

Sygn. akt: KIO/KD 38/18

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 31 października 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 09 i 10 października 2018 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 roku nr UZP/DKZP/WKZ3/421/26(4)/18/JB dot. KND/25/18/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Małgorzata Matecka**

**Izabela Niedziałek - Bujak**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu zgłoszone 09 i 10 października 2018 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 roku nr UZP/DKZP/WKZ3/421/26(4)/18/JB dot. KND/25/18/DKZP **nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Zamawiający — 4 Regionalna Baza Logistyczna przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną i stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) w związku z § 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126, dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALLGAST R.J. (dalej: „wykonawca ALLGAST”) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
- 2) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ramach przeprowadzania czynności weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie części 1 przedmiotowego zamówienia, wezwał pismem z dnia 17 maja 2017 r. (znak pisma: ZP/516/17) wykonawcę ALLGAST do złożenia w terminie do dnia 30 maja 2017 r. oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymienionych w rozdziale 6 SIWZ, w ust. 6.3, w pkt od 6.3.1 do 6.3.11 zgodnie z pkt B: Poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do podmiotu trzeciego. Zgodnie z treścią wezwania:

Na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa także jednolite dokumenty (JEDZ) dotyczące tych podmiotów.

Wykonawca polegający na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, składa na wezwanie Zamawiającego, (w terminie nie krótszym niż 10 dni) aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia (wymienione w pkt 6.3 SIWZ), również dla tych podmiotów tj.:

1. Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
2. Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
3. Oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo — w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji — dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma);
4. Oświadczenie Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma);
5. Odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;
6. Informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym w pkt 5.2.2 oraz 5.2.3 SIWZ, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp;
7. Oświadczenie Wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym w pkt 5.2.2 oraz 5.2.3 SIWZ, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy

Pzp (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma);

8. Oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym w pkt 5.2.4 SIWZ, na podstawie art. 24 ust 5 pkt 7 ustawy Pzp (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma);

9. Zaświadczenie 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 spłat 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;

10. Zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat 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;

11. Oświadczenie Wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma);

Wykonawcy mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy dokument wskazany w pkt 6.3.1-6.32 SIWZ, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby (dokument powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, wykonawca ALLGAST przekazał Zamawiającemu dokumenty, wśród których znajdował się dokument pn. Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, datowany na dzień 22 maja 2017 r., stanowiący tłumaczenie oryginalnego dokumentu sporządzonego w języku angielskim. W treści tego dokumentu wskazano:

Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych (numer sprawy MAT/2/2017) dla części 1 — menażka wojskowa ze stali nierdzewnej, prowadzonego przez 4 Regionalną Bazę Logistyczną oświadczam co następuje:

1. Nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję, prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
2. Nie orzeczono wobec wykonawcy, którego reprezentuję, tytułem środka zapobiegawczego, zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne;
3. Nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję, prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w Chińskiej Republice Ludowej w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w Polsce;
4. Nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję, ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, praw ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w Chińskiej Republice Ludowej w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp w Polsce;
5. Wykonawca, którego reprezentuję nie zalega z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, w Chińskiej Republice Ludowej;
6. Wykonawca, którego reprezentuję nie zalega z opłacaniem podatków i opłat ZUS w Chińskiej Republice Ludowej.

Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższym oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

Ponadto, w treści ww. dokumentu zamieszczono informację: Dokument podpisany w obecności Stowarzyszenia Producentów Produktów Metalowych z prowincji Guangdong.

Wykonawca ALLGAST przekazał także Zamawiającemu dokument pn. Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania datowany na dzień 25 maja 2017 r., stanowiący tłumaczenie oryginalnego dokumentu sporządzonego w języku angielskim (oryginalny dokument datowany jest na dzień 23 maja 2017 r., tym samym datę 25 maja 2017 r. uznać należy za błąd tłumaczenia, w dalszej części stosowana będzie data 23 maja 2017 r.). W treści tego dokumentu wskazano:

Nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję, prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w Chińskiej Republice Ludowej w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w Polsce. Brak możliwości uzyskania zapisu karnego. Brak procedur oraz możliwości wystawienia zaświadczenia w przypadku braku dokumentów karnych.

W treści ww. dokumentu zamieszczono informację: Dokument podpisany w obecności Stowarzyszenia Producentów Produktów Metalowych z prowincji Guangdong.

Oba powyższe dokumenty zostały podpisane przez Fang Gengdang, który w przekazanym Zamawiającemu przez wykonawcę ALLGAST dokumencie pn. Licencja firmy prawnej osoby prawnej określony został jako przedstawiciel prawny podmiotu Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd.

W zakresie drugiego zarzutu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający po zawarciu umowy w zakresie części 1 postępowania, co nastąpiło w dniu 17 lipca 2017 r., przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (nr 2017/S 162-334081) Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2017 r., tj. po upływie 38 dni od dnia zawarcia umowy. W zakresie części 2 postępowania, Zamawiający po zawarciu umowy, co nastąpiło w dniu 12 czerwca 2017 r., przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (nr 2017/S 140287507) Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2017 r., tj. po upływie 39 dni od dnia zawarcia umowy.

Dokonując oceny przedstawionych powyżej okoliczności Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 r. stwierdził, iż Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów a w konsekwencji — art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp; jak również art. 95 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 1), Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Ponadto zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9. Stosownie zaś do treści § 8 ust. 1 zd. 1 i 2

rozporządzenia w sprawie dokumentów, wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy dokument wskazany w § 5 pkt 1, składa dokument, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby.

Prezes UZP na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego stwierdził, że wykonawca ALLGAST miał prawo do zastąpienia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed odpowiednim organem, w związku z faktem, iż jak wynika z oświadczenia z dnia 23 maja 2017 r., przedłożonego Zamawiającemu przez wykonawcę ALLGAST, w Chińskiej Republice Ludowej nie ma możliwości uzyskania wskazanych dokumentów.

Prezes UZP podkreślił, że z treści przedmiotowych dokumentów, przede wszystkim z Oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania z dnia 22 maja 2017 r. oraz z Oświadczenia dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania z dnia 23 maja 2017 r. nie wynika w sposób dostateczny, iż względem podmiotu Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, art. 24 ust. 1 pkt 21 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes UZP ponownie zauważył, że art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wskazuje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Treść przedstawionych przez wykonawcę ALLGAST oświadczeń nie odnosi się do przesłanki, o której mowa w powyższym przepisie, brak jest przy tym jakiegokolwiek informacji o statusie członków organu zarządzającego lub nadzorczego spółki lub prokurenta, w tym w kontekście braku prawomocnego skazania osób pełniących te funkcje za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że przedmiotowe oświadczenia nie zawierają także żadnego odniesienia do przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Za niewystarczające uznano także oświadczenie przedstawione przez wykonawcę ALLGAST w zakresie braku przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 5. Przedmiotowy dokument z dnia 22 maja 2017 r. w pkt 3 zawiera co prawda stwierdzenie, iż nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję, prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w Chińskiej Republice Ludowej w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w Polsce, które to stwierdzenie zostało powtórzone w oświadczeniu z dnia 23 maja 2017 r., jednakże oświadczenie to odnosi się jedynie do podmiotu będącego osobą prawną, występującą w formie prawnej odpowiadającej w polskim systemie prawnym strukturze spółki kapitałowej, która nie może ponosić odpowiedzialności wykroczeniowej w zakresie określonym wskazaną przesłanką. Nie można zatem przyjąć, iż przedmiotowe oświadczenie daje podstawę do uznania, że względem członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta podmiotu trzeciego nie zachodziła sytuacja, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji organ kontrolujący stwierdził, że Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy ALLGAST o uzupełnienie oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powołując się jednocześnie na dyspozycję przepisu art. 22 ust. 6 ustawy Pzp, żądając w sytuacji, gdy względem podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia, bądź to zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami, bądź zobowiązania się przez wykonawcę ALLGAST do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli zostało ustalone, iż Zamawiający nie dokonał powyższej czynności, poprzestając na uznaniu przedstawionych mu dokumentów zawierających oświadczenia podmiotu Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. za wystarczające do stwierdzenia, iż względem tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, art. 24 ust. 1 pkt 21 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji, stosownie do powyższych ustaleń, Prezes Uzp uznał, że Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALLGAST do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje, co w konsekwencji prowadzi do konieczności uznania, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy, który



nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Dodatkowo, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielania zamówienia.

Powyższe, zdaniem Prezesa UZP oznacza, że Zamawiający uznając, że wykonawca ALLGAST, który uzyskał zamówienie w zakresie części 1, spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i nie podlegał wykluczeniu, naruszył przepisy art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Prezes UZP stwierdził, że naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w zakresie części 1 postępowania.

W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 2), Prezes Urzędu wskazał że zgodnie z treścią art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Prezes UZP uznał, że zaniechanie przez Zamawiającego przekazania powyższych ogłoszeń o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w ustawowym terminie stanowi naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie, zdaniem Prezesa UZP nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, w których wskazał, że zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej tezy w realiach rynku zamówień publicznych jak i udziału w nim towarów z Chińskiej Republiki Ludowej spowodują w praktyce paraliż jakichkolwiek zakupów realizowanych w oparciu o dostawy z tegoż kraju. Zdaniem Zamawiającego, twierdzenia o konieczności pozyskiwania oświadczeń podmiotu mającego swą siedzibę na terenie ChRL są o tyle abstrakcyjne, iż żaden Zamawiający na terenie RP nie ma realnej możliwości ich weryfikacji.

Zamawiający wskazał także: Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z 5 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów „§ 5 W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu Zamawiający może żądać następujących dokumentów: 5) oświadczenia Wykonawcy o braku

wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo — w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności”. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu oświadczenie składa wykonawca, w związku z tym Zamawiający nie miał podstawy prawnej do żądania oświadczenia od urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. W związku z powyższym, w mojej opinii Wykonawca złożył oświadczenie odpowiadające wymogom rozporządzenia w sprawie dokumentów. Taka forma oświadczenia jest praktykowana w każdym postępowaniu unijnym, w stosunku do Wykonawców krajowych i nigdy nie została zakwestionowana przez żadną jednostkę kontrolującą m.in. Departament Kontroli Ministerstwa Obrony Narodowej, Najwyższą Izbę Kontroli, Żandarmerię Wojskową. Zamawiający zauważył, iż w związku z powyższym, reguły wykładni systemowej zastosowane w przesłanej informacji o wyniku kontroli w niniejszej sprawie nie powinny mieć z uwagi na praktyczny wymiar powyżej wskazanego aspektu weryfikacji oświadczeń członków rad nadzorczych czy też zarządów spółek położonych na terenie ChRL zastosowania w zestawieniu z literalnym brzmieniem powyżej cytowanego przepisu. Zamawiający zwrócił się o rozważenie wniosku końcowego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej o nadanie następującego brzmienia: powyższe niedociągnięcie nie miało wpływu na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, iż Prezes Urzędu nie wskazał również przepisów prawa, które w jego ocenie zostały naruszone.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Odnosząc się do wyrażonego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zarzutu Zamawiającego dotyczącego nieprawidłowego stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający błędnie zacytował § 5 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, przytaczając treść § 5 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, która nie ma zastosowania do badania istnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z prawidłową treścią § 5 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

7) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.

Prezes Urzędu podkreślił, że rekonstrukcji dyspozycji normy stanowiącej podstawę dla Zamawiającego do wezwania wykonawcy o złożenie określonych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie braku przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z treścią § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który to przepis stanowi: w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Tym samym, o ile w zakresie wykazania przez wykonawcę braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny możliwe jest dopuszczenie posłużenia się oświadczeniem samego wykonawcy, o tyle w zakresie skazania za wykroczenie na karę aresztu, ustawodawca wymaga informacji z Krajowego Rejestru Karnego, która odnosi się do konkretnych osób wchodzących w skład określonych w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp organów lub pełniących określone tam funkcje, co, zgodnie z treścią § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, odnosi się także do dokumentów dotyczących podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby.

Uznając wyjaśnienia Zamawiającego, iż Chińska Republika Ludowa jest krajem, w którym nie wydaje się przedmiotowych dokumentów, oznacza to konieczność uzyskania oświadczeń złożonych przez poszczególne osoby wymienione w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. dla wykazania braku owej podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim dotyczy ona prawomocnego skazania za wykroczenie na karę aresztu. Z ustaleń Prezesa Urzędu w zakresie stanu faktycznego sprawy wynika natomiast, iż takie oświadczenia nie zostały złożone, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy ALLGAST do ich przedstawienia.

Prezes UZP zauważył, że naruszenie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 6 w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp nie stanowiło samodzielnego zarzutu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, a jedynie jedną z kilku przesłanek warunkujących stwierdzenie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W informacji o wyniku kontroli wskazano także na niezwyfikowanie względem podmiotu trzeciego braku przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i art. 24 ust. 1 pkt 21 w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach. Tym samym, nawet w przypadku uznania niezasadności stwierdzenia naruszenia w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego, nie miałyby to wpływu na stwierdzone naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentu braku realnej możliwości weryfikacji oświadczeń podmiotu z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający nie podjął działań zmierzających do uzyskania oświadczeń osób wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz oświadczenia wykonawcy, dotyczącego przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, jak również oświadczeń osób wymienionych w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. w zakresie, którego dotyczą ww. przepisy, przede wszystkim nie zrealizował dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy ALLGAST do złożenia przedmiotowych oświadczeń, co stanowi zasadniczy zarzut stawiany Zamawiającemu, a tym samym powoduje, iż rozważania dotyczące realnej możliwości weryfikacji takich oświadczeń są w niniejszej sprawie bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do wniosku Zamawiającego o zmianę konkluzji Prezesa Urzędu co do wpływu naruszenia na wynik postępowania, Prezes UZP stwierdził, że naruszenie przepisu art. 26 ust. 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w niniejszej sprawie miało wpływ na wynik postępowania, chociażby w związku z faktem, iż art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp obciąża obowiązkiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcę. Nieprzedstawienie oświadczeń dotyczących sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polegał skutkowało ostatecznie niewykazaniem przez wykonawcę ALLGAST spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co determinowało konieczność wykluczenia tego wykonawcy, który nie uzyskałby w takim wypadku zamówienia.

W zakresie zarzutu Zamawiającego co do nieodniesienia się przez Prezesa Urzędu do aspektu świadomości i celowości w działaniu oraz zamiaru Zamawiającego, jak również wskazania, iż na działania kierownika Zamawiającego i jego poprzednika miały wpływ czynniki zewnętrzne niezależne od podejmowanych działań, Prezes UZP podkreślił, że zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, tym samym podstawą prowadzenia kontroli Prezesa Urzędu jest wyłącznie kryterium legalności. Jednocześnie Prezes UZP uznał za bezzasadny zarzut Zamawiającego, jakoby Prezes Urzędu nie wskazał przepisów prawa, które w jego ocenie zostały naruszone, gdyż przepisy te zostały wymienione na str. 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 r.

Prezes UZP zauważył, że Zamawiający nie zakwestionował w zastrzeżeniach naruszenia, o którym mowa w pkt 2), dotyczącego naruszenia art. 95 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, że Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 września 2018 r. W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ALLGAST do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje, a w konsekwencji naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp; jak również naruszył art. 95 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Prezes UZP przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku kontroli i oceny zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych w związku z § 8 ust. 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ALLGAST R.J. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu, na którego zasoby Wykonawca się powołuje, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba podziela stanowisko, że Zamawiający zobowiązany był zażądać od Wykonawcy określonych oświadczeń i dokumentów dotyczących podmiotu, na którego zasoby powołał się Wykonawca. Obowiązek Zamawiającego żądania tych dokumentów od Wykonawcy wynika z jednoznacznego brzmienia § 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do § 9 ust. 2 rozporządzenia, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia. Oznacza to, że Wykonawca zobowiązany był przedstawić dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się w treści złożonej oferty.

Rozporządzenie określa, jakie dokumenty i w jakiej formie mają zostać złożone. Jednakże wbrew twierdzeniu Zamawiającego, rozporządzenie nie dopuszcza możliwości, aby dokumenty w zakresie wskazanym w § 5 pkt 1-9 wystawił wyłącznie sam Wykonawca.

Kontrolujący zauważył, że art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt. 13.

Treść przedstawionych przez Wykonawcę ALLGAST oświadczeń nie odnosi się do przesłanki, o której mowa w powyższym przepisie, brak jest przy tym jakiegokolwiek informacji o statusie członków organu zarządzającego lub nadzorczego spółki lub prokurenta, w tym w kontekście braku prawomocnego skazania osób pełniących te funkcje za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowe oświadczenia nie zawierają także żadnego odniesienia do przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.

wykluczenia wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Zamawiający w treści zastrzeżeń nie odniósł się do braku w tym zakresie.

Zamawiający w treści zastrzeżeń powołał się na art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy oraz § 5 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów (błędnie zacytowany) i stwierdził: „Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu oświadczenie składa wykonawca, w związku z tym Zamawiający nie miał podstawy prawnej do żądania oświadczenia od urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo - akcyjnej lub prokurenta. W związku z powyższym, w mojej opinii Wykonawca złożył oświadczenie odpowiadające wymogom rozporządzenia w sprawie dokumentów.”

Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Zamawiającego. Przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy wobec podmiotu, na którego zasobach polega Wykonawca, nie zachodzą podstawy wykluczenia, określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13-22 i ust. 5. Jednocześnie § 9 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 Rozporządzenia. Oznacza to, że w takiej sytuacji wszystkie dokumenty, wymienione w § 5 pkt. 1 – 9 Rozporządzenia, powinny odnosić się do podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji Wykonawca polega.

Jednocześnie § 7 ust. 3 Rozporządzenia stanowi, że jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 Rozporządzenia (co do zakresu dokumentów odwołującego się do § 5 Rozporządzenia), zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Treść tego właśnie przepisu wskazuje, że złożone powinny zostać także oświadczenia osób fizycznych, powiązanych z wykonawcą (członków organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-

akcyjnej lub prokurenta), które powinny dotyczyć sytuacji tych osób (skazania prawomocnym wyrokiem). Nawet jeśli w toku kontroli nie powołano tego przepisu, nie oznacza to, że nie ma on zastosowania.

W niniejszej sprawie Wykonawca ALLGAST R. J. ma siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca ten powołał się na zasoby Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. - podmiotu mającego siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej.

Art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do prawomocnego skazania urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta za wykroczenia wymienione w pkt. 5. Jednocześnie § 5 ust. 1 Rozporządzenia wymaga, w odniesieniu do skazania na karę aresztu za wykroczenia wymienione w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W niniejszej sprawie okolicznością bezsporną jest, że w Chińskiej Republice Ludowej nie jest prowadzony rejestr, będący odpowiednikiem Krajowego Rejestru Karnego, jak również nie jest przewidziane wydawanie równoważnego dokumentu, dotyczącego karalności osób przez organ sądowy lub administracyjny. Dlatego też Wykonawca ALLGAST, zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia, powinien przedstawić oświadczenia, złożone przez urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. – podmiotu, na zasoby którego Wykonawca się powołał, w przedmiocie braku skazania (lub skazania) tych osób na karę aresztu za wykroczenia wymienione w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie te powinny zostać złożone przez osoby, których dotyczyć mają oświadczenia, a w zakresie formy złożenia tych oświadczeń – zostać złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tych osób.

Tymczasem w zakresie skazania za wykroczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca ALLGAST przedstawił jedynie oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego wynika, że w stosunku do tego podmiotu - Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. - nie został wydany prawomocny wyrok skazujący za te wykroczenia. Wykonawca ALLGAST nie przedstawił natomiast oświadczeń urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd., że nie zostali oni skazani prawomocnym wyrokiem na karę aresztu za popełnienie tych wykroczeń.



Nadto Zamawiający podniósł, że: „Stwierdzenie, że złożone oświadczenia w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w Polsce, odnosi się jedynie do podmiotu będącego osobą prawną poddajemy pod wątpliwość. Zbyt daleko idącą interpretacją jest stwierdzenie, że nie można złożonych oświadczeń odnosić do skutecznego uznania, iż także dotyczą także członków organu zarządczego lub nadzorczego lub prokurenta.”

W ocenie Izby powyższe twierdzenie Zamawiającego nie jest prawidłowe. Z treści przedmiotowych oświadczeń wynika, że oświadczenia te zostały złożone przez Fang Gengdang, jako przedstawiciela prawnego podmiotu Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. Jednocześnie w treści tych oświadczeń użyto sformułowań: „nie orzeczono wobec wykonawcy, którego reprezentuję”, „nie wydano wobec wykonawcy, którego reprezentuję”. Użycie tych sformułowań jednoznacznie wskazuje, że odnoszą się one wyłącznie do podmiotu, którego reprezentował Fang Gengdang, a więc osoby prawnej działającej pod firmą Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd. Sformułowania te nie dają żadnych podstaw do twierdzenia, że oświadczenia złożone przez Fang Gengdang odnoszą się w jakikolwiek sposób do członków organów osoby prawnej działającej pod firmą Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd.

Dodatkowo Zamawiający przywołał cytata z wyroku Sądu Najwyższego z 19.11.2002 roku (IV CKN 1474/00): „Niezwykle ważne jest, by przy interpretacji oświadczeń woli stron przyjąć założenie, że ich wola była racjonalna i że strony miały na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i swoim interesem. Dalej Zamawiający wskazał, że: „W orzecznictwie przyjmuje się tzw. kombinowaną metodę wykładni oświadczeń woli.”

Także te twierdzenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim podnieść należy, że wywody Zamawiającego dotyczą wykładni oświadczeń woli. Tymczasem oświadczenia, dotyczące ewentualnego wydania wyroku skazującego wobec osoby lub podmiotu zbiorowego nie mają charakteru oświadczeń woli. Jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie, oświadczenia woli zmierzają do powstania, zmiany lub zniesienia prawa lub stosunku prawnego, mają więc charakter prawnokształtujący. Tymczasem złożenie oświadczenia o braku karalności osób nie zmierza do powstania, zmiany lub zniesienia prawa lub stosunku prawnego tym bardziej, że oświadczenie to dotyczyć powinno podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. Oświadczenie takie ma co najwyżej charakter oświadczenia wiedzy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że nawet przyjmując, że sporne oświadczenia stanowią oświadczenia woli, to wobec jednoznacznego brzmienia złożonych oświadczeń

(które odnoszą się wyłącznie do Jiangmen City Xinhui Area Xinxing Metal Product Co. Ltd.), brak byłoby podstaw do zastosowania do tych oświadczeń wykładni innej niż gramatyczna.

W treści wniesionych zastrzeżeń Zamawiający nie podniósł argumentacji w odniesieniu do stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia art. 95 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W toku kontroli stwierdzono, że Zamawiający po zawarciu umowy w zakresie części 1 postępowania, przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 38 dni od dnia zawarcia umowy, zaś w zakresie części 2 postępowania, przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 39 dni od dnia zawarcia umowy.

Zaniechanie przez Zamawiającego przekazania powyższych ogłoszeń o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w ustawowym terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym stwierdzenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zasadne. Nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....