

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Monitoring sp. z o.o. sp.k. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.B. pkt 3 SIWZ,**
2. **kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Monitoring sp. z o.o. sp.k. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Monitoring sp. z o.o. sp.k. we Wrocławiu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „kompleksowa ochrona obiektów MPWiK S.A. we Wrocławiu wraz z okresowym przeglądem i konserwacją urządzeń elektronicznej ochrony obiektów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 8 marca 2012 r. nr 2012/S 47-077433.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, ewentualnie zaniechania dokonania czynności wezwania ww. wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.B. pkt 3 SIWZ, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Monitoring sp. z o.o. sp.k. we Wrocławiu, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli w dniu 2 maja 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z § 2 ust 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy wybrany wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i zaniechanie wykluczenia,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty, mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na temat spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 5) alternatywnie - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec wybranego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) wykluczenie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie z udziału w postępowaniu,
- 3) na wypadek niepodzielenia stanowiska odwołującego co do obowiązku wykluczenia - nakazanie zamawiającemu zastosowanie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wobec wybranego wykonawcy,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał postanowienie rozdziału VI, litera B pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i wynikający z tego postanowienia obowiązek złożenia przez wykonawcę aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Podniósł, że złożone przez wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie zaświadczenie wydane przez Naczelnika II Mazowieckiego Urzędu Skarbowego dla Warszawy potwierdza, iż na dzień 13 stycznia 2012 r. ww. wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. Ponieważ termin składania ofert upływał w dniu 16 kwietnia 2012 r. należało złożyć dokument wystawiony nie wcześniej niż 16 stycznia 2012 r. Zdaniem odwołującego powyższa okoliczność świadczy również o tym, że wykonawca złożył niezgodne z rzeczywistością oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. W przypadku gdyby Izba nie podzieliła poglądu odwołującego w powyższym zakresie, odwołujący z ostrożności procesowej wywodził, że brak aktualnego zaświadczenia z urzędu skarbowego uniemożliwia wybór oferty jako najkorzystniejszej, zaś zamawiający zobowiązany jest dokonać wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 7 maja 2012 r., znak: NZ 0340.4.2012.MK.28), w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczące wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie do złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przyznał, że złożone przez wykonawcę Ekotrade sp.

z o.o. w Warszawie wraz z ofertą zaświadczenie zostało wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Zamawiający sprecyzował dodatkowo, że wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów, których nie uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący wyjaśnił, że nieprawdziwą informacją, której złożenia miał dopuścić się wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie było oświadczenie tego wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia, w tym o niezaleganiu z opłacaniem podatków.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono nadto, że stosownie do postanowienia pkt VI. B. pkt 3 SIWZ wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu obowiązany był złożyć aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, 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 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert upływał w dniu 16 kwietnia 2012 r. (pkt XI, pkt 1 SIWZ). Do upływu terminu składania ofert ofertę złożył m.in. wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie z ceną ofertową brutto 4.227.115,29 zł (poprawioną przez zamawiającego na 4.227.103,92 zł) oraz odwołujący z ceną ofertową brutto 5.165.241,60 zł (protokół postępowania, s. 4).

Ustalono również, że wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie złożył wraz z ofertą oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (s. 5 oferty). Nadto złożył wraz z ofertą zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach nr 1472/RP/490/-

150/12 z 13 stycznia 2012 r. wystawione przez Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego w Warszawie. Zgodnie z treścią tego dokumentu, na dzień 13 stycznia 2012 r. nie ujawniono zaległości podatkowych (s. 105-107 oferty ww. wykonawcy). Zamawiający nie wzywał wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie do złożenia dokumentu potwierdzającego niezaleganie z uiszczaniem podatków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (protokół postępowania, s. 4, oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie). W dniu 24 kwietnia 2012 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ww. wykonawcę. W świetle jedynego kryterium oceny ofert którym była cena, oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną (pismo zamawiającego z 24.04.2012 r. w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ewentualne zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu (zaniechanie wezwania do złożenia wymaganych dokumentów) wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w sytuacji, gdy oferta odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert jest ofertą sklasyfikowaną na drugim miejscu, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Ustalenie, że wykonawca którego ofertę wybrano podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu bądź niezasadnie nie został wezwany do złożenia wymaganych dokumentów prowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, względnie nakazania wezwania go do złożenia wymaganych dokumentów. Wobec ewentualnego wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w tym również wskutek możliwego niezłożenia przez tego wykonawcę żadanego dokumentu, odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie. W świetle powyższego stwierdzono, iż wyczerpana została materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. W szczególności nie było sporne, że wykonawca Ekotrade sp. z o. o. w Warszawie złożył oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, a więc również, że

nie zalega on z uiszczaniem podatków (art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że wykonawca nie złożył wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Ponieważ termin składania ofert upływał w dniu 16 kwietnia 2012 r., zatem w świetle postanowienia pkt VI. B. pkt 3 SIWZ brak podstaw do wykluczenia należało wykazać dokumentem, wystawionym nie wcześniej niż 16 stycznia 2012 r.

Strony różniły się w ocenie skutków jakie należy wiązać ze złożeniem przez ww. wykonawcę dokumentu, który wystawiono we wcześniejszej dacie aniżeli wymagano w SIWZ.

Ponieważ ustawa Pzp z niezłożeniem przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego dokumentu wiąże odmienne skutki uzależnione od jego charakteru, w pierwszej kolejności wyjaśnienia wymagał status zaświadczenia. Izba stwierdziła, że na gruncie ustawy Pzp jest to „dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania” w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. O takiej kwalifikacji świadczy to, że zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków jest dokumentem wymienionym w przepisie §2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Następstwem ustalenia takiego statusu było stwierdzenie, że skutki niezłożenia dokumentu lub złożenia obarczonego błędami dokumentu należy oceniać poprzez pryzmat przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle ww. przepisu, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Z tego powodu przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (tj. niewykazanie warunku udziału w postępowaniu) na którą powołał się odwołujący aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganego dokumentu pomimo prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu musi być zatem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się

przesłanek opisanych w tym przepisie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zarówno doktryna, jak i orzecznictwo interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011 r., sygn. KIO 38/11, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. 70/2011). Takie samo stanowisko wyrażane jest w piśmiennictwie: „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać” (Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1).

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż oba wskazane wyjątki od zasady wzywania nie znajdują zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Nie zachodzą bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania, zaś oferta odwołującego w sytuacji uzupełnienia wymaganych dokumentów nie będzie podlegała odrzuceniu. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że zasadnym okazał się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wbrew wynikającemu z ww. przepisu obowiązkowi nie wezwał wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. do złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem podatków i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Okoliczność ta została przyznana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Konsekwencją uchybienia zamawiającego było także naruszenie zasady

równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jednakowo ocenił oferty wykonawców, którzy złożyli wymagany dokument jak i ofertę wykonawcy, którzy nie sprostali wymaganiu opisanemu w SIWZ. W tej sytuacji, koniecznym okazało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.B. pkt 3 SIWZ. Jednocześnie stwierdzić należało, że niezasadnym okazał się zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzut ten należało ocenić jako przedwczesny, gdyż - jak wynika z wcześniejszych wywodów - o niewykazaniu warunku udziału w postępowaniu (w rozpatrywanej sprawie - stanu niezalegania z opłaceniem podatków) będzie można mówić dopiero w sytuacji, gdy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykonawca nie uzupełni żadanego dokumentu lub gdy uzupełniony dokument obarczony będzie błędem.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że niezasadnym okazał się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. z powodu zalegania w opłaceniu podatków. Odwołujący obowiązku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp upatrywał wyłącznie w tym, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu mającego potwierdzać stan niezalegania. Stosownie do przywoływanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy, co do zasady, zalegają z uiszczeniem podatków. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przywołanego przepisu obowiązek wykluczenia aktualizuje się wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca jest w zwłoce z uiszczeniem ww. należności publicznoprawnej. Definicję zaległości podatkowej, do której odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zawiera zaś ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) w Dziale III, Rozdziale 5.

W ocenie Izby, z ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie wynika, aby wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie zalegał z uiszczeniem podatków. Wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie złożył wraz z ofertą oświadczenie, że nie zalega z opłacaniem podatków, a jedynie okoliczności tej nie potwierdził wymaganym przez zamawiającego dokumentem. Jednakże nie można było uznać za ustalony fakt zalegania wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie z opłacaniem podatków wyłącznie na zasadzie domniemania faktycznego, a mianowicie poprzez wyprowadzenie takiego wniosku z faktu niezłożenia przez tego wykonawcę aktualnego dokumentu mającego potwierdzać

niezaleganie z opłacaniem podatków. W świetle zasad wiedzy i doświadczenia życiowego nie sposób bowiem wykluczyć innych, odmiennych niż podane przez odwołującego powodów nieprzedstawienia zamawiającemu wymaganego zaświadczenia (np. zaniechania zwrócenia się do właściwego organu o wydanie takiego zaświadczenia). Uszła również uwadze odwołującego zasadnicza różnica pomiędzy stanem zalegania z uiszczeniem podatku, a niezłożeniem przez wykonawcę dokumentu mającego potwierdzać okoliczność przeciwną – tj. stanu niezalegania. Pierwsza sytuacja obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaś druga - do wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, po uprzednim wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ekotrade sp. z o.o., który miał złożyć nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Stosownie do przywoływanego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą *iuris cogentis*. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację uznaje się taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.

Odwołujący wywodził, że niezgodne z rzeczywistością jest oświadczenie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, iż nie zalega on z opłacaniem podatków. W ocenie odwołującego miało o tym świadczyć nieaktualne zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczeniem podatków, jakie wykonawca złożył wraz z ofertą.

Izba stwierdziła, że skoro odwołujący podnosił, że wbrew oświadczeniu wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie zalega on z uiszczeniem podatków, to winien okoliczność tę wykazać. Ciężar dowodu co do podania przez ww. wykonawcę informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na odwołującym, albowiem to on twierdził, że wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie posiada zaległość podatkową i wywodził z tego faktu skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w celu potwierdzenia, że wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie zalega z uiszczeniem podatków. Natomiast jak wyjaśniono wcześniej, Izba nie mogła uznać za ustalony fakt zalegania wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie z opłacaniem podatków wyłącznie na zasadzie domniemania faktycznego, a mianowicie poprzez wyprowadzenie takiego wniosku z faktu niezłożenia przez tego wykonawcę aktualnego dokumentu mającego potwierdzać niezaleganie z opłacaniem podatków. W konsekwencji należało stwierdzić, że odwołujący nie wykazał, iż oświadczenie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie co do niezalegania z opłacaniem podatków jest niezgodne z rzeczywistością.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Stwierdzone naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, pomimo że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wynik postępowania uzależniony jest od prawidłowego uzupełnienia przez wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie żądanego dokumentu, a zatem może ulec zmianie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....