wymagania zamawiającego gdyż „z pisma ZUS z dnia 13.08.br wcale nie wynika, iż na dzień 08.08.br Wykonawca zalegał ze składkami czy też nie był ich płatnikiem”. Z pisma nie wynika bowiem również, że odwołujący nie zalegał ze składkami czy też był ich płatnikiem. Pismo nie dotyczy bowiem w ogóle stanu w tym zakresie na dzień składania ofert.

Zgodnie z orzecznictwem KIO „zamawiający wyznaczając odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 powinien brać pod uwagę, iż obowiązkiem wykonawcy jest złożenie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie

oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Dokumenty te, co do zasady, winny być więc w dyspozycji wykonawcy w dniu upływu terminu składania ofert" (wyrok KIO z 30.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2710/10). Z tych powodów argumenty Odwołującego o konieczności wymuszania na urzędniku ZUS podpisującym pismo z dnia 13.08.2014 r., aby wstawił datę wcześniejszą niż 08.08.2014 r. są pozbawione jakiegokolwiek sensu. Również argument, że w poprzednim przetargu zamawiający nie żądał zaświadczeń właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, nie ma żadnego znaczenia w tym postępowaniu, gdyż w każdym postępowaniu Zamawiający odrębnie ustala jakich dokumentów żąda od wykonawców. Zamawiający podkreśla również, że dopuszczenie pisma ZUS potwierdzającego, że odwołujący nie był płatnikiem składek w dacie późniejszej niż termin składania ofert naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców, przewidzianą w art. 7 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. W tym zakresie Izba wskazuje, że biorąc pod uwagę wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty, Odwołujący wniósł środek ochrony prawnej, którego uwzględnienie dałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania z dnia 12.08.2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi Odwołującego /pismo z dnia 13.08.2014 r./ wraz z uzupełnieniem przekazanej w dniu 14.08.2014 r. z załącznikami (certyfikat ITS-u, zaświadczenie Marszałka Województwa Mazowieckiego, informacja z ZUS), informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 20.08.2014 r. (przekazanej w dniu 22.08.2014 r.), odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie również złożona na rozprawie przez Odwołującego informacje z ZUS z dnia 08.09.2014 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania z dnia 12.08.2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi Odwołującego /pismo z dnia 13.08.2014 r./ wraz z uzupełnieniem przekazanej w dniu 14.08.2014 r. z załącznikami (certyfikat ITS-u, zaświadczenie Marszałka Województwa Mazowieckiego, informacja z ZUS) oraz informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 20.08.2014 r. (przekazanej w dniu 22.08.2014 r.).

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Dowolujący sformułował w dowołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu albowiem: a) nie załączył do oferty: *„dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności...”* b) *„aktualnego zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS lub KRUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”*, podczas gdy: dokumenty wskazane w pkt a) (tj. Zaświadczenie wystawione przez Marszałka Województwa Mazowieckiego oraz Certyfikat Instytutu Transportu Drogowego) zostały przedłożone Zamawiającemu 14.08.2014 r. o godz. 8:25 a dokument wskazany w pkt b) nie mógł zostać przedłożony albowiem, jak wynika z pisma ZUS z dnia 13.08.2014 r. (doręczonego Zamawiającemu także 14.08.2014 r. o godz. 8:25) Wykonawca nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek ZUS (albowiem nie zatrudnia pracowników), co doprowadziło do wykluczenia Wykonawcy z postępowania a następnie - na zasadzie art. 24 ust. 4 Pzp - uznania jego oferty za odrzuconą,

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wyznaczenie Wykonawcy pismem z dnia 12.08.2014 r. terminu

do uzupełnienia oferty do dnia 14.08.2014 r. (który to termin został przez Wykonawcę dotrzymany) i jednocześnie uznanie, iż Wykonawca w dacie otwarcia ofert (tj. dnia 08.08.2014 r., a zatem na 4 dni przed ww. pismem Zamawiającego) nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i na podstawie powyższego do unieważnienia postępowania, podczas gdy Wykonawca nie powinien być zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Izba generalnie stwierdza, że żaden z przywołanych zarzutów nie został potwierdzony, co w konsekwencji skutkowało oddaleniem całego odwołania.

Odnosnie zarzutu ostatniego (trzeciego), Izba uznała, że istniały podstawy faktyczne i prawne do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp, czyli oddaliła niniejszy zarzut. Powyższe wynika z faktu, że w ocenie Izby w postępowaniu zasadnie Zamawiający stwierdził brak ważnych ofert, wobec skutecznego wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty – drugiego Wykonawcy oraz Odwołującego. Niniejsze jest konsekwencją oddalenia zarzutu pierwszego oraz drugiego.

Odnosnie zarzutu pierwszego oraz drugiego, Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie potwierdziło, że podstawą faktyczną wykluczenia nie była kwestia braku w ofercie Odwołującego dokumentu potwierdzającego uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Zamawiający uznał bowiem, co także w ocenie Izby wynika z informacji z dnia 20.08.2014 r. /przekazanej 22.08.2014 r./, a nie tylko z odpowiedzi na odwołanie, za prawidłowe stosowne zaświadczenie Marszałka Województwa Mazowieckiego przedstawione w ramach uzupełnienia przekazanego w dniu 14.08.2014 r. Względem, zaś zaświadczenia z ZUS-u złożonego na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r., Izba stwierdziła co następuje. W przedmiotowym stanie faktycznym, niewątpliwie Wykonawca winien przedłożyć stosowną informację z ZUS o nie figurowaniu w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS, albowiem w wypadku, gdy podmiot, który nie podlega obowiązkowi składkowemu, tym samym nie może figurować w stosowanych przez ZUS rejestrach, czyli zaświadczenie tego rodzaju jest zaświadczeniem prawidłowym i właściwym. Inaczej mówiąc jeśli nie figuruje oznacza to, że dany podmiot nie może posiadać zaległości wobec ZUS. Powyższe stanowi ugruntowane stanowisko orzecznictwa KIO (za wyrokiem z dnia 25.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 250/10, wyrok 15.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2092/12, wyrok z dnia 20.02.2013 r., sygn. akt: KIO 257/13 oraz wyrokiem KIO z dnia 06.02.2014 r., sygn. akt: KIO 114/14). Jednakże, w ocenie Izby, należy podzielić stanowisko Zamawiającego z rozprawy oraz odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący nie przedłożył takiego dokumentu do swojej oferty, nie przedstawił także

pisemnej odmowy wystawienia dokumentu odnoszącego się do braku zaległości przez ZUS. Przedłożył, natomiast, stosowny dokument o „nie figurowaniu” w ramach uzupełnienia po terminie składnia ofert, tzn. według stanu na dzień po terminie składnia ofert. Stanowisko przedstawione przez Odwołującego na rozprawie stanowiło jedynie jego oświadczenie złożone na rozprawie. Nie przedstawił, w tym zakresie pisemnego stanowiska ZUS, że zaświadczenie „takie jak złożone w ramach uzupełnienia” oznacza, że dany podmiot w ogóle wcześniej nie figurował w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS, mimo że przedstawia literalnie jedynie stan na dzień 13.08.2014 r. Przedłożył dokument – zaświadczenie, który nie był w posiadaniu Zamawiającego w terminie składnia ofert, ani nie został złożony na wezwanie do uzupełnienia. Z dokumentu niniejszego rzeczywiście wynika określony stan rzeczy (nie figurował od 01.01.1999 do nadal), jednakże Izba zmuszona jest wziąć pod uwagę, że pojawił się on dopiero na rozprawie i nie był w dyspozycji Zamawiającego w terminie dokonywania czynności unieważnienia postępowania i wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Brak jakiegokolwiek innego dokumentu pochodzącego z ZUS potwierdzającego jego stan na dzień składnia ofert. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do uznania dokonanego przez Odwołującego uzupełnienia w tym zakresie za prawidłowe. Złożone przez Odwołującego w tym zakresie oświadczenie na rozprawie, tudzież wyjaśnienie w odpowiedzi Odwołującego /pismo z dnia 13.08.2014 r./ to zbyt mało. Z uwagi na wyczerpanie trybu art. 26 ust.3 Pzp, brak jest możliwości sanowania oferty Odwołującego, w konsekwencji Izba zmuszona była oddalić zarzut pierwszy i drugi. Odwołujący nie wykazał, że nie figurował w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS w terminie składnia ofert.

Dodatkowo, Izba podkreśliła, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „*stan rzeczy ustalony w toku postępowania*”. Zaś sformułowanie „*w toku postępowania*” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby, że ocena oferty Odwołującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę, to zaś Zamawiający zobowiązany i uprawniony jest do merytorycznej oceny oferty, natomiast zadaniem Izby jest ocena wywiązania się z powyższego zadania przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....