**Sygn. akt: KIO 1177/25**

**WYROK**

Warszawa, dnia 18 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2025 r. przez wykonawcę **COCA-COLA HBC Polska sp. z o. o., ul. Żwirki i Wigury 16 02-092 Warszawa.**

w postępowaniu prowadzonym przez: **PL.2012+ sp. z o.o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**,

**orzeka:**

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:……
……
……

**Sygn. akt: KIO 1177/25**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – PL.2012+ sp. z o.o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywna dostawa napojów na PGE Narodowy w Warszawie", numer referencyjny: WZ/V/7/2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.02.2025 r., nr 34/2025 107911-2025.

W dniu 28.03.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy COCA-COLA HBC Polska sp. z o. o., ul. Żwirki i Wigury 16, 02-092 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty z uwagi na rzekome zaległości w płatności podatków w kwocie 57.509.010,00 zł, podczas gdy Odwołujący nie naruszył jakichkolwiek obowiązków w płatności podatków, w związku z czym Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu,

2)ewentualnie - art. 16 pkt 3 w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odstąpienia od wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty z uwagi na rzekome zaległości w płatności podatków w kwocie 57.509.010,00 zł, w sytuacji w której wykluczenie Odwołującego ma charakter nieproporcjonalny do skali rzekomego naruszenia i potencjału Odwołującego do usunięcia tych naruszeń w razie uzyskania ostatecznych decyzji stwierdzających istnienie zaległości podatkowych,

3)art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Odwołujący zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i nie przekracza środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 16.04.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.**

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa napojów, kubków do napojów 0,5l z logo producenta oraz nosidełek na 2 napoje pasujące do kubka 0,5l na teren PGE Narodowego w Warszawie.

W pkt 12.3.b) części III specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia wykonawcy m.in. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 1.996.266,90 zł brutto. W postępowaniu złożono 2 oferty z cenami: 1.786.526,00 zł brutto (oferta Odwołującego) i 2.138.547.60 zł brutto.

Odwołujący złożył m.in. JEDZ, w którym na pytanie: *„Czy wykonawca dopuścił się naruszenia swoich obowiązków dotyczących płatności podatków, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby*?" odpowiedział: NIE.

Ponadto Odwołujący złożył zaświadczenie z urzędu skarbowego, w którym wpisano, że wg stanu na dzień 20.01.2025 r. ujawniono zaległości podatkowe wynoszące ogółem 57.509.010,00 zł z tytułu CIT za lata 2016-2018.

W dniu 17.03.2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego *„do udzielenia informacji w poniżej wskazanym zakresie:*

*1)czy Wykonawca przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami;*

*2)czy Wykonawca zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności.*

*Jeżeli Wykonawca nie wykaże, że dokonał „samooczyszczenia" w powyżej wskazanym zakresie, Zamawiający działając na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie zobowiązany do wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia oferty*".

W dniu 19.03.2025 r. Odwołujący odpowiedział:

*„Informujemy, że wydane przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie zaświadczenia stwierdzające stan zaległości nie wprowadzają rozróżnienia między podatkiem należnym (wymagalnym) a nienależnym – będącym przedmiotem toczącego się sporu między podatnikiem i organem podatkowym, gdzie nie wydano jeszcze decyzji ostatecznych. Organ podatkowy mając jednak wiedzę o wydaniu decyzji nieostatecznych ujawnia w zaświadczeniu kwoty z nich wynikające.*

*Zaległość podatkowa w rozumieniu przepisów o wydawaniu zaświadczeń o niezaleganiu jest więc czymś innym niż „należny podatek" w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Spółka wskazuje, że kwota 57 509 010 zł wykazana w zaświadczeniu stwierdzającym stan rzekomych zaległości, wydanym przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie, dotyczy tej drugiej sytuacji, czyli prowadzonych obecnie sporów z organami podatkowymi w zakresie zryczałtowanego podatku dochodowego od osób prawnych (tak zwany podatek u źródła).*

*Wykonawca wyjaśnia, że wobec Spółki w ostatnich latach prowadzone były kontrole celno-skarbowe, dotyczące wywiązywania się z obowiązków płatnika w zakresie poboru zryczałtowanego podatku od przychodów osiąganych przez nierezydentów z tytułu wypłaconych w latach 2016-2018 dywidend na rzecz udziałowca Spółki. Wypłaty te zostały wykazane przez Spółkę jako zwolnione z opodatkowania na gruncie obowiązujących przepisów. Organy podatkowe (Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego w Opolu) nie zgadzając się z kwalifikacją dokonaną przez Spółkę wydały decyzje określające podatek w sumie na kwotę 57 509 010 zł.*

*Spółka stoi na stanowisku, że była uprawniona do zastosowania zwolnienia z poboru podatku u źródła od wypłacanych dywidend w powyższym zakresie i posiada dokumentację potwierdzającą takie stanowisko. Tym samym Spółka złożyła odwołania od powyższych decyzji. W związku ze złożonymi odwołaniami decyzje Naczelnika Opolskiego Urzędu Celno-Skarbowego są nieostateczne i nie podlegają wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, o czym stanowi art. 239a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2025 r., poz. 111). W konsekwencji, w momencie wydania wspomnianych decyzji po stronie Spółki nie powstał podatek do zapłaty. Zgodnie bowiem z 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."*

*Decyzjom wydanym przez organ pierwszej instancji nie nadano rygoru natychmiastowej wykonalności. W momencie składania niniejszego pisma, nie zostały wydane decyzje organu odwoławczego w przedmiotowych sprawach. Sprawy są jeszcze w trakcie weryfikacji przez ten organ podatkowy i tym samym także w obecnej chwili Spółka nie jest obowiązana do zapłaty podatku.*

*Spółka podkreśla, że prowadzi swoje rozliczenia podatkowe w sposób rzetelny, stosując przy tym zasady należytej staranności, a także ostrożności. Zatem, jeżeli wydane decyzje organów odwoławczych utrzymają stanowisko wynikające z wydanych wcześniej decyzji Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego w Opolu, Spółka niezwłocznie ureguluje wskazany przez organy podatkowe podatek. Informujemy, że na taką okoliczność Wykonawca ma zabezpieczone środki finansowe, które pokryją powyższe kwoty w całości. (…)"*

W dniu 25.03.2025 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, ponieważ w odpowiedzi na

wezwanie Odwołujący nie wykazał, że dokonał „samooczyszczenia" w zakresie wskazanym w wezwaniu.

Zamawiający poinformował też o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp, ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert 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.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 22 ust. 1, 4 i 4a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 278 ze zm.):

1. Podatek dochodowy od określonych w art. 7b ust. 1 pkt 1 przychodów z dywidend oraz innych przychodów (dochodów) z tytułu udziału w zyskach osób prawnych mających siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej ustala się w wysokości 19% uzyskanego przychodu (dochodu).

4. Zwalnia się od podatku dochodowego przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych, o których mowa w art. 7b ust. 1 pkt 1 lit. a, f oraz j, z wyjątkiem dochodów uzyskiwanych przez komplementariusza z tytułu udziału w zyskach spółki, o której mowa w art. 1 ust. 3 pkt 1, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) wypłacającym dywidendę oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka mająca siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

2) uzyskującym dochody (przychody) z dywidend oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych, o których mowa w pkt 1, jest spółka podlegająca w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania;

3) spółka, o której mowa w pkt 2, posiada bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki, o której mowa w pkt 1;

4) spółka, o której mowa w pkt 2, nie korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na źródło ich osiągania.

4a. Zwolnienie, o którym mowa w ust. 4, ma zastosowanie w przypadku, kiedy spółka uzyskująca dochody (przychody) z dywidend oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych mających siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej posiada udziały (akcje) w spółce wypłacającej te należności w wysokości, o której mowa w ust. 4 pkt 3, nieprzerwanie przez okres dwóch lat.

W niniejszej sprawie kwestionując zasadność odrzucenia swojej oferty Odwołujący wskazuje na przysługujące mu uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia z podatku od dywidendy oraz na trwający proces odwoławczy od trzech decyzji Opolskiego Urzędu Celno-Skarbowego w Opolu określających wysokość należności z tytułu niepobranego zryczałtowanego podatku dochodowego od osób prawnych od dywidendy za lata 2016-2018.

W pierwszej kolejności należy zatem zauważyć, że zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać: zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Tym samym ustawodawca wskazał dokument, na podstawie którego zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - dokumentem tym jest przede wszystkim ww. zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, a w razie stwierdzenia zaległości - dokumenty potwierdzające uiszczenie podatków wraz z odsetkami przed upływem terminu składania ofert lub wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Oznacza to, że nie jest rolą zamawiającego samodzielne badanie, czy wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków (zamawiający nie jest organem uprawnionym w tym zakresie), a jedynie – czy wykonawca przedłożył zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem i czy w zaświadczeniu tym potwierdzono, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat. Jeżeli w zaświadczeniu stwierdzono, że wykonawca zalega z opłacaniem podatków zamawiający bada także, czy wykonawca przed upływem terminu składania ofert uiścił należne podatki wraz z odsetkami lub czy zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W niniejszym postępowaniu w celu wypełnienia obowiązków wynikających z ww. przepisów Zamawiający wymagał złożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, dokonał jego analizy, a po stwierdzeniu, że widnieje w nim informacja o zaległościach podatkowych na kwotę ponad 57 mln zł zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, czy zachodzą okoliczności wyłączające konieczność jego wykluczenia, tj. czy przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub czy zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności. W odpowiedzi Odwołujący nie potwierdził ani uiszczenia podatków uznanych w zaświadczeniu za zaległe ani zawarcia wiążącego w tej sprawie porozumienia, natomiast przedstawił stanowisko, zgodnie z którym wskazany w zaświadczeniu podatek może stać się należny dopiero „*w przypadku ostateczności decyzji organu pierwszej instancji – co nie zostało spełnione, w związku ze złożeniem przez Spółkę skutecznych odwołań*". Tym samym udzielając wyjaśnień Odwołujący nie potwierdził ziszczenia się żadnej z okoliczności, której zaistnienie zwalniałoby Zamawiającego z obowiązku wykluczenia go z postępowania z uwagi na stwierdzoną w zaświadczeniu naczelnika urzędu skarbowego zaległość podatkową. Natomiast samodzielne ustalanie, czy organ podatkowy zasadnie stwierdził tę zaległość podatkową, jak już wyżej wskazano, wykracza poza obowiązki Zamawiającego.

Należy ponadto zwrócić uwagę na różnice między art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowiącym obligatoryjną przesłankę wykluczenia a art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiącym przesłankę fakultatywną. W obu tych przepisach okolicznością wyłączającą obowiązek wykluczenia wykonawcy jest uiszczenie podatku wraz z odsetkami przed upływem terminu składania ofert lub zawarcie w tej sprawie wiążącego porozumienia. Natomiast różnią się one tym, że pierwszy z nich przewiduje wykluczenie wykonawcy z postępowania, gdy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, podczas gdy drugi przewiduje wykluczenie wykonawcy, gdy po prostu naruszył on obowiązki dotyczące płatności podatków, przy czym ustawodawca wprost dodał: „z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3". Zatem dla wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wydanie prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej, podczas gdy wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp następuje bez takiej ostatecznej decyzji administracyjnej lub wyroku sądu, wyłącznie w oparciu o treść zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Z powyższego wynika, że nie są zasadne argumenty Odwołującego odnoszące się do faktu, że decyzje administracyjne stwierdzające jego zaległość podatkową nie są ostateczne z uwagi na trwający proces odwoławczy. Okoliczność ta nie ma znaczenia w świetle art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż przepis ten (w odróżnieniu od art. 108 ust. 1 pkt 3) znajduje zastosowanie właśnie wtedy, gdy nie został wydany ostateczny wyrok sądu ani ostateczna decyzja administracyjna. Tym samym ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (podobnie jak ustawodawca unijny w art. 57 ust. 2 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE) przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu zaległości podatkowych, których zasadność i należność nie jest jeszcze przesądzona, aczkolwiek zastosowanie tak ukształtowanej przesłanki wykluczenia pozostawił do decyzji zamawiającego czyniąc ją jedynie fakultatywną. Skoro jednak Zamawiający zastosowanie tej przesłanki przewidział i właśnie na jej podstawie wykluczył Odwołującego z postępowania, to nie można twierdzić, że czynność wykluczenia została dokonana wadliwie z powodu braku ostateczności decyzji określających wymiar podatków, bo okoliczność ta miałaby znaczenie w przypadku zastosowania art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale nie ma żadnego znaczenia w przypadku zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy

Pzp.

Przechodząc do kwestii nieproporcjonalności wykluczenia Odwołującego z postępowania, należy zwrócić uwagę, że aby stwierdzić taką nieproporcjonalność w świetle art. 109 ust. 3 ustawy Pzp musiałaby być ona oczywista, przy czym oczywistość ta musiałaby wynikać albo z niewielkiej kwoty zaległych podatków albo z innych okoliczności. Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi oczywista nieproporcjonalność, zwłaszcza kwota zaległości wskazana w zaświadczeniu naczelnika urzędu skarbowego nie jest niewielka. Bez względu bowiem na przychody Odwołującego i związaną z tym jego własną ocenę pojęcia „niewielka kwota", obiektywnie zaległości rzędu kilkudziesięciu milionów złotych (ponad 57 mln zł) nie mogą być uznane za niewielkie. Ponadto w sprawie nie zachodzą żadne inne okoliczności, które świadczyłyby o oczywistej nieproporcjonalności czynności wykluczenia Odwołującego. W szczególności nie dowodzi tego fakt, że dzięki bardzo dobrej sytuacji finansowej nawet w razie zapadnięcia niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia w procesie odwoławczym i konieczności zapłaty ww. podatków, Odwołujący będzie w stanie zrealizować niniejsze zamówienie. Należy bowiem zauważyć, że przesłanka sytuacji ekonomicznej lub finansowej wystarczającej do wykonania zamówienia dotyczy wykonawcy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czyli wykonawcy, w stosunku do którego m.in. otwarto likwidację lub ogłoszono upadłość. Tym samym przesłanka ta nie dotyczy Odwołującego, co oznacza, że jego sytuacja ekonomiczna i finansowa nie może być podstawą przyjęcia, że wykluczenie go z postępowania było nieproporcjonalne. Jak wskazano już wyżej, Izba nie stwierdziła istnienia okoliczności świadczących o oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Odwołującego.

Jednocześnie Izba nie rozpoznała podniesionych dopiero na rozprawie zarzutów dotyczących przedawnienia zaległości stwierdzonych przez organ podatkowy i skierowania decyzji w tej sprawie do płatnika zamiast do podatnika. Pomijając to, że zwłaszcza kwestia przedawnienia nie jest w tej sprawie oczywista z uwagi na działania podjęte przez organ podatkowy opisane na str. 5 opinii złożonej przez Odwołującego na rozprawie, przede wszystkim należy podkreślić, że zarzuty te nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu, a zakres zarzutu jest określony okolicznościami prawnymi i faktycznymi przedstawionymi w tym odwołaniu. Skoro zatem okoliczności dotyczące przedawnienia i adresata decyzji nie były zawarte w odwołaniu, to stanowią one obecnie nowe zarzuty, których Izba nie może rozpoznać w świetle art. 555 ustawy Pzp.

Odnosząc się dalej do ww. opinii kancelarii podatkowej złożonej przez Odwołującego jako dowód należy w pierwszej kolejności zauważyć, że jest to opinia prywatna i dotyczy kwestii natury prawnej, a nie okoliczności wymagających wiedzy specjalnej. Opinia częściowo zawiera też wątki nieporuszone w odwołaniu (np. ww. kwestia przedawnienia, właściwego adresata decyzji czy nieprowadzenia przez holenderskiego udziałowca rzeczywistej działalności i nadrzędnego wobec niego podmiotu w Szwajcarii), co z uwagi na treść art. 555 ustawy skutkuje ich pominięciem przez Izbę. Przede wszystkim jednak opinia ta w znaczącym stopniu powiela argumentację przedstawioną w odwołaniu, łącznie z zapewnianiem, że sytuacja finansowa Odwołującego pozwala na realizację przez niego zamówienia i że w razie negatywnego zakończenia postępowania sądowoadministracyjnego, Odwołujący jest gotowy zapłacić sporne podatki. Trudno zatem uznać, że w ogóle dowód ten ma charakter opinii i że we wskazanym wyżej zakresie wnosi cokolwiek do sprawy. Z uwagi na powyższe Izba odmówiła ww. opinii mocy dowodowej (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, stwierdzona w zaświadczeniu naczelnika urzędu skarbowego zaległość podatkowa, brak jej uiszczenia przed upływem terminu składania ofert i brak zawarcia wiążącego porozumienia w tej sprawie stanowią okoliczności, które w świetle art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skutkują koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w efekcie – odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. W ocenie Izby nie zachodzą także przesłanki uznania tego wykluczenia za oczywiście nieproporcjonalne w myśl art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający nie naruszył art. 255 pkt 3 ustawy Pzp unieważniając postępowanie.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

ając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca ...……..

…….

…….