

WYROK

z dnia 16 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Piotr Kozłowski

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Art - Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, 4) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R. S. w Warszawie, 5) O. Agencja Ochrony Huzar s.j. z siedzibą w Sierpcu, adres do korespondencji: ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Skarbowa w Warszawie, ul. Alojzego Felińskiego 2B, 01-513 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) RR Security Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, adres do korespondencji: ul. Warecka 9/55, 00-032 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu: Izba Skarbowa w Warszawie w zakresie części 1, 2, 3, 4, 5 zamówienia na usługi ochrony osób i mienia Izby Skarbowej w Warszawie i urzędów skarbowych województwa mazowieckiego: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: 1) Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Art - Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, 4) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R. S. w Warszawie, 5) O. Agencja Ochrony Huzar s.j. z siedzibą w Sierpcu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. części zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Izba Skarbowa w Warszawie, ul. Alojzego Felińskiego 2B, 01-513 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Art - Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, 4) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R. S. w Warszawie, 5) O. Agencja Ochrony Huzar s.j. z siedzibą w Sierpcu, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: Izba Skarbowa w Warszawie, ul. Alojzego Felińskiego 2B, 01-513 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Art - Security sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, 4) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R. S. w Warszawie, 5) O. Agencja Ochrony Huzar s.j. z siedzibą w Sierpcu, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*usługi ochrony osób i mienia Izby Skarbowej w Warszawie i urzędów skarbowych województwa mazowieckiego*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2016 r. pod numerem 2016/S 175-315267.

W przedmiotowym postępowaniu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie wszystkich pięciu części przedmiotowego zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp ze względu na wykluczenie Odwołującego ze wszystkich pięciu części postępowania z uwagi na złożenie w dniu 28 października 2016 r. oświadczenia o braku wydania ostatecznej decyzji o zaleganiu z uiszczaniem podatków, która to informacja, zdaniem Zamawiającego, jest nieprawdziwa i przy jednoczesnym braku uiszczenia zobowiązania podatkowego wynikającego z decyzji;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ze względu na uznanie we wszystkich pięciu częściach postępowania, iż złożenie w dniu 28 października 2016 r. oświadczenie o braku wydania ostatecznej decyzji o zaleganiu z uiszczaniem podatków stanowiło zatajenie informacji lub wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ze względu na uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą we wszystkich pięciu częściach postępowania w sytuacji, gdy wykluczenie Odwołującego było bezzasadne;
- 4) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na wyborze we wszystkich pięciu częściach postępowania oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ. Zamawiający wybrał oferty, które nie są najkorzystniejsze spośród niepodlegających odrzuceniu;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z żadnej z pięciu części postępowania, a jego oferta powinna zostać uwzględniona w ramach oceny ofert i wybrana jako najkorzystniejsza we wszystkich pięciu częściach postępowania;
- 6) oraz innych przepisów wskazanych w treści niniejszego odwołania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu we

wszystkich pięciu częściach postępowania:

- unieważnienia czynności oceny ofert, wykluczenia Odwołującego, uznania jego oferty za odrzuconą oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 listopada 2016 r.;
- uznania, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na okoliczności wskazane w uzasadnieniu wykluczenia;
- powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, iż w dniu 22 listopada 2016 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze we wszystkich pięciu częściach postępowania jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Dalej Odwołujący wskazał, że z treści tego pisma wynika, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego ze wszystkich pięciu części postępowania na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą we wszystkich pięciu częściach postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego złożenia w dniu 28 października 2016 r. oświadczenia o braku wydania ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków i braku uiszczenia zobowiązania podatkowego wynikającego z decyzji z dnia 9 listopada 2015 r., zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż jest on nieuzasadniony, a wykluczenie Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp bezpodstawne.

W pierwszej kolejności, w ocenie Odwołującego, trzeba zauważyć, że zastosowanie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp wymaga łącznego zajścia następujących okoliczności:

1. wobec wykonawcy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
2. wykonawca nie dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami i nie zawarł wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności.

Odwołujący wyjaśnił, że w omawianej sprawie została wydana (wskutek odwołania wniesionego od decyzji Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa - Wola z dnia 28 lipca 2015 r. nr 1400/PP-1/411-126/12/SPP-1/4116-150083/2015/AJ) w dniu 9 listopada 2015 r. decyzja ostateczna o odpowiedzialności podatkowej płatnika R. S. (dalej: „Wykonawca”) z tytułu niepobranego podatku dochodowego od osób fizycznych i określająca wysokość należności z tytułu niepobranego podatku dochodowego na kwotę ponad 114.000,00 zł (dalej: „decyzja”).

Odwołujący podkreślił, iż zarówno z uzasadnienia decyzji, jak i wykluczenia Odwołującego z postępowania wynika, że przedmiotem decyzji było ustalenie odpowiedzialności podatkowej podatnika, przy czym organ podatkowy powołuje się, m.in. na art. 30 § 4 Ordynacji podatkowej (Dz. U. 2015 r., poz. 613 ze zm., dalej: „Ordynacja podatkowa”), który stanowi, że jeżeli w postępowaniu podatkowym organ podatkowy stwierdzi okoliczność, o której mowa w § 1 lub 2, organ ten wydaje decyzję o odpowiedzialności podatkowej płatnika lub inkasenta, w której określa wysokość należności z tytułu niepobranego lub pobranego, a nie w płaconego podatku.

Jednocześnie, jak podał Odwołujący, zgodnie z art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej zobowiązanie podatkowe powstaje z dniem doręczenia decyzji organu podatkowego, ustalającej wysokość tego zobowiązania, zaś z art. 68 § 1 Ordynacji podatkowej wynika, że zobowiązanie podatkowe, o którym mowa w art. 21 § 1 pkt 2, nie powstaje, jeżeli decyzja ustalająca to zobowiązanie została doręczona po upływie 3 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym powstał obowiązek podatkowy.

Odwołujący podniósł, że obowiązek podatkowy dotyczy 2010 r., a więc trzyletni okres na dostarczenie ostatecznej decyzji upłynął z końcem 2013 r. Tym samym, zdaniem Odwołującego, z mocy ww. przepisów Ordynacji podatkowej, względem R. S. nigdy nie powstało zobowiązanie podatkowe z tytułu niepobranego podatku dochodowego, a więc nigdy nie miał obowiązku uiszczania podatku i nie miał z tego tytułu zaległości.

Powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego potwierdza fakt, iż R. St. w lutym, marcu, czerwcu oraz dwukrotnie we wrześniu 2016 r. uzyskiwał zaświadczenia z urzędu skarbowego o braku zalegania z opłatami podatków. Jest to dokument urzędowy, który korzysta z domniemania prawdziwości. Wydany został przez organ, który wcześniej wydał wspomnianą decyzję.

Wydanie tego dokumentu potwierdza, w ocenie Odwołującego, że zdaniem organu nie istnieją, mimo wydania tej decyzji, żadne należności podatkowe od Pana R. S. na rzecz organów podatkowych.

Odwołujący podkreślił, że wszelkie dalsze oświadczenia R. S. zostały oparte na uzyskanym od organu dokumencie. Stąd, zarówno pominięcie przez Zamawiającego dokumentu urzędowego, jak i twierdzenia Zamawiającego o złożeniu nieprawdziwych oświadczeń przez R. S. są, zdaniem Odwołującego, bezpodstawne.

Odwołujący wskazał również, że działanie R. S. opiera się na ocenach dokonanych przez organ właściwy w sprawie i nie można formułować wobec niego zarzutu zamiaru podania nieprawdziwych oświadczeń lub zamiaru wprowadzenia w błąd ze względu na niedbalstwo.

Na dowód powyższych twierdzeń Odwołujący przedłożył zaświadczenia z US dotyczące braku zaległości w opłatach podatku.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że R. S., pomimo braku obowiązku, dobrowolnie spłacał w 2015 r., po wydaniu decyzji, kolejne raty podatku na łączną kwotę ponad 60 tysięcy zł. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył potwierdzenia przelewów do US.

Odwołujący podał również, że dopiero po uzyskaniu na początku 2016 r. informacji od pracownika US o przedawnieniu zaległości i braku obowiązku dalszego uiszczania rat podatku, R. S. zaprzestał spłat. Później, co Odwołujący ponownie podkreślił, R. S. kilkakrotnie otrzymywał w 2016 r. zaświadczenia o niezaleganiu w opłatach podatków potwierdzających, że żadne należności podatkowe nie muszą być spłacane.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że w odniesieniu do R. S. nie ziszcila się druga z przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, ponieważ wobec Wykonawcy nie powstał obowiązek podatkowy (nie miał należnych podatków do zapłacenia), a więc nie ciążył na nim obowiązek zapłacenia tych podatków.

Brak obowiązku zapłaty należnych podatków wynika, w ocenie Odwołującego, co ponownie podkreślił, z faktu, iż decyzja ustalająca zobowiązanie została doręczona po upływie 3 lat od końca 2010 r., w którym powstał obowiązek podatkowy. Tym samym wykluczenie Odwołującego, w jego opinii, było bezpodstawne.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z zasadą zaufania obywatela do państwa niedopuszczalne jest informowanie podatnika przez pracownika urzędu skarbowego o braku obowiązku uiszczania podatku (wskutek czego podatnik zaprzestaje uiszczania podatku) oraz wydanie szeregu zaświadczeń potwierdzających brak zaległości w opłatach podatkowych, a następnie przekazywanie Zamawiającemu informacji o istnieniu takich zaległości podatkowych, w wyniku czego Zamawiający podejmuje decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wskazała, że w wyroku NSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 1994 r. (sygn. akt: V SA 1276/93) Sąd stwierdził, że *„nie da się z zasadą zaufania obywatela do państwa pogodzić takiego działania organów administracji, które najpierw udzielają wyjaśnień o treści decyzji mającej zapaść, następnie zaś zmieniają ją i ostatecznie dochodzi do wydania decyzji odmiennej. Jest to istotne naruszenie tym bardziej, jeśli obywatel na mocy takiej informacji podejmie działania, na które w innym przypadku nie zdecydowałby się, ponosząc straty majątkowe.”*

Zdaniem Odwołującego, w omawianym przypadku mamy do czynienia z analogią, polegającą na podaniu informacji w zaświadczeniu z lutego 2016 r. (oraz kolejnych miesiącach) o braku zalegania z podatkami, a następnie przekazaniu Zamawiającemu informacji o istnieniu takich zaległości. Odwołujący podkreślił, że wskutek zaniechania dalszych opłat R. S. może obecnie ponieść szkodę majątkową polegającą na niezyskaniu zamówienia.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę, że działanie Zamawiającego, polegające na

weryfikacji informacji zawartych w zaświadczeniu z US, dołączonym do oferty, wykracza poza uprawnienia określone w ustawie Pzp czy rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126 - dalej: „rozporządzenie”), bowiem w odniesieniu do dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w ogóle nie ma możliwości weryfikacji informacji w nich zawartych u „wystawcy” dokumentu,

W ocenie Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego jest znajomość dokumentów wydawanych na terytorium RP, a dokumenty te cieszą się rękojmią wiary publicznej. Jedynie w odniesieniu do dokumentów wydawanych w innych państwach, zdaniem Odwołującego, istnieje możliwość zwrócenie się do odpowiedniego organu w celu udzielenia niezbędnych informacji dotyczących tego dokumentu (§ 7 i § 8 rozporządzenia). Chodzi tu jednak o wyjaśnienie sposobu odczytywania informacji podanych w dokumencie, nie zaś o sprawdzanie prawdziwości zawartych w nim informacji. W sytuacji wątpliwości co do prawdziwości dokumentu, Zamawiający może żądać okazania oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii, zgodnie z §15 rozporządzenia. To uprawnienie umożliwia porównanie dokumentu złożonego u Zamawiającego i oryginału, w celu wykluczenia przeróbek lub podrobienia, nie zaś dodatkową weryfikację informacji, zawartych w oryginale lub kopii. Rozporządzenie daje również prawo Zamawiającemu do badania informacji związanych z wykonanymi zamówieniami na rzecz odbiorców tych zamówień (§ 2 ust. 6 Rozporządzenia). Uprawnienie dotyczy zatem wykazów lub innych dokumentów potwierdzających zdolności zawodowe wykonawcy. Nie dotyczy zaś jego zobowiązań względem urzędu skarbowego.

Należy zatem uznać, zdaniem Odwołującego, iż zwrócenie się Zamawiającego w niniejszym postępowaniu do urzędu skarbowego w celu weryfikacji informacji zawartych w oficjalnym dokumencie, wydanym przez ten urząd, stanowi przekroczenie uprawnień przez Zamawiającego, a zatem nie może skutkować negatywną decyzją dla Odwołującego i nie powinno być w ogóle brane pod uwagę przy ocenie podstaw wykluczenia Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, w ocenie Odwołującego, iż dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia w świetle art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, w zakresie zobowiązań podatkowych, jest zaświadczenie z urzędu skarbowego, które potwierdziło brak zaległości i nie było podważane przez Zamawiającego oraz alternatywnie (zgodnie z § 5 pkt 5 rozporządzenia): oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, które wykonawca również złożył albo dokumenty potwierdzające dokonanie płatności należności.

Odwołujący podniósł, że w opisanej sytuacji, gdy na wykonawcy nie ciążył obowiązek spłaty należności podatkowych (obowiązek ten nigdy nie powstał w świetle art. 68 § 1 Ordynacji podatkowej), pomimo wydania ostatecznej decyzji, wykonawca nie musiał składać

dokumentów potwierdzających spłatę należności (gdyż zobowiązanie nie powstało), w związku z czym złożenie oświadczenia o braku wydania ostatecznej decyzji administracyjnej nie ma znaczenia dla oceny braku podstaw do wykluczenia Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, jest to spójne z brzmieniem cytowanej już przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, która uzależnia wykluczenie od tego, czy podatki są należne czy nie, a nie od tego, czy organ podatkowy wydał ostateczną decyzję administracyjną. W omawianym przypadku, w opinii Odwołującego, żadne należności nie występowały, co dodatkowo potwierdzało zaświadczenie US.

Odnosnie zarzutu, dotyczącego oświadczenia Wykonawcy z dnia 28 października 2016 r. o braku wydania ostatecznej decyzji o zaleganiu z uiszczaniem podatków, które zdaniem Zamawiającego, stanowiło zatajenie informacji i próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, co skutkowało wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że w świetle ww. argumentów zarzut ten nie może się ostać.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, iż złożył oświadczenie o braku wydania ostatecznej decyzji w sytuacji, gdy obowiązek podatkowy, o którym mowa w tej decyzji, nie powstał z uwagi na zbyt późne doręczenie decyzji. Ze względu na treść wezwania z dnia 19 października 2016 r. (pkt 3.2.4. lit. a), które stanowi odzwierciedlenie brzmienia § 5 pkt 5 rozporządzenia, Odwołujący, jak wskazał, miał możliwość złożenia oświadczenia o braku wydania decyzji lub dokumentów potwierdzających spłatę należności. Dostarczenie tych ostatnich było niemożliwe (i niepotrzebne), wobec czego alternatywnie Odwołujący, jak wyjaśnił, musiał złożyć oświadczenie o braku wydania ostatecznej decyzji, co jak wyżej wskazał, nie ma wpływu na ziszczenie się przesłanki wykluczenia.

Zamawiający dokonał zatem, w ocenie Odwołującego, jego wykluczenia w oparciu o wybiórcze odczytanie przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż w omawianym przypadku nie zachodzą następujące jej elementy:

1. rażące niedbalstwo lub zamierzone działanie.

Wykonawca, jak podał, miał świadomość braku zalegania w opłatach podatków (a więc braku podstaw do wykluczenia), wynikającą z otrzymania zaświadczenia pochodzącego z urzędu skarbowego, złożonego z ofertą oraz informację pozyskaną od pracownika urzędu skarbowego. W sytuacji otrzymania alternatywnego wezwania z dnia 19 października 2016 r., które umożliwiało potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia tylko w przypadku złożenia oświadczenia o braku wydania ostatecznej decyzji administracyjnej, Wykonawca wybrał to rozwiązanie.

2. wprowadzenie w błąd Zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu.

Na Wykonawcy, ze względu na wykazane podanej wyżej okoliczności nie ciążyły, w

ocenie Odwołującego, należności podatkowe, a więc nie podlegał wykluczeniu z postępowania. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 14 grudnia 2016 r.).

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części III Standardowego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dotyczącej podstaw wykluczenia, w zakresie podstaw związanych z płatnością podatków Odwołujący odpowiadając na pytanie: *„Czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby”*, udzielił odpowiedzi twierdzącej (pkt 1 lit. B ww. dokumentu, str. 182).

Jednocześnie Odwołujący przedłożył wraz z ofertą m.in. oświadczenie R. S. *„o braku wydania wobec Wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – przedłożenia dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie opłat tych należności”* (oświadczenie z dnia 7 października 2016 r., str. 291 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 19 października 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia w szczególności dokumentów, o których mowa w pkt 3.2.4 SIWZ, tj. aktualnego oświadczenia wykonawcy *„o braku wydania wobec Wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – przedłożenia dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie opłat tych należności”*, w celu potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedłożył m.in. oświadczenie R. S. z dnia 28 października 2016 r. „o braku wydania wobec Wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – przedłożenia dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie opłat tych należności”.

Pismem z dnia 22 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji Zamawiający wskazał, że „po zapoznaniu się z treścią oferty nr 5 i załączników do oferty wezwał pismem (...) z dnia 19.10.2016 r., wykonawcę (...), do złożenia dokumentów, o których mowa w Części VI pkt 3.2, ppkt 3.2.3 i ppkt 3.2.4 SIWZ, tj.: w celu potwierdzenia nie podlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 pkt 12 – 23 i ust. 5 pkt 1, 5 i 6 Ustawy.

W niniejszym postępowaniu wykonawca złożył oświadczenie partnera Konsorcjum – Agencja ochrony Osób i Mienia ROMA R. S., datowane na 28.10.2016 r., iż nie była w stosunku do niego wydana ostateczna decyzja o zaleganiu z uiszczaniem podatków. Wskazana informacja dotycząca okoliczności mogących skutkować wykluczeniem, okazała się być nieprawdziwa. Weryfikacja tej informacji dokonana w ramach kompetencji ustawowych zamawiającego (organu podatkowego), pozwoliła na ustalenie, iż w stosunku do tego wykonawcy (partnera Konsorcjum) została wydana w dniu 09.11.2015 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie decyzja o odpowiedzialności płatnika za niepobrany podatek dochodowy od osób fizycznych i określająca wysokość należności z tytułu niepobranego podatku dochodowego od osób fizycznych. Podatnik nie uiszczył dobrowolnie całości zobowiązania podatkowego wynikającego z decyzji (w części zobowiązanie podatkowe uległo przedawnieniu, zaś w części na skutek braku zapłaty wierzyciel podjął czynności celem przymusowego wykonania zobowiązania, poprzez wystawienie upomnienia do zapłaty należności). W świetle powyższego przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 Ustawy stanowi zasadniczą podstawę wykluczenia.

Ponadto nastąpiło również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16, którego przesłanki stosowania odnoszą się m.in. do przesłanek określonych w pkt 15, jako podstawa wykluczenia. Stosownie do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że

nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Bezspornym jest, że uczestnik postępowania (partner Konsorcjum) zataił istotną informację wymaganą przez ustawodawcę w wyżej powołanym przepisie. Przepis ten został wprowadzony przez ustawodawcę jako istotna przesłanka formalna dopuszczenia, decydująca o udziale w prowadzonym postępowaniu”.

Jednocześnie Zamawiający w przedmiotowej decyzji podał, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest, że wobec R. S. została wydana w dniu 9 listopada 2015 r. decyzja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, w której orzeczono o odpowiedzialności podatkowej płatnika R. S. za niepobrany podatek dochodowy od osób fizycznych, określająca wysokość należności z tytułu niepobranego podatku dochodowego od osób fizycznych za rok 2010 w kwocie 128.954,00 zł. W dniu 30 listopada 2015 r. ww. decyzja uprawomocniła się, co między stronami nie jest sporne.

W terminie do dnia 31 grudnia 2015 r. R. S. uregulował należność główną w kwocie 38.446,00 zł oraz odsetki za zwłokę w kwocie 10.516,00 zł (wpłaty: w dniu 26 listopada 2015 r. – 28.962,00 zł, w dniu 27 listopada – 10.000,00 zł, w dniu 1 grudnia 2015 r. – 10.000,00 zł). Powyższe ustalono na podstawie pisma Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa – Wola z dnia 21 grudnia 2016 r. oraz potwierdzeń dokonania ww. przelewów, przedłożonych wraz z odwołaniem. W dniu 27 stycznia 2016 r. R. S. dokonał kolejnej płatności z ww. tytułu w kwocie 15.067,60 zł (potwierdzenie przelewu przedłożone wraz z odwołaniem).

Jednocześnie w ww. piśmie Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa – Wola potwierdzono, że wobec R. S. z ww. tytułu „z dniem 31 grudnia 2015 r. przedawnieniu uległy zobowiązania za okres 4-11/2010 r. w kwocie 80.860,00 zł”.

Izba ustaliła ponadto, że R. S. legitymuje się zaświadczeniami, wydanymi przez naczelnika właściwego urzędu skarbowego, potwierdzającymi, że ww. nie posiada zaległości podatkowych. Powyższy fakt wspomniany Urząd potwierdzał kilkakrotnie w roku 2016 r. (zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z dnia: 1 lutego 2016 r., 23 marca 2016 r., 22 czerwca 2016 r., 7 września 2016 r., 19 września 2016 r.).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z pisma z dnia 13 grudnia 2016 r. Naczelnika Urzędu Skarbowego w Legionowie uznając, że nie służy ustaleniu okoliczności

istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Okoliczność, że wedle oceny organów skarbowych R. S. popełnił oszustwo podatkowe i złożył fałszywe zeznania oraz, że naczelnik właściwego urzędu skarbowego złożył w tej sprawie zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, a także, iż w opinii jednego z prokuratorów, mamy do czynienia z podejrzeniem popełnienia czyny zabronionego z art. 286 k.k. oraz z art. 233 k.k., nie ma znaczenia w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawy Pzp, bowiem podstaw wykluczenia z postępowania nie należy poszukiwać w ocenach organów skarbowych, ale w prawomocnych wyrokach czy też ostatecznych decyzjach, stwierdzających zaległość podatkową.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Wskazany przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w szczególności, gdy zalega z uiszczeniem podatków, który to fakt został stwierdzony ostateczną decyzją administracyjną lub prawomocnym wyrokiem sądu. Zdaniem Izby, wskazany przepis należy rozumieć w ten sposób, iż istnienie zaległości podatkowej, co do zasady, stanowi przeszkodę w udziale wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niemniej jednak na tym tle dostrzec należy, że fakt istnienia zaległości podatkowej musi być aktualny na moment składania ofert. Za powyższym przemawia fakt, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać, w szczególności zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków.

Uprawnienie do żądania wspomnianego zaświadczenia i możliwość przedłożenia przedmiotowego zaświadczenia wskazuje, że ustawodawcy nie chodziło o stwierdzenie w toku postępowania wystąpienia, w ujęciu historycznym, jakiegokolwiek zaległości podatkowej, ale aktualnej, wymagalnej. Zatem, w ocenie Izby, jeśli zamawiający stwierdzi na moment składania ofert, że wykonawca jest dłużnikiem podatkowym i nie uwolnił się od tej zaległości

ani nie zawarł porozumienia w sprawie jej spłaty, wtenczas winien być wykluczony z postępowania.

Rozstrzygające znaczenie będzie miało zatem, dla wykluczenia wykonawcy, w oparciu o podaną przesłankę, czy na moment składania ofert, występuje u wykonawcy zaległość podatkowa.

Zaległością podatkową jest podatek niezapłacony w terminie płatności, ale także niezapłacona w terminie płatności zaliczka na podatek, w tym zaliczka, o której mowa w art. 23a Ordynacji podatkowej lub rata podatku (art. 51 § 1 i 2 Ordynacji podatkowej). Należności przypadające od płatników i inkasentów są traktowane jako zaległości podatkowe (art. 51 § 3 Ordynacji podatkowej).

Powstanie zaległości podatkowej pociąga za sobą następujące skutki:

- naliczanie, od dnia następnego po upływie terminu płatności, odsetek za zwłokę (art. 53 z zastrzeżeniem art. 54 Ordynacji podatkowej),
- zagrożenie odpowiedzialnością karną skarbową, gdyż zgodnie z art. 57 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy podatnik, który uporczywie nie wpłaca w terminie podatku, podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe,
- możliwość prowadzenia egzekucji zobowiązania podatkowego zarówno powstałego w wyniku doręczenia decyzji ustalającej jego wysokość, jak i powstałego z mocy prawa na podstawie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji,
- w przypadku zobowiązań powstających z mocy prawa możliwość wydania przez organ podatkowy decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego (por. art. 21 § 1 pkt 1 i art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej),
- możliwość wydania przez organ podatkowy decyzji o odpowiedzialności podatkowej płatnika lub inkasenta, w której określa się wysokość należności z tytułu niepobranego lub pobranego a niewpłaconego podatku (art. 30 § 4 Ordynacji podatkowej),
- możliwość wydania przez organ decyzji o odpowiedzialności osób trzecich (art. 108 i n. Ordynacji podatkowej),
- możliwość złożenia w trybie art. 67a Ordynacji podatkowej (w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym) wniosku o odroczenie lub rozłożenie na raty zapłaty zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę czy wniosku o umorzenie zaległości podatkowej w całości lub w części,
- możliwość złożenia na podstawie art. 76, 76a lub 76b Ordynacji podatkowej wniosku o zaliczenie nadpłaty podatku czy zwrotu podatku na poczet zaległości podatkowych.

–

Możliwość wydania przez organ podatkowy decyzji o odpowiedzialności podatkowej płatnika lub inkasenta, w której określa się wysokość należności z tytułu niepobranego lub pobranego a niewpłaconego podatku (art. 30 § 4 Ordynacji podatkowej) wynika z faktu, iż na płatniku ciąży obowiązek obliczenia, pobrania i wpłacenia podatku na rachunek organu podatkowego (art. 30 § 1 Ordynacji podatkowej). Generalnie rzecz ujmując, można stwierdzić, że płatnik ponosi odpowiedzialność za wszystkie działania, których efektem jest niewpłacenie w prawidłowej wysokości podatku na rzecz właściwego organu podatkowego.

Jednocześnie nie można pomijać, że zaległość podatkowa nie stanowi samoistnego bytu podatkowego, lecz jest pochodną zobowiązania podatkowego. Oznacza to, że zaległość podatkowa dzieli los prawny zobowiązania podatkowego, z którego wynika. Istnieje wówczas, gdy istnieje zobowiązanie podatkowe. Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego oznacza, że przestaje istnieć wynikająca z niego zaległość podatkowa. Wynika to z akcesoryjnego charakteru zaległości podatkowej względem zobowiązania podatkowego, z którego zaległość ta wynika. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, wystarczy wskazać na wyrok WSA w Łodzi z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt: I SA/Łd 254/16.

Natomiast zobowiązanie podatkowe wygasa wskutek, m.in. przedawnienia (art. 59 § 1 Ordynacji podatkowej). Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na skutek przedawnienia oznacza, że po upływie terminu przedawnienia wierzyciel podatkowy nie może skutecznie się domagać od dłużnika podatkowego zachowania wynikającego z treści tego zobowiązania. Innymi słowy, mimo niezaspokojenia wierzyciela podatkowego stosunek zobowiązaniowy przestaje istnieć z mocy prawa. Co więcej, w doktrynie podkreśla się, że dobrowolne spełnienie przedawnionego zobowiązania przez podatnika prowadzi do powstania nadpłaty, która podlega zwrotowi (C. Kosikowski, Leonard Etel i in.: „Ordynacja podatkowa. Komentarz”, LEX, 2013 r.).

Zaś, zobowiązanie podatkowe przedawnia się z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku (art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej). Jednocześnie w orzecznictwie zostało przesądzone (wyrok NSA z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt: I GSK 297/13), że art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej ma charakter materialnoprawny, bowiem instytucja przedawnienia ma na celu ochronę pewności i stabilności porządku prawnego oraz wykluczenie roszczeń, które wobec upływu znacznego okresu czasu od daty ich powstania w momencie spełnienia byłyby oderwane od faktycznej sytuacji zobowiązanego. Przedawnienie uregulowane w art. 70 Ordynacji podatkowej

dotyczy zobowiązań powstałych z mocy prawa, jak też ustalonych w drodze konstytutywnej decyzji wymiarowej, o której mowa w art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że przepis art. 70 Ordynacji podatkowej reguluje zagadnienia związane z przedawnieniem w wąskim tego słowa znaczeniu, a zatem z przedawnieniem, którego upływ powoduje wygaśnięcie zobowiązania na podstawie art. 59 § 1 pkt 9 Ordynacji podatkowej. Jest to więc sytuacja diametralnie odmienna od przedawnienia przewidzianego w art. 68 Ordynacji podatkowej, powodującego niemożność powstania zobowiązania podatkowego. Zobowiązanie, które nie powstało, nie może oczywiście wygasnąć.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że skoro zaległość podatkowa dzieli los zobowiązania podatkowego, to wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na skutek przedawnienia powoduje, że zaległość podatkowa przestaje istnieć.

Skoro zaś zobowiązanie podatkowe podatnika uległo przedawnieniu, oznacza to, że na płatniku nie ciąży już obowiązek zapłaty podatku, bowiem zobowiązanie podatkowe wygasło. W konsekwencji, z upływem 31 grudnia 2015 r. R. S. nie posiadał już należności z tytułu niezapłaconego podatku, gdyż zobowiązanie podatkowe uległo przedawnieniu i wygasło, co potwierdził właściwy urząd skarbowy w piśmie z 21 grudnia 2016 r. i co stwierdzano w kolejnych zaświadczeniach o niezaleganiu w podatkach, wydawanych ww.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że brak zaległości podatkowej R. S. nie wynika z faktu, jak błędnie wskazywał Odwołujący, iż zobowiązanie podatkowe nie powstało. Zwrócić bowiem należy uwagę, że z mocy przepisu art. 68 § 1 Ordynacji podatkowej zobowiązanie podatkowe, o którym mowa w art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej, nie powstaje, jeżeli decyzja ustalająca to zobowiązanie została doręczona po upływie 3 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym powstał obowiązek podatkowy.

Przedawnienie prawa do wydania decyzji jest możliwe jedynie w odniesieniu do zobowiązań, które nie powstają z mocy prawa, lecz do których powstania niezbędne jest doręczenie podatnikowi decyzji organu podatkowego ustalającej wysokość tego zobowiązania (art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej). Przykładem tego typu zobowiązań są zobowiązania osób fizycznych z tytułu podatku od nieruchomości, podatku rolnego i podatku leśnego, a także wszystkie zobowiązania z tytułu podatku od spadków i darowizn (tylko w przypadku, gdy zobowiązania tego nie ustala i nie pobiera płatnik).

Oznacza to, że przepis art. 68 Ordynacji podatkowej nie dotyczy zobowiązań, które powstają z mocy prawa, np. podatek dochodowy od osób fizycznych, ale zobowiązań, które powstają z dniem doręczenia decyzji organu podatkowego, ustalającej wysokość tego zobowiązania, np. podatek rolny (art. 21 § Ordynacji podatkowej). W konsekwencji, w

odniesieniu do analizowanego zobowiązania podatkowego w ogóle nie możemy stosować wskazanej przez Odwołującego instytucji prawa. W przypadku podatku dochodowego od osób fizycznych zobowiązanie podatkowe zawsze powstawać będzie z mocy prawa, co oznacza, że wszelkie decyzje w tym przedmiocie będą miały charakter deklaratoryjny, a nie, jak błędnie wskazywał Odwołujący, konstytutywny.

Reasumując, zdaniem Izby, przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp dotyczy jedynie sytuacji, w której na moment składania wniosków czy też ofert można przypisać wykonawcy zaległość podatkową i została ona stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Wystąpienie w przeszłości u wykonawcy zaległości podatkowej nie jest wystarczające do jego wykluczenia z postępowania, podobnie jak istnienie decyzji ostatecznej, określającej wysokość należności z tytułu podatku, jeśli na moment składania ofert rzeczona zaległość już nie istnieje. Przy czym, zdaniem Izby, rozstrzygające znaczenie ma fakt braku istnienia zaległości, a nie okoliczność, która spowodowała wygaśnięcie zobowiązania, a w konsekwencji unicestwienie bytu zaległości.

Przyjęcie wykładni zaproponowanej przez Zamawiającego, a mianowicie, że podstawą wykluczenia jest okoliczność, iż została wydana wobec płatnika ostateczna decyzja administracyjna o odpowiedzialności płatnika, określająca wysokość należności z tytułu nieopłaconego podatku, a płatnik nie dokonał całkowitej zapłaty tego podatku przed wygaśnięciem zobowiązania podatkowego oznaczałoby, że płatnik będzie ponosił z tego tytułu dolegliwość już zawsze i nie może się od powyższego uwolnić, co nie znajduje uzasadnienia, tym bardziej biorąc pod uwagę, że zapłata podatku z tytułu zobowiązania, które wygasło stanowi nadpłatę, podlegającą zwrotowi.

Oznaczałoby to bowiem, że owa dolegliwość po pierwsze, jest większa niż w prawie karnym, w którym występują instytucje przedawnienia i zatarcia skazania, przewidziane również wobec najcięższych przestępstw. Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, że zaproponowany przez Zamawiającego kierunek wykładni wydaje się nietrafny.

Po drugie zaś, przyjęcie stanowiska Zamawiającego oznaczałoby, że przedmiotowa dolegliwość jest stosowana, choć sam ustawodawca, na gruncie prawa podatkowego uznał, iż na skutek upływu określonego terminu, zobowiązanie podatkowe wygasa i w związku z tym przestaje istnieć zaległość podatkowa. Skoro zaś sam ustawodawca zdecydował, że po upływie określonego czasu, zobowiązanie podatkowe, choć niezapłacone, wygasa łącznie z odsetkami za zwłokę, to na gruncie Prawa zamówień publicznych nie sposób uznać za uzasadnioną wykładnię z pominięciem instytucji wynikających z prawa podatkowego i bardziej restrykcyjną.

Wykładnia restrykcyjna nie wpisuje się również, w ocenie Izby, w ducha nowelizacji przepisów ustawy Pzp i bardziej liberalny stosunek względem wykonawcy, biorąc chociażby pod uwagę instytucję self-cleaning i ustanowienie przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania.

Zdaniem Izby, referowanie powołanego przepisu do prawomocnego wyroku Izby czy też ostatecznej decyzji administracyjnej ma to znaczenie, że wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w oparciu o niewzruszalną w toku kontroli instancyjnej decyzję czy też orzeczenie.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje stanowisko Zamawiającego, iż przedmiotowa decyzja o odpowiedzialności podatkowej płatnika nie została zaskarżona w celu weryfikacji kwestii przedawnienia odpowiedzialności płatnika, skoro stosunek zobowiązaniowy przestaje istnieć po upływie okresu przedawnienia z mocy prawa, bez konieczności wydawania jakichkolwiek decyzji (wyrok NSA z dnia 5 lipca 2001 r., sygn. akt: I SA/Łd 750/99). Skoro zaś odpowiedzialność płatnika oparta jest właśnie na tym stosunku zobowiązaniowym, to wobec nieistnienia stosunku zobowiązaniowego (na skutek wygaśnięcia zobowiązania) i ta odpowiedzialność już nie istnieje.

Za irrelevantną w niniejszej sprawie należy uznać okoliczność, czy podatnik, a w niniejszej sprawie płatnik, doprowadził do przedawnienia zobowiązania podatkowego, bowiem w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp rozstrzygające znaczenie ma istnienie zaległości podatkowej.

Reasumując stwierdzić należy, że za nieuprawnioną należy uznać taką wykładnię przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, która pozwala na wykluczenie podatnika (płatnika) z postępowania w sytuacji, w której co prawda nie zapłacił podatku w przeszłości, ale na moment składania ofert zaległość podatkowa nie występuje, bowiem z woli ustawodawcy zobowiązanie podatkowe wygasło na skutek upływu określonego czasu, a w konsekwencji zaległość podatkowa nie istnieje. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp należało uznać za słuszny.

Na marginesie wskazać należy, że działania R. S., na które wskazał Zamawiający, winny, zdaniem Izby, spotkać się ze zdecydowanym sprzeciwem. Niemniej jednak instrumenty, z których skorzystał Zamawiający należy uznać za niewłaściwe. To nie na gruncie Prawa zamówień publicznych, w opisywanych okolicznościach faktycznych, Zamawiający winien szukać ochrony przed tym działaniami.

Po pierwsze, zauważyć należy, że Zamawiający miał do dyspozycji środki przewidziane w art. 70 Ordynacji podatkowej, skutkujące przerwaniem czy też zawieszeniem biegu terminu przedawnienia. Podjęcie tych środków nie doprowadziłoby do sytuacji, w której wierzyciel podatkowy nie zostałby zaspokojony, nie doszłoby bowiem do przedawnienia zobowiązania i w konsekwencji istniałaby dalej zaległość podatkowa, stwierdzona ostateczną decyzją administracyjną, co miałyby swoje konsekwencje również na gruncie Prawa zamówień publicznych. Zachowanie Zamawiającego tym większe budzi zdziwienie, że Zamawiający miał świadomość, że do upływu okresu przedawnienia licząc od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna pozostawało jedynie 31 dni. Okoliczność, że płatnik dobrowolnie zaczął spłacać należności, zdaniem Izby, nie stała na przeszkodzie zabezpieczeniu interesów Skarbu Państwa. Po drugie, Zamawiający nie skorzystał również ze środków, jakie przewiduje k.k.s. (delikt karnoskarbowy z art. 57, 78 k.k.s.) czy też k.k. (art. 286 k.k.), a na gruncie tych przepisów w pierwszej kolejności należało poszukiwać odpowiedzialności płatnika, bo tą one służą piętnowaniu zachowań, na które wskazał Zamawiający.

Jeśli idzie o stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji informacji, zawartych w zaświadczeniu właściwego naczelnika urzędu skarbowego, to podkreślić należy, że w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia, bowiem Zamawiający takiego zaświadczenia nie weryfikował, natomiast zakwestionował prawdziwość oświadczenia R. S. z dnia 28 października 2016 r.

Niezależnie od tego, na marginesie należy zauważyć, że dokument urzędowy, jakim jest rzeczne zaświadczenie, choć korzysta z domniemania zgodności z prawdą, to jednak jest to domniemanie wzruszalne.

Izba podziela zaś stanowisko Odwołującego, iż w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) na próżno poszukiwać regulacji, które statuowałyby dla Zamawiającego uprawnienie do weryfikacji spornych zaświadczeń czy też oświadczeń. Jednakowoż, nie oznacza to, w ocenie Izby, iż zamawiający, jeśli poweźmie wątpliwości (informacje), co do prawdziwości oświadczeń tam zawartych, winien powyższe pominąć. Wręcz przeciwnie, w takich okolicznościach zamawiający zobowiązany jest do wyjaśnienia powstałych wątpliwości i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający zobowiązany był do bezkrytycznego przyjęcia złożonego przez Odwołującego oświadczenia w spornym przedmiocie, jeśli dysponował wiedzą o odmiennym stanie faktycznym. Na marginesie należy jedynie zauważyć, bowiem Odwołujący nie czynił w tym zakresie Zamawiającemu

zarzutu, że wyjaśnienia tej sytuacji Zamawiający winien poszukiwać również u Odwołującego.

Skoro, jak stwierdzono, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem aktualnie nie zalega z opłacaniem podatków, choć istnieje ostateczna decyzja administracyjna o odpowiedzialności podatkowej płatnika R. S. za niepobrany podatek dochodowy od osób fizycznych, określająca wysokość należności z tytułu niepobranego podatku dochodowego od osób fizycznych za rok 2010, to zobowiązanie podatkowe wygasło i w konsekwencji zaległość podatkowa przestała istnieć, to tym samym nie ziszcili się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, a w konsekwencji w tej sytuacji, nie mogły zaistnieć okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu nie mógł bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub zataić informacji, że podlega wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp okazał się trafny.

Brak potwierdzenia podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania przesądza o słuszności stanowiska Odwołującego w przedmiocie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie dostrzegła przekroczenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp stwierdzając, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w SIWZ. Wybór ten okazał się zaś wadliwy, bowiem z postępowania bezpodstawnie wykluczono Odwołującego, co miało wpływ na wynik tego postępowania i co w konsekwencji skutkowało naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....