

Sygn. akt: KIO 899/18

## WYROK

z dnia 22 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę – **ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstw Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zadanie VI.1.6 - Inżynier dla „Zadania 1.1.18 Budowa kanalizacji ściekowej w ul. Kobiałka”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 maja 2018 roku wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, obejmujących:

- 1] unieważnienie postępowania,
- 2] badanie i ocenę oferty odwołującego,
- 3] bezpodstawne wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Powyższym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy w postępowaniu odwołujący złożył ważną ofertę i nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. oraz w zw. z art. 239a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2017 r. poz. 201 ze zm.; zwanej dalej: „Ordynacją podatkową”), poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący naruszył obowiązki dot. płatności podatków, podczas, gdy odwołujący nie naruszył żadnego z obowiązków, a tym samym nie podlega wykluczeniu i jego oferta nie podlega odrzuceniu,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący podał nieprawdziwe informacje w dokumencie JEDZ w zakresie oświadczenia, że nie zalega z płacaniem podatków, podczas gdy wszystkie informacje zawarte w JEDZ odpowiadają faktycznemu stanowi rzeczy, a w szczególności odwołujący nie naruszył żadnego obowiązku związanego z płatnością podatków, opłat itp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie odwołującego szkody w przypadku utrzymania decyzji zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez zamawiającego badania i oceny ofert, odwołujący nie zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie zostałaby odrzucona. Mając na uwadze, że w świetle określonych kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, uznać należy, że odwołujący niewątpliwie posiada interes w złożeniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 27.04.2018r. zamawiający, drogą mailową, poinformował, że wyklucza go z udziału w postępowaniu i odrzuca jego ofertę. Jednocześnie, odrębnym pismem w tej samej dacie, zamawiający poinformował odwołującego, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że wobec odwołującego zaistniała przesłanka do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, ponieważ z treści złożonego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego wynika, że odwołujący posiada zaległości podatkowe w kwocie 300.893,00 zł, co w ocenie zamawiającego stanowi o wypełnieniu przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał również w decyzji, że wziął pod uwagę - przy ocenie oferty - zaświadczenie z urzędu skarbowego z dnia 16.04.2018r., ale w jego ocenie zaświadczenie to potwierdza fakt, iż istnieje zaległość podatkowa, a jedynie decyzja w tej sprawie nie jest ostateczna, a tym samym nie ma to wpływu na ocenę zasadności wykluczenia.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że w postępowaniu ziściła się druga przesłanka do wykluczenia odwołującego, gdyż w dokumencie JEDZ odwołujący podał nieprawdziwe informacje w zakresie płatności podatków, zaznaczając w odpowiedniej rubryce, że wywiązał się ze wszystkich obowiązków dot. płatności podatków, podczas gdy z treści przedłożonego zaświadczenia od naczelnika urzędu skarbowego wynika, że odwołujący posiada zaległość podatkową.

W konsekwencji, zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że w postępowaniu nie było żadnych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Z decyzjami zamawiającego odwołujący się nie zgodził.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania złożył zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z płatnością podatków. Z treści zaświadczenia wynikało, że według stanu na dzień 08.01.2018r. zaległość podatkowa wynosiła 300.893 zł, ale

jednocześnie w zaświadczeniu wskazano, że na dzień 08.01.2018r. jest to zaległość niewymagalna - decyzja nieostateczna.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 239a Ordynacji podatkowej, decyzja nieostateczna, nakładająca na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie podlega wykonaniu, chyba że decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności. W jego ocenie, brak jest podstaw do twierdzenia, że doszło do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków. Z powyższego przepisu wynika bowiem, że do czasu ostateczności decyzji, wierzytelność nie jest wymagalna, co z kolei oznacza, że „potencjalny” dłużnik nie ma obowiązku zapłaty podatku, który w wyniku przeprowadzonego postępowania może okazać się w ogóle nienależny. Konsekwencją uregulowań Ordynacji podatkowej jest również to, że właściwy organ skarbowy nie może żądać zapłaty podatku, aż do czasu uzyskania przez decyzję statusu ostatecznej.

Odwołujący wskazał, że decyzji organu skarbowego nie nadano rygoru natychmiastowej wykonalności, postępowanie w przedmiotowej sprawie trwa, co oznacza, że nie doszło po stronie odwołującego do naruszenia jakiegokolwiek obowiązku dotyczącego płatności podatku. Zamawiający nie jest uprawniony do wyciągania negatywnych skutków wobec Odwołującego, w sytuacji gdy przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie nakładają określonych obowiązków, a wręcz stanowią o tym, że strona nie musi płacić podatku, do czasu, aż decyzja stanie się ostateczna.

Odwołujący wskazał, że dyspozycją art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., nie jest objęte naruszenie jakiegokolwiek obowiązku, ale obowiązku dot. płatności, a odwołujący nie był i nie jest obecnie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek należności podatkowej.

Odwołujący wskazał również, że – wbrew twierdzeniom zamawiającego – z treści zaświadczenia US z dnia 16.04.2018r., płynie odmienny wniosek, niż wskazuje na to zamawiający w swojej decyzji o wykluczeniu. Wskazać bowiem należy, że Urząd Skarbowy wprost wskazał w tym zaświadczeniu, że odwołujący nie naruszył żadnych obowiązków dotyczących płatności podatków, ponieważ decyzja nie ma charakteru ostatecznego i stwierdzone w decyzji z dnia 11.12.2017r. zobowiązania są niewymagalne. Dopiero z chwilą wymagalności świadczenia oraz brakiem zaspokojenia wierzyciela, można mówić o tym, że dłużnik (odwołujący), naruszył obowiązki dot. płatności.

W ocenie odwołującego, konsekwencją powyższego jest uznanie, że odwołujący nie podał nieprawdziwych informacji w JEDZ w zakresie, że nie zalega z płatnością podatków. Skoro odwołujący nie ma prawnego obowiązku zapłaty podatku, co do którego toczy się spór i organ skarbowy nie ma uprawnienia do żądania zapłaty tego podatku, to oświadczenie zawarte w JEDZ jak najbardziej odpowiada prawdzie.

Zamawiający na rozprawie w dniu 21 maja 2018 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że uwzględnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) fakultatywną przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust 5 pkt 8. Jest ona zatem wiążąca dla stron. Wskazał na wyrok KIO z dn. 26/03/2018 KIO 463/18, uchwały KIO o sygn. KIO/KU/11/17 oraz sygn. KIO /KU/56/17 oraz wyrok w sprawie KIO 900/18. Podkreślił, że art. 24 ust 5 pkt 8 ustawy P.z.p. nie uzależnia wykluczenia od tego, czy decyzja jest ostateczna.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w s.i.w.z. przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. (okoliczność bezsporna).

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęła jedna oferta, złożona przez odwołującego (okoliczność bezsporna).

Do oferty odwołujący załączył dokument JEDZ, z którego wynikało, iż odwołujący wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków. Odwołujący w treści JEDZ - część III punkt B (Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne) 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?”, zaznaczył opcje „TAK”. Odwołujący nie zaznaczył, że została wobec niego wydana decyzja administracyjna o zaleganiu z uiszczeniem podatków (dokumentacja postępowania – oferta odwołującego).

Odwołujący złożył „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości” z dnia 8 stycznia 2018 roku, wydane przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego, z którego treści wynikało, że według stanu na dzień 08 stycznia 2018r. zaległość podatkowa z tytułu CIT – podatek dochodowy od osób prawnych wynosiła 300.893 zł. W zaświadczeniu wskazano, że na dzień 08 stycznia 2018 r. jest to zaległość niewymagalna - decyzja nieostateczna. (dokumentacja postępowania – zaświadczenie z dnia 8 stycznia 2018 roku).

Odwołujący złożył zaświadczenie z 16 kwietnia 2018 roku Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie, z którego wynika, dla odwołującego została wydana przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie decyzja z dnia 11.12.2017r. Nr.1471-PP-1.4210.29.2016.KZ określająca zobowiązanie w podatku dochodowym od osób prawnych za 2013 r., w wysokości 300 893,00 PLN. W oparciu o art. 239a ustawy z dnia 29 sierpnia 19971 - Ordynacja podatkowa

(tj. Dz.U z 201 7r. poz.201 ze zm.) decyzja nieostateczna nakładająca na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym nie podlega wykonaniu. Spółka zgodnie z art. 24 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych tym samym nie naruszyła obowiązku dotyczącego płatności podatków w związku z brakiem wydanej decyzji ostatecznej w toczącej się sprawie oraz z powodu braku wymagalności wykazanej zaległości podatkowej w zaświadczeniu o niezaleganiu z dnia 08.01.2018r. (dokumentacja postępowania – zaświadczenie z dnia 16.04.2018 r.).

W dniu 27.04.2018r. zamawiający drogą mailową poinformował odwołującego, że wyklucza go z udziału w postępowaniu i odrzuca jego ofertę. Jednocześnie, odrębnym pismem w tej samej dacie, zamawiający poinformował odwołującego, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. (dokumentacja postępowania – pismo z dnia 27.04.2018 r.).

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że wobec odwołującego zaistniała przesłanka do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, ponieważ z treści złożonego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego wynika, że odwołujący posiada zaległości podatkowe w kwocie 300.893,00 zł, co stanowi o wypełnieniu przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że przy ocenie oferty wziął pod uwagę zaświadczenie z urzędu skarbowego z dnia 16.04.2018r., ale w jego ocenie zaświadczenie to potwierdza fakt, iż istnieje zaległość podatkowa, a jedynie decyzja w tej sprawie nie jest ostateczna, a tym samym nie ma to wpływu na ocenę zasadności wykluczenia.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że w postępowaniu ziściła się druga przesłanka do wykluczenia odwołującego, gdyż w dokumencie JEDZ odwołujący podał nieprawdziwe informacje w zakresie płatności podatków, zaznaczając w odpowiedniej rubryce, że wywiązał się ze wszystkich obowiązków dot. płatności podatków, podczas gdy z treści przedłożonego zaświadczenia od naczelnika urzędu skarbowego wynika, że odwołujący posiada zaległość podatkową.

W konsekwencji, zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że w postępowaniu nie było żadnych ofert niepodlegających odrzuceniu. (dokumentacja postępowania – pismo z dnia 27.04.2018 r.).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, czym uzewnętrzniał wolę zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Ewentualna zasadność podniesionych zarzutów mogłaby spowodować szkodę po stronie odwołującego wynikającą z braku możliwości udzielenia mu zamówienia.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia:

1) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy w postępowaniu odwołujący złożył ważną ofertę i nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz

2) art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. oraz w zw. z art. 239a Ordynacji podatkowej, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący naruszył obowiązki dot. płatności podatków, podczas gdy odwołujący nie naruszył żadnego z obowiązków, a tym samym nie podlega wykluczeniu i jego oferta nie podlega odrzuceniu,

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania 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.

Możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. uzależniona jest od wskazania tej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy P.z.p.). W rozpoznawanym przypadku przesłanka ta została spełniona.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. jest zatem przesłanką fakultatywną wykluczenia, lecz charakter tej fakultatywności wynika z tego, iż zamawiający może, lecz nie musi wskazywać tej przesłanki w s.i.w.z. Niemniej jednak, w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się na jej wskazanie, w sytuacji jej zaistnienia jest już obowiązany do jej zastosowania i wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści.

Dyspozycja art. 24 ust. 5 pkt 8 wskazuje na wykluczenie z postępowania wykonawcy, który naruszył swoje obowiązki w zakresie płatności podatków, co zamawiający jest w stanie wykazać stosownymi środkami dowodowymi. Podkreślenia wymaga, iż chodzi takie naruszenie obowiązków w zakresie płatności, które nie zostało stwierdzone prawomocnym



wyrokiem sądu ani też ostateczną decyzją administracyjną o zaleganiu z płatnością podatku. W sytuacji, gdy wobec wykonawcy wydaną taką decyzję administracyjną lub wyrok sądu, zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy P.z.p. i jest to przesłanka obligatoryjna, wynikająca wprost z ustawy P.z.p., a jej zastosowanie nie wymaga uprzedniego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub zaproszeniu do negocjacji.

Z powyższego wynika, iż zamawiający uprawniony jest do ograniczenia wzięcia udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy posiadają zaległości w zakresie podatków, niepotwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Uprawnienie to, mimo że dolegliwe dla wykonawców, jest uprawnieniem legalnym, wynikającym nie tylko z ustawy P.z.p., ale również z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, która w art. 57 ust. 2 stanowi, iż z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa członkowskiego instytucji zamawiającej. Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

Wskazać należy, że odwołujący nie powołał się na żadne okoliczności wyłączające zastosowanie wobec niego przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., wskazane w tym przepisie, tj. dokonanie płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do odstąpienia od zastosowania wskazanego przepisu wobec odwołującego.

Izba przeprowadziła dowód z zaświadczeń złożonych przez odwołującego zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu odwoławczym: „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan

zaległości” z dnia 8 stycznia 2018 roku, wydane przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego, zaświadczenie z 16 kwietnia 2018 roku Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie oraz zaświadczenie z dnia 26 kwietnia 2018 roku Ministerstwa Finansów. W pierwszym ze wskazanych dokumentów stwierdzono, iż odwołujący posiada zaległość podatkową w kwocie 300 893 zł 00 gr i że jest to zaległość niewymagalna – decyzja nieostateczna. W pozostałych dokumentach – oprócz powyższego – stwierdzono również, że odwołujący, zgodnie z art. 24 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym nie naruszył obowiązku dotyczącego płatności podatków w związku z brakiem wydanej decyzji ostatecznej w toczącej się sprawie oraz z powodu braku wymagalności wykazanej zaległości podatkowej w zaświadczeniu o niezaleganiu z dnia 08.01.2018r.

Izba skonstatowała, że zarówno argumentacja odwołującego, jak i stanowisko organu skarbowego i Ministerstwa Finansów, pozostają w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. i nawiązują do obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy P.z.p. Ponownie podkreślić należy, że dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. nie jest konieczne istnienie ostatecznej decyzji administracyjnej stwierdzającej istnienie zaległości podatkowej. Wystarczy, że wykonawca naruszy obowiązki w zakresie płatności podatku, a za takie naruszenie należy uznać istniejącą zaległość, która wynika z niezapłacenia podatku w określonym w przepisach prawnych terminie płatności.

Analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia 21 maja 2018 roku, sygn. akt KIO 900/18, wyroku z dnia 26 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 463/18 oraz uchwale z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO/KU 11/17.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący podał nieprawdziwe informacje w dokumencie JEDZ w zakresie oświadczenia, że nie zalega z płaceniem podatków, podczas gdy wszystkie informacje zawarte w JEDZ odpowiadają faktycznemu stanowi rzeczy, a w szczególności odwołujący nie naruszył żadnego obowiązku związanego z płatnością podatków, opłat itp.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie istnienia decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, dopuścił się co najmniej zamierzonego działania. Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.

Odwołujący w treści JEDZ - część III punkt B (Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne) 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?”, zaznaczył opcje „TAK”, co było niezgodne z prawdą. Odwołujący zaznaczył tę odpowiedź mimo jasnej treści formularza oraz instrukcji jego wypełnienia.

Zwrócić należy uwagę, iż treść formularza wyraźnie wskazuje, iż należy tam wskazać wszystkie zobowiązania podatkowe, ustalone na podstawie choćby decyzji nieostatecznej. W formularzu należy bowiem zaznaczyć w jakiej formie ustalone zostało zobowiązanie i czy w razie wydania decyzja jest ona ostateczna i wiążąca.

Pomimo tego odwołujący świadomie zaznaczył opcję wskazującą na brak jakichkolwiek zobowiązań mimo, iż z zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego wynikało, iż na dzień składania ofert istnieje zobowiązanie podatkowe ustalone na podstawie decyzji z dnia 11.12.2017 roku.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący w wyniku co najmniej zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, zatem zamawiający zasadnie wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....