

Sygn. akt: KIO/UZP 1917/09

WYROK
z dnia 23 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Firmę „**GWARANT**” – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy, ul. Dembińskiego 3, 01 - 644 Warszawa protestu z dnia 09.12.2009 r.

przy udziale wykonawcy **Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp.j., ul. Kwiatowa 7a, 02-579 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Firmę „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez Firmę „**GWARANT**” – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Firmę „**GWARANT**” – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów na rzecz Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy, ul. Dembińskiego 3, 01 - 644 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Firmę „**GWARANT**” – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*świadczenie dla Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy usług opiekuńczych pielęgnacyjnych i gospodarczych (CPV 85.31.24.00-3) przeznaczonych dla osób samotnych, mieszkańców Dzielnicy Żoliborz*” w okresie 1.01.2010 r. do 31.12.2010 r., Nr spr. 5/2009, zostało wszczęte przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy, ul. Dembińska 3, 01-644 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 131-191429 w dniu 11.07.2009 r. Zamówienie zostało podzielone na dwie części.

W dniu 03.12.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informacje o wyniku postępowania. W dniu 04.12.2009 r. informacje o wyniku postępowania (zgodnie z dokumentem okazanym przez Zamawiającego na posiedzeniu) odebrała osobiście za potwierdzeniem odbioru Firma „Gwarant” - Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67-200 Głogów zwana dalej: Firma „Gwarant” sp. j. albo „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający wskazał, że postępując zgodnie z zaleceniami zawartymi w wyroku KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09 unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył czynności badania i oceny ofert złożonych w w/w postępowaniu. W dniu 30.11.2009 r. wezwał Agencję Służby Społecznej B. Kościelak, ul. Kwiatowa 7a, 02-579 Warszawa zwana dalej: „*Agencją Służby Społecznej*” albo „*Przystępującym*” do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”. Po zbadaniu uzupełnionych przez w/w Wykonawcę dokumentów (w dniu 02.12.2009 r.) Zamawiający stwierdził, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp. Po ponownym zbadaniu i ocenie ofert najwyższą liczbę punktów uzyskała, a tym samym za najkorzystniejszą uznana została, oferta Agencji Służby Społecznej. W/w firma złożyła ofertę na obie części przedmiotu zamówienia i w obu uzyskała najwyższą liczbę punktów.

W dniu 09.12.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 180 ust. 2 w zw. z art. 179 Pzp: Firma „Gwarant” - Tomczyk sp. j., złożyła protest na wybór oferty najkorzystniejszej. Zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Agencji Służby Społecznej oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego protestu.

Wnosił o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- c) dokonanie czynności wykluczenia Agencji Służby Społecznej;
- d) dokonania czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Protestującego uzyskany na wezwanie Zamawiającego od Agencji Służby Społecznej - dokument wydany z upoważnienia Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa - Mokotów, ul. Wynałazek 3, 02-677 Warszawa, przez starszego kontrolera rozliczeń p. Annę Simons został wydany z rażącym naruszeniem przepisów prawa i jako taki nie wywołuje skutków, w związku z czym wykonawca Agencja Służby Społecznej winna zostać wykluczona z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości zostało wystawione w dniu 30.11.2009 r. Jak wynika z treści tego zaświadczenia: *„Zaświadcza się, że nie ujawniono zaległości podatkowe Wnioskodawcy, wymienionego w części A, wg stanu na dzień 29.06.2009”*. Protestujący wskazał, że stosownie do przepisów zawartych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60 j.t. ze zm.), w szczególności art. 306a § 3. Zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania. Nie jest tym samym dopuszczalne wydanie zaświadczenia, o którym mowa w art. 306e. § 1, tj. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości potwierdzającego stan faktyczny lub prawny w dacie późniejszej od daty poświadczanej stan zaległości.

Podniósł, iż art. 306a § 3 Ordynacji podatkowej stanowił niewątpliwie podstawę do

wydania orzeczenia KIO wyrok z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09, w którym to KIO nakazało wykluczyć wykonawcę Agencję Służby Społecznej w przypadku uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach wystawionego po dacie późniejszej od daty składania ofert.

KIO wskazało Zamawiającemu, w ocenie Protestującego, w jaki sposób należy ocenić uzupełniony dokument stwierdzając, że uzupełnione zaświadczenie może dotyczyć wyłącznie dokumentu wydanego przed upływem terminu składania ofert. W zaistniałej sytuacji, w związku z tym, że uzupełniony na wezwanie dokument jest nieważny i obarczony wadą prawną wykonawca Agencja Służby Społecznej podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp, bowiem nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie warto zauważyć, iż poważne wątpliwości budzi również fakt, iż skoro zaświadczenie przedłożone w wyniku uzupełnienia jest wystawione *post factum* czyli w dacie późniejszej od daty poświadczanej to dlaczego wykonawca nie zwrócił się o potwierdzenie stanu na dzień składania ofert, tj. 11.08.2009 r., tylko przedkłada zaświadczenie z którego wynika stan w dacie 29.06.2009 r. W ocenie Protestującego, ta okoliczność powinna co najmniej skłonić Zamawiającego do wezwania w trybie art. 26 ust 4 Pzp wykonawcę Agencją Służby Społecznej do złożenia wyjaśnień tego dokumentu. Jednakże z uwagi na fakt, iż przedłożone zaświadczenie jest nieprawidłowe Protestujący wnosił do Zamawiającego o dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy Agencja Służby Społecznej stosownie do art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 09.12.2009 r. Zamawiający przekazał osobiście za potwierdzeniem odbioru oraz faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 11.12.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpiła Agencja Służby Społecznej, wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu. Przystępujący, nie podzielił poglądu Protestującego, jakoby Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji uzupełnienia dokumentu dotyczącego zaświadczenia z urzędu skarbowego po terminie składania ofert. Ratio ustawy polega na doprowadzeniu do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach (wyrok KIO z dnia 11.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1399/07). Dokument wystawiony w prawidłowej formie przez uprawniony organ jest dowodem *prima facie* spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego. Fakt, że data jego wystawienia jest późniejsza nie ma żadnego znaczenia, bowiem w jego treści przywołano datę ważną na

dzień złożenia oferty. Tym samym potwierdzono stan niezalegania z podatkami na dzień 29.06.2009 r., czyli na okres nieprzekraczający 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym, fakt, iż Przystępujący spełnił warunek w dniu składania ofert jest bezsporny, a to z kolei warunkuje udział Przystępującego w postępowaniu. Stanowisko to potwierdza w jego ocenie wyrok KIO z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 610/09.

W przekonaniu Przystępującego, twierdzenie Protestującego, iż: *„uzupełniony dokument (zaświadczenie z Urzędu Skarbowego) został wydany z rażącym naruszeniem przepisów prawa”* jest nieporozumieniem, bowiem Ordynacja Podatkowa, którą cytuje sam Protestujący, nie zabrania wystawienia zaświadczenia według stanu na dzień przed upływem terminu składania ofert. Argumentacja ta znalazła miejsce także w wyroku KIO z dnia 15.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1249/09, gdzie wskazano, iż: *„ W Ordynacji podatkowej określono, że zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, ale także, że zaświadczenie wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy (art. 306a § 3 i 4 Ordynacji podatkowej).”*

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 14.12.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Przedłożony przez Przystępującego dokument wystawiony został w dniu 30.11.2009 r., w swej treści natomiast potwierdzał brak zaległości podatkowych na dzień 29.06.2009 r. (termin składania ofert upływał w dniu 11.08.2009 r.). Zaświadczenie zostało wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego dla Warszawy Mokotowa na urzędowym formularzu, opatrzone pieczęcią i podpisem Starszego Kontrolera Rozliczeń z upoważnienia Naczelnika US. W wyniku analizy przedmiotowego dokumentu Zamawiający zmuszony był stwierdzić, iż wadliwe jest ustalenie KIO zawarte w ww. wyroku, zgodnie z którym *„Ponieważ zaświadczenia o niezaleganie w podatkach potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, nie ma możliwości uzupełnienia tego zaświadczenia wydanego po upływie terminu składania ofert tak, aby obejmowało stan faktyczny i prawny aktualny w terminie oznaczonym w siwz i nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”*. Zważywszy, iż Zamawiający otrzymał zaświadczenie obejmujące stan faktyczny i prawny aktualny w terminie składania ofert, uznać należy, iż możliwe jest uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentu zaświadczenia o niezaleganie w uiszczaniu podatków.

Stwierdził, iż nie występuje w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (j.t. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.) zakaz wydawania takich zaświadczeń, jakie wydał Naczelnik Urzędu Skarbowego dla Warszawy Mokotowa wykonawcy Agencja Służby Społecznej B. Kościelak. Wskazał, iż przepis art. 306a § 3 Ordynacji podatkowej, zgodnie z którym: *„Zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania”*, nie uniemożliwia wydania zaświadczenia potwierdzającego stan faktyczny istniejący w dniu innym, wcześniejszym niż dzień jego wydania - co więcej, stwierdzić należy,

iż każde zaświadczenie wystawione w dowolnej dacie późniejszej po dniu, dla którego chcemy uzyskać informacje o braku zaległości w podatkach, będzie tak samo potwierdzało stan faktyczny i prawny istniejący na dzień, dla którego pozyskujemy zaświadczenie (np. jeżeli na dzień 1 grudnia nie zalegaliśmy z podatkami, każde zaświadczenie wydane z datą późniejszą niż 1 grudnia w swoje treści będzie potwierdzało ten sam stan faktyczny, tj. brak takich zaległości, na dzień 1 grudnia). Zaświadczenie przedstawione przez Agencję Służby Społecznej potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, gdyż stan faktyczny i prawny na dzień 29.06.2009 r. nie uległ i nie mógł siłą rzeczy ulec po tym dniu zmianie.

Stwierdził, że fakt zawarcia przez ustawodawcę w Ordynacji podatkowej zarówno przepisu art. 306a § 3, jak i art. 306e §1, oznacza, że oba przepisy się stosuje, a nie że jeden uchyla drugi. Ponadto, jak wynika z art. 306a §3 Ordynacji podatkowej, zaświadczenie wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy.

Za niepodlegający uwzględnieniu uznał zarzut, iż: *„Uzupełniony dokument został wydany z rażącym naruszeniem przepisów prawa i jako taki nie wywołuje skutków.”*, gdyż zarzut ten nie można kierować wobec Zamawiającego, który nie jest organem właściwym (w szczególności nie jest organem ścigania) do rozstrzygnięcia o tym, czy wydanie zaświadczenia przez naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z uiszczaniem podatków nastąpiło z naruszeniem prawa lub nie. Przedstawione zaświadczenie nie budziło wątpliwości Zamawiającego pod względem jego prawdziwości, ponadto działa on w zaufaniu do instytucji urzędu skarbowego, który wydał przedmiotowe zaświadczenie. W związku z powyższym nie ma podstaw by kwestionować dopuszczalność wydania takiego zaświadczenia, a w rezultacie wyciągać wobec wykonawcy, który złożył to zaświadczenie negatywne konsekwencje.

Zamawiający dokonując oceny zarzutów wziął pod uwagę także orzecznictwo KIO przedstawione w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, tj. wyrok KIO z dnia 15.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1249/09 oraz wyrok KIO z dnia 22.05.2009 r. ., sygn. akt: KIO/UZP 610/09. Ponadto wskazał na wyrok KIO z dnia 17.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 986/09, zgodnie z którym: *„Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 roku (Dz. U. z dnia 23 września 2008 r., nr 171, poz. 1058) dopuściła w praktyce, aby uzupełniane na wezwanie zamawiającego dokumenty były wystawione z datą późniejszą niż termin składania wniosków lub składania ofert, o ile z treści tych dokumentów wynika spełnienie warunków na dzień składania wniosków lub składania ofert.”*

W dniu 23.12.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Dodatkowo zauważył, iż skoro Zamawiający nie zgadzał się

z wyrokiem KIO to winien wnieść skargę. Nieskorzystanie z przysługującego prawa do zaskarżenia wyroku KIO skutkuje tym, że Zamawiający jest związany dotyczącym go orzeczeniem i powinien je wykonać. W innym przypadku doprowadza do sytuacji, takiej jak w przedmiocie niniejszej sprawy, iż KIO zmuszone jest do orzekania w zakresie słuszności i prawidłowości wydawanych przez siebie orzeczeń, W świetle powyższego Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie wykonał wyroku KIO i zaniechał czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

W dniu 23.12.2009 r. Zamawiający faxem przekazał Agencji Służby Społecznej (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 10.02.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Agencji Służby Społecznej po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu *faxem*. Ponowił swoje zarzuty i żądania wraz z argumentacją z przystąpienia do protestu. Przywołał ponownie wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09 stwierdzając, że treść rozstrzygnięcia o żądaniach Odwołującego nie zawiera nakazu wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Uznał, że fragment dotyczący braku możliwości uzupełniania zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach został wydany w oderwaniu od samej treści rozstrzygnięcia o żądaniach Odwołującego. Przywołał komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa UZP, W-wa 2008, str. 115 odwołując się do *ratio legis* art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo powołał się ponownie na wyrok KIO z dnia 15.10.2009 r., sygn. akt: 1249/09 oraz wyrok KIO z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 610/09. Wyraźnie podkreślił, że przedłożone przez niego zaświadczenie jest ważne i potwierdza, że spełnia wymagania określone w SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z treścią wezwania Zamawiającego skierowanego do Przystępującego w dniu 30.11.2009 r., treścią spornego dokumentu uzupełnionego w dniu 02.12.2009 r., tj. zaświadczeniem z dnia 30.11.2009 r. Nr 1433/NR/RR/RZ/6567/09 o niezaleganiu w podatkach wydanym przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa-Mokotów, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz

Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający, zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się w dniu 30.11.2009 r. o uzupełnienie dokumentów. Wskazał, że w złożonej ofercie w przedmiotowym postępowaniu w treści zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego nie zaleganie z opłacaniem podatków znajduje się odrębne zastrzeżenie naczelnika urzędu skarbowego, iż dotyczy ono określonych w nim rodzajów podatku (VAT), co, jak wynika z ww. orzeczenia KIO, nie pozwala na uznanie, iż dokument ten w pełni potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, wezwał do uzupełnienia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego nie zaleganie z opłacaniem podatków lub uzyskanie przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi w dniu 02.12.2009 r. uzyskał zaświadczenie z dnia 30.11.2009 r. Nr

1433/NR/RR/RZ/-6567/09 o niezaleganiu w podatkach, wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa – Mokotów, ul. Wynałazek 3, 02-677 Warszawa, podstawa prawna art. 306 e ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) stwierdzające, że nie ujawniono zaległości podatkowych Wnioskodawcy, wymienionych w części A wg stanu na dzień 29.06.2009 r., podpisane przez starszego kontrolera rozliczeń Annę Simons.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w wyroku z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Stwierdziła także w ramach uzasadnienia, że: *„Izba uznała za zasadny zarzut, iż zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach złożone w ofercie Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. IV pkt 2.4 siwz”*. Wskazała także, że: *„Tryb wydawania zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach regulują przepisy działu VII A ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005r. Nr 8, poz. 60). Organ podatkowy wydaje zaświadczenie na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie. Zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania oraz w granicach żądania wnioskodawcy (art. 306a § 1, §3 i §4 Ordynacji Podatkowej). (...)(...) Ponieważ zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, nie ma możliwości uzupełnienia tego zaświadczenia wydanego po upływie terminu składania ofert tak aby obejmowało stan faktyczny i prawny aktualny w terminie oznaczonym w siwz i nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Uzupełnienie dokumentu z datą późniejszą skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania (podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 5 lutego 2007r. sygn. akt X Ga 2/07, X Ga 4/07). Zatem uzupełnienie zaświadczenia może dotyczyć wyłącznie dokumentu wydanego przed upływem terminu składania ofert, nie wcześniej niż trzy miesiące przed tym terminem. Nie przedstawienie wymaganego zaświadczenia skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp”*.

W ocenie składu orzekającego Izby stan faktyczny będący przedmiotem zarzutu we wskazanym wyżej orzeczeniu odnosił się do zaświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie Przystępującego, natomiast w niniejszym postępowaniu odwoławczym stan faktyczny jest odmienny, gdyż odnosi się do zaświadczenia przedłożonego przez Przystępującego Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp na wezwanie w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert. Przedmiotem zarzutu we wskazanym wyżej orzeczeniu nie była kwestia odnosząca się do trybu art. 26 ust. 3 Pzp. Zaś Izba nie nakazywała wykluczenia

Przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, co potwierdził także Odwołujący na rozprawie.

Analiza przywołanego orzeczenia wskazuje, że Izba nie nakazywała ani też nie zakazywała zastosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis bowiem ma charakter obowiązku nałożonego na Zamawiającego przez Ustawodawcę *ex lege* stąd brak wyrażnej dyspozycji w tym zakresie.

Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby *ocena uzupełnianego dokumentu* nie odpowiada stanowi faktycznemu, ponieważ zakładała brak możliwości przedłożenia dokumentu. W tym zakresie Izba uznała stanowisko Przystępującego. Należy także wskazać, że Pzp nie definiuje ani sposobu dowodzenia, ani pojęcia dowodu, dlatego też na podstawie art. 186 ust. 6 Pzp należy odwołać się do art. 227 KPC i do dorobku nauki o procesie. W świetle art. 188 ust. 3 Pzp dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Dokument urzędowy stanowi dowód tego, co w nim zostało zaświadczone (art. 244 KPC), natomiast dokument prywatny jest dowodem tego, że osoba, która dokument podpisała w ogóle złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 244 -245 KPC), czyli jedynie, że pochodzi ono od oznaczonej osoby, a nie, że jest prawdziwe. Dokumenty urzędowe korzystają więc z większej mocy dowodowej niż dokumenty prywatne, pod warunkiem, że wystawione są w przypisanej formie. Dokumentowi służy nie tylko domniemanie prawdziwości (autentyczności), lecz także domniemanie zgodności z prawdą. Kto chce go obalić musi przeprowadzić dowód przeciwny (art. 252 KPC). Strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenie organu, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić (Ryszard Szostak: „Komentarz do Nowelizacji Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”, Wyd. Publicus, W-wa 2007, str. od 85 do 88). Odwołujący nie przedstawił na rozprawie żadnego dowodu na okoliczność zarzutu zawartego w środkach ochrony prawnej. Z uwagi na domniemanie prawdziwości dokumentów urzędowych, w tym wypadku złożonego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, wynikające z art. 244 KPC, Izba nie uznała zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Potwierdza to także orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego: „*Okoliczności potwierdzone w zaświadczeniu korzystają z domniemania prawdziwości*”. (Wyrok NSA z dnia 16.01.2009 r., sygn. akt: I GSK 94/08).

Po trzecie, zgodnie z przepisami art. 306a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005r. Nr 8, poz. 60) zwanej dalej: „Op” organ podatkowy wydaje zaświadczenia na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie (§ 1). Zaświadczenie wydaje się, jeżeli: 1) urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego wymaga przepis prawa; 2) osoba ubiega się o zaświadczenie ze względu na swój

interes prawny w urzędowym potwierdzeniu określonych faktów lub stanu prawnego (§ 2). Zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania (§ 3). Zaświadczenie wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy (§ 4). Z kolei przepisy art. 306b Op stanowią, że w przypadkach, o których mowa w art. 306a § 2 Op, organ podatkowy jest obowiązany wydać zaświadczenie, jeżeli chodzi o potwierdzenie faktów albo stanu prawnego, wynikających z prowadzonej przez ten organ ewidencji, rejestrów lub z innych danych znajdujących się w jego posiadaniu (§ 1). Organ podatkowy, przed wydaniem zaświadczenia, może przeprowadzić w niezbędnym zakresie postępowanie wyjaśniające (§ 2). Według natomiast art. 306e § 1 Op zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydaje się na podstawie dokumentacji danego organu podatkowego oraz informacji otrzymanych od innych organów podatkowych. Zaświadczenia nie można wydać, jeżeli: 1) brak jest interesu prawnego osoby ubiegającej się o zaświadczenie, 2) wniosek skierowano do niewłaściwego organu, 3) nie można spełnić żądania odnośnie do treści zaświadczenia lub ze względu na treść posiadanych danych i dokumentów, w tym zakaz ich ujawniania. O odmowie wydania zaświadczenia organ orzeka w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie oraz skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego (wyrok NSA z dnia 24.09.1998 r., sygn. akt: I SAB 49/98, niepubl.). Z powyższego wynika, że stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że *„jeśli takie zaświadczenie zostało wydane wynika z tego, że organ podatkowy dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi odnośnie wydania spornego zaświadczenia”* jest wiarygodne, a dodatkowo znajduje uzasadnienie w orzecznictwie NSA. *„(...) możliwość wydania zaświadczenia o określonej treści potwierdzającej fakty albo stan prawny, tudzież mieszczące się w nich niezaleganie w podatkach lub stan zaległości, determinowana jest tym, co wynika z dokumentacji (ewidencji, rejestrów) i innych danych, które są w dyspozycji organu mającego wydać zaświadczenie oraz informacji pozyskanych od innych organów podatkowych, jeśli chodzi o rozliczenia podatku. W takim stanie rzeczy obowiązkiem organu rozpatrującego wniosek o wydanie zaświadczenia jest sprawdzenie tego, co wynika z będących w jego dyspozycji materiałów w odniesieniu do przedmiotu objętego wnioskiem. Jeśli żądanie zawarte we wniosku o wydanie zaświadczenia ma potwierdzenie we wskazanych źródłach (dokumentach, danych lub informacjach), wówczas wydawane jest zaświadczenie o żądanej treści. W przeciwnym razie, organ ma obowiązek wydać zaskarżalne postanowienie o odmowie wydania zaświadczenia o żądanej treści.”* (...) *„Jest zatem wyłącznie przejawem tego, co zawarte jest w źródłach, na których bazuje organ wydający zaświadczenie. W postępowaniu o wydanie zaświadczenia organ nie jest uprawniony do dokonywania ocen prawnych w zakresie zgodności z przepisami prawa tego, co w przedmiocie objętym żądaniem wynika z materiałów na których opiera się organ, czy to co w tym materiale jest winno być właśnie takie, lecz jedynie ma obowiązek w oparciu*

o ten materiał ustalić, jak ów przedmiot się przejawia w tym materiale, jaki jest w jego świetle. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21.11.2008 r., sygn. akt: III SA/Wa 1612/08) *Możliwość natomiast prowadzenia przez organ podatkowy przed wydaniem zaświadczenia postępowania wyjaśniającego w niezbędnym zakresie sprowadza się wyłącznie do takich działań, które pozwolą na urzędowe stwierdzenie znanych faktów lub stanu prawnego. (...) Na postępowanie wyjaśniające poprzedzające wydanie zaświadczenia lub odmowę jego wydania składają się czynności materialno-techniczne. W ramach takiego postępowania organ bada, jakiego rodzaju źródło może zawierać żądane dane, a także czy dane te dotyczą stanu faktycznego bądź stanu prawnego, którego poświadczenia żąda wnioskodawca. (...)* (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23.03.2006 r., sygn. akt: I SA/Wa 1356/04).

Reasumując Izba uznała, że skoro zaświadczenie określonej treści zostało wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa – Mokotów należy uznać, że organ podatkowy dysponował określonym zasobem informacji na podstawie, których można było stwierdzić określone zaległości podatkowe lub ich brak. Dokonał wiążącej interpretacji danych będących w jego dyspozycji pod kątem złożonego wniosku. W tym zakresie Izba wskazuje także, że podatki są opłacane do 20 – tego dnia miesiąca następnego, zaś VAT do 25 – tego dnia miesiąca następnego, co wyjaśnia wskazany na uzupełnionym zaświadczeniu stan na 26.06.2009 r. Stanowisko Zamawiającego, że dokumentacja znajdująca się w dyspozycji organu podatkowego dotyczy określonego okresu co pozwala ustalić określony stan na dany dzień, skład orzekający Izby uznał za potwierdzone. W przeciwnym bowiem wypadku, jak zasadnie wskazał Zamawiający zaświadczenie nie przewidywałby określenia „wg stanu na dzień”, a wystarczyłaby data wystawienia.

Izba wydając niniejszy wyrok i dokonując analizy spornego zagadnienia wzięła pod uwagę orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 610/09; wyroku z dnia 15.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1249/09; wyrok z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1432/09 oraz wyrok z dnia 09.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1505/09).

Z całokształtu okoliczności, jak i po analizie orzecznictwa sądów administracyjnych oraz przepisów podatkowych wynika, że na wniosek wnioskodawcy możliwe jest uzyskanie zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawionego po terminie składania ofert zaświadczone stan na dzień przed jego upływem pod warunkiem, że organ podatkowy dysponuje danymi z tego okresu. Z niniejszego wynika, że powyższe czyni zadość dyspozycji wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*