

Sygn. akt: KIO 758/18

**WYROK
z dnia 7 maja 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę Sanito sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Borki, ul. Wojska Polskiego 41, 21-345 Borki

przy udziale wykonawcy Antinus sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 758/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Sanito sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Sanito sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa w tytule wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: Sanito sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Gminy Borki, ul. Wojska Polskiego 41, 21-345 Borki kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Lublinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Borki, ul. Wojska Polskiego 41, 21-345 Borki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę i montaż kolektorów słonecznych na terenie Gminy Borki w ramach projektu „Słońce naszym wsparciem - solary w Gminie Borki”, znak sprawy: RRI.271.1.1.2018.MZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16/01/2018 r. nr 17658-2018-PL.

W dniu 10 kwietnia 2018 r. Odwołujący: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa powziął wiadomość o wykluczenie go z przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 20 kwietnia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp (i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp), w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą wykluczenia Odwołującego - ponieważ jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 10 kwietnia 2018 r. Odwołujący nie przedstawił dokumentu w postaci zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, oraz w konsekwencji naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez poinformowanie o wykluczeniu Odwołującego, podczas gdy Zamawiający nie zachodzą przesłanki do jego wykluczeniu;

2. (względnie) naruszenie art. 26 ust. 3 oraz 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień i uzupełnienia zaświadczenia z US przez

Odwołującego oraz zaniechania wezwania Odwołującego (brak umożliwienia skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia) do przedstawienia dowodów i wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego związanego ze wskazaną w uzasadnieniu podstawą wykluczenia jaką był w istocie art. 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp;

3. (względnie) naruszenie §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do treści zaświadczenia z US przedłożonego w toku postępowania;

4. (względnie) naruszenie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp w wyniku zaniechania zastosowania tego przepisu w przypadku gdy przedstawione przez Odwołującego zaświadczenie z ZUS było w ocenie niewystarczające, a więc uzupełnienie drugiej strony zaświadczenia w ocenie Zamawiającego okazało się w istocie niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania;

oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołania, stwierdził, że z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć, wskazując jak poniżej.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści pisma z dnia 10 kwietnia 2018 r. o wykluczeniu Odwołującego, jako podstawę prawną wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co jednocześnie wywiódł z brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, na co wskazano w uzasadnieniu do ww. pisma.

Zauważył, że jak wskazuje się w treści uzasadnienia, dokument w postaci zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego „miał potwierdzać brak podstaw wykluczenia w oparciu o przepisy art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy (zamawiający wyklucza wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą

stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności).”.

Przyznał, że bezsporne w sprawie jest to, iż na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, złożył m.in. omyłkowe zaświadczenie na inny podmiot (Fundacja Trzy Trąby).

Następnie Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowego zaświadczenia, odnoszącego się do wykonawcy składającego ofertę, gdzie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył po raz pierwszy dokument zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego (zawarty na stronach 1 i 3).

Wskazał również, że w dalszej kolejności Zamawiający podał nie do końca poprawne stwierdzenia (z punktu widzenia treści SIWZ) oraz wyciągnął niesłuszne wnioski, bowiem stwierdził, jakoby zaświadczenie, o którym mowa w pkt 8.7.2 SIWZ powinno być złożone zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 2355) i powinno obejmować 3 strony.

Według Odwołującego - Zamawiający zapominał, że: (1) nie wskazał tego rodzaju oczekiwania w treści SIWZ, a co ważniejsze (2) z punktu widzenia podstawy wykluczenia Odwołującego, którą w istocie przyjął (art. 24 ust. 5 pkt 8) informacje zawarte na stronie 2 tego zaświadczenia były zbędne z punktu widzenia oceny podstawy wykluczenia Odwołującego.

Wyjaśnił, że sam Zamawiający wskazał w treści uzasadnienia w piśmie stanowiącym podstawę wykluczenia, zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, w ramach której Zamawiający wyklucza wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W konsekwencji z powyższego punktu widzenia podstawą wykluczenia może być jedynie naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, co na zaświadczeniu jest potwierdzone na 1 stronie, która była przedstawiona Zamawiającego w postępowaniu.

Powołał się na definicję „podatku”, o którym mowa w ww. przepisie, gdzie pojęcie powyższe zdefiniowano w art. 6 oraz art. 3 pkt 3) ustawy z dnia 29 sierpnia 1977 r. Ordynacja podatkowa. Zgodnie z ww. przepisami „Podatkem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej.” oraz przez podatki rozumie się również: a) zaliczki na podatki, b) raty podatków, jeżeli przepisy prawa podatkowego przewidują płatność podatku w ratach, c) opłaty oraz niepodatkowe należności budżetowe”.

Wywodził, że konsekwencji, skoro przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania zaświadczenie na pierwszej stronie stwierdzało, że „nie ujawniono zaległości podatkowych”, a jednocześnie druga strona zaświadczenia takich informacji siłą rzeczy nie zawiera, to Zamawiający nie miał podstaw, aby z punktu widzenia podstawy wykluczenia wykonawcy tj. z punktu widzenia brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, na podstawie jedynie omyłkowego niezłączenia drugiej strony zaświadczenia, stwierdzić, że Odwołujący naruszył obowiązki w zakresie płatności podatków. Decyzja Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z literalną treścią zawartą w zaświadczeniu na stronie pierwszej i nie wpływa na nią pominięcie informacji zawartych na stronie drugiej zaświadczenia.

Tym samym z punktu widzenia podstawy wykluczenia, którą Zamawiający przyjął (tj. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 5 pkt 8) podjęcie decyzji, iż Odwołujący naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków oraz że nie przedstawił właściwego dokumentu, było rażąco nieprawidłowe.

Dodatkowo, wskazał, że pomimo powyższych racji Odwołującego, należy zauważyć, że to na Zamawiającym zgodnie z przywołanym ww. przepisem ciążył obowiązek wykazania (jeśli Zamawiający uznaje, że zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8) za pomocą stosownych środków dowodowych naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków.

Według Odwołującego - co istotne Zamawiający nie był i nie byłby w stanie wykazać takiego stanu faktycznego, albowiem stan rzeczywisty wynikający z zaświadczenia przedłożonego przez Odwołującego potwierdza, że naruszeń w płatności podatków nie odnotowano.

Jednoznacznym dowodem na prawdziwość twierdzeń Odwołującego i znoszącym jakiegokolwiek wątpliwości jest – jego zdaniem - tożsamy jak złożony w toku postępowania

dokument - zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego z dnia 23 lutego 2018 r. (indywidualny nr zaświadczenia 1472-SER-2.4050.1326.2018).

W ocenie Odwołującego - brak jednej strony (druga strona tego zaświadczenia) nie pozbawia przedstawionego zaświadczenia mocy prawnej, tym bardziej, że informacje, które stały się podstawą wykluczenia Odwołującego, były zawarte na pierwszej i trzeciej stronie zaświadczenia, które zostało przedłożone Zamawiającemu w toku postępowania.

Zauważył również, iż uwzględniając, że złożony w toku postępowania dokument - zaświadczenie z US posiada indywidualny numer zaświadczenia, nie istnieje jakakolwiek obawa, naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców, w przypadku gdyby Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia drugiej strony zaświadczenia lub całego dokumentu.

Oczywistym jest – przyznała Odwołujący, że dominującym w orzecznictwie co do zasady możliwość jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, tym niemniej w zaistniałej szczególnej niniejszej sytuacji przyjęcie tejże zasady rażąco i z nieuzasadnionych względów formalizowałoby sytuację prawną w tym postępowaniu względem wykonawcy.

Oceniając całokształt przedmiotowej sprawy ocenić wskazał, że zachodzą w orzecznictwie odstępstwa od ww. reguły jednokrotności wezwania, których potwierdzeniem są następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie przyjęto, że dopuszczalne jest ponowne wezwanie o uzupełnienie określonego dokumentu, o ile dotyczyć będzie ono innych braków, czy błędów, a także, że zasada jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów doznaje wyłączenia w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba ponownego wezwania z uwagi na nowe okoliczności, na które zamawiający nie powoływał się w pierwotnym wezwaniu.

W konsekwencji tego jest możliwe kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednakże dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie, a zasada jednokrotnego wzywania w odróżnieniu od podstawowych zasad procesu udzielania zamówień publicznych - nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Dlatego też zasada ta nie może być mechanicznie stosowana do wszystkich stanów faktycznych.

Dodatkowo zauważył, że trudno jest mówić o prawidłowej interpretacji tejże zasady (jednokrotności wezwania), albowiem nie wynika ona wprost z żadnego przepisu.

Według Odwołującego - problemem jest właściwe jej stosowanie - w ramach dyskrecjonalnej władzy zamawiającego, przy uwzględnieniu indywidualnych stanów faktycznych.

Zdaniem Odwołującego - wiodące znaczenie należy przypisywać zasadom wynikającym wprost z przepisów ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zamawiający ma prawo wyjaśniać już uzupełniony dokument, jeżeli ma co do niego wątpliwości.

W opinii Odwołującego - Zamawiający powinien zawsze jednoznacznie ustalić, czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy, a dla ustalenia, czy doszło do naruszenia Pzp nie ma znaczenia przywołana przez zamawiającego w piśmie podstawa wezwania, a treść wezwania.

W kontekście omawiania zagadnień związanych z postępowaniem uzupełniającym, w tym prawidłowego stosowania zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia, wskazał, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi implementację art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym zamawiający może wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów, przedłożonych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka redakcja, powołanego przepisu, w żadnym stopniu nie przesądza o tym, że zamawiający może zwracać się o uzupełnienie wyłącznie jednorazowo.

Zwrócił również uwagę, że przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

W konsekwencji z powyższych wywodów – według zapatrywania Odwołującego, wynika, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby w przypadku gdy uznawał, że przedłożone zaświadczenie nie potwierdza spełnienia wymogu (choćby zdaniem Odwołującego informacje zawarte na pierwszej stronie zaświadczenia z US były wystarczające) skierować do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu uzupełnienia drugiej brakującej strony, względnie wezwać do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 i 9, względnie zastosować upoważnienie zawarte w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, opisane w §15 wskazujące, że „Zamawiający może

żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu (...) wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.”.

Wskazał przy tym, że procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Odwołujący zaznaczył również, że zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Odwołujący przekonywał, że powyższa norma formułuje dodatkowe wezwanie poza przepisami art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W przepisie tym przewidziana zatem została szczególna możliwość wezwania wykonawców do złożenia określonych w nim dokumentów na każdym etapie postępowania. Zastosowanie tego przepisu zostało ograniczone do wezwania, któremu można przypisać w określonych okolicznościach niezbędność do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.

Wskazał również, że art. 26 ust. 2f ustawy Pzp kreuje normę o charakterze ius dispositivum i uzależnia jej zastosowanie od oceny dokonanej na etapie postępowania, a podstawą uznania, że w określonym przypadku mamy do czynienia z sytuacją zmierzającą do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania muszą być okoliczności o charakterze obiektywnym, a nie subiektywnym (zależnym jedynie od oceny podmiotu zamawiającego).

Zdaniem Odwołującego - instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania. Zaniechanie w tym

zakresie przez Zamawiającego, jest naruszenie przepisów art. 7, które w istocie prowadzi po nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a więc naruszenia pkt 12) i 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp.

Zastosowanie powyższych uregulowań - w ocenie Odwołującego - dodatkowo uzasadnione byłoby również tym, że treść wstępnych oświadczeń składanych przez Odwołującego na formularzu JEDZ, (przyjmując, że Zamawiający ocenił przedłożone zaświadczenie Odwołującego jako niewystarczające i potwierdzające, że zachodzi wobec Odwołującego przypadek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 dla którego podstawą był w istocie przepis art. 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp), pozostawałaby w opozycji do siebie, co jednoznacznie powinno skłonić Zamawiającego do przeprowadzenia stosownych wyjaśnień (art. 26 ust. 3) i uzupełnień.

W podsumowaniu również nadmieniał, że dodatkowe ww. procedury poza samą możliwością uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w pewnych okolicznościach nie jest tylko jednorazowe), wprowadzają wyraźny wyłom w restrykcyjnym stosowaniu i przyjmowaniu zasady jednokrotności wezwania, co jednocześnie potwierdza ciągłe kształtowanie się procesu odformalizowania procedur zamówień publicznych, które przy okazji każdej z ostatnich nowelizacji były podkreślane jako fundamentalny aspekt brany pod uwagę, przy kształtowaniu przepisów prawa.

Zauważył, że procedury opisywane w art. 24 ust. 8 i 9 oraz w §15 Rozporządzenia o dokumentach i szczególnie w art. 26 ust. 2f uPzp stanowią tego jednoznaczny dowód.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Antinus sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego do złożenia oświadczeń lub dokumentów z dnia 16 marca 2018r. i z dnia 29 marca 2018r., zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z dnia 12 lutego 2018r. i zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z dnia 23 lutego 2018r.(strona 1 i 3), informacji o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z dnia 10 kwietnia 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 maja 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, podczas gdy Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 12, art.24 ust.5 pkt 8, art.24 ust.8 i 9, art. 26 ust.3 i art.26 ust.2f, art.92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a także § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przetargu z powodu nie złożenia przewidzianego prawem zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i tym samym spełnia przewidziany treścią SIWZ warunek udziału w postępowaniu przetargowym.

Odpowiadając na tak zadane pytanie, Izba przyjęła zapatrywanie, że niekompletne zaświadczenie nie może stanowić dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Według Izby - Zamawiający nie miał obowiązku prawnego wynikającego z art.26 ust.3 ustawy Pzp do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia tego samego dokumentu, jeżeli już raz był on wzywany do jego złożenia.

Okoliczność braku zachowania należytej staranności przy sporządzaniu oferty, w tym sporządzeniu prawidłowego odpisu zaświadczenia z urzędu skarbowego spoczywa na wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w swojej zaskarżonej decyzji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający oparł się o przepis art.24 ust.5 pkt 8) ustawy Pzp, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, 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.

Nadto, Izba ustaliła, że w pkt 8.7.2. lit. b SIWZ Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 7 niniejszej SIWZ byli oni zobowiązani do złożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Bezsporna w rozpoznawanej sprawie jest okoliczność, że Odwołujący był wyraźnie dwukrotnie wzywany przez Zamawiającego do złożenia powołanego wyżej zaświadczenia, w następstwie których to wezwań - w pierwszym przypadku złożył zaświadczenie dotyczące innego podmiotu, zaś w drugim zaświadczenie niekompletne nie zawierające strony drugiej.

Należy wskazać, że przepis § 11 pkt 1) rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe z dnia 29 grudnia 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 2355) uregulował treść wzorów zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości, który został określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia.

W przekonaniu Izby złożone przez Odwołującego zaświadczenie powinno odpowiadać w całości treści przewidzianej w powyższym przepisem i zawierać zaświadczenie, że nie ujawniono odsetek za zwłokę, o których mowa w art. 53a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa lub ujawniono odsetki za zwłokę, o których

mowa w art. 53a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa wnioskodawcy, wymienionego w części A, zaświadczenie, że wnioskodawcy wymienionemu w części A dana kwota została odroczone do danego dnia, zaświadczenie, że wobec wnioskodawcy wymienionego w części A:

1. jest prowadzone postępowanie egzekucyjne w administracji, również w zakresie innych niż podatkowe zobowiązań wnioskodawcy 1. tak lub 2. nie,

2. jest prowadzone postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe.

Poza tym na stronie drugiej zaświadczenia ZAS-W powinna być informacja czy na podstawie art. 306e § 3 oraz w związku z art. 306e § 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa prowadzone postępowanie mające na celu ustalenie lub określenie wysokości zobowiązań wnioskodawcy lub odsetek za zwłokę, o których mowa w art. 53a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa albo postępowanie mające na celu ustalenie lub określenie wysokości zobowiązań wnioskodawcy lub odsetek za zwłokę, o których mowa w art. 53a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa zostało zakończone.

Izba stwierdziła, że Odwołujący takiej treści zaświadczenia nie przedstawił, a zatem w związku z zaistnieniem takiego stanu rzeczy uznanie przez Izbę możliwości pominięcia przez Zamawiającego przy ocenie warunku udziału w postępowaniu powyższych informacji stanowiłoby naruszenie fundamentalnej zasady równości i przejrzystości postępowania przetargowego wyrażonej w art.7 ust. 1 ustawy Pzp.

Poglądu powyższego Izby nie zmieniła argumentacja Odwołującego odnosząca się do opisanego w art.51 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa pojęcia zaległości podatkowej, bowiem nie jest ono tożsame z wynikającym z art.24 ust.5 pkt 8 ustawy Pzp obowiązkiem dotyczącym płatności podatków, opłat.

Idąc dalej, zdaniem Izby - również wyjaśnienie treści zaświadczenia nie może samo w sobie zastępować dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku podmiotowego, a wobec tego w rozpoznawanej sprawie nie mógł mieć zastosowania ponownie przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Nie jest trafny również pogląd Odwołującego o możliwości skorzystania z instytucji samoocyszczenia, o której mowa w art.24 ust.8 i 9 ustawy Pzp z tego powodu, że ma ona zastosowanie na etapie składania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,

zwanego JEDZ, a nie w ramach uzupełniania dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Nadto, w ocenie Izby – przepis § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. stosownie do którego, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczenia, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, nie odnosi do wadliwych czy niekompletnych dokumentów.

Ostatecznie, Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.26 ust. 2f ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Według zapatrywania Izby powyższy przepis odnosi się do nowych dokumentów niezbędnych do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, innych niż dokumenty wymienione w art.26 ust.3 ustawy Pzp, które są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z przetargu powołując się na przepis art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w warunkach niezłożenia kompletnego zaświadczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....