

Poznań, dnia 14 maja 2015r.

NT.5.212.18.2015

## ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Dotyczy :

Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – „Zaprojektuj i wybuduj”- modernizacja boiska do piłki nożnej oraz wykonanie dwóch boisk do siatkówki plażowej w Młodzieżowym Ośrodku Sportowym, ul. Gdańska 1, Poznań.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ( t.j. w Dz.U. z 2013 r., poz. 907 . z późniejszymi zmianami), zwanej dalej ustawą, informuję, że wpłynęły pytania do treści siwz w w/w postępowaniu o następującej treści:

Na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r – Prawo zamówień publicznych, prosimy o odpowiedź na poniższe pytania:

Wnosimy o bezwzględne usunięcie zapisu z punktu 5.2 SIWZ:

*„Zamawiający uzna wykonawcę za niezdolnego do wykonania zamówienia z należytą starannością w sytuacji stwierdzenia, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, podczas realizacji jakiegokolwiek poprzedniej umowy, której wartość była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 40 000,00 PLN brutto, a przedmiot obejmował roboty budowlane w zakresie boisk sportowych, doszło do rozwiązania albo wypowiedzenia tej umowy albo odstąpienia od takiej umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.”*

który jest niezgodny z art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych:

*„ Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.”*

Ponadto poniżej przedkładam informację, która jest zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

~~SEKCJA WYROKÓW IIS W SPRAWIE C-465/11 PORTOSSI I ABC DIRECT CONTACT  
DŁĄCZNIKOWANIE ART. 24 UST. 1 PKŁ. 1A USTAWY PRAWO ZAMÓWIEN  
PUBLICZNYCH~~

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C – 465/11 został wydany w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jak wynika z brzmienia tegoż przepisu, przedmiotem postępowania prejudycjalnego jest wykładnia postanowień unijnego prawa pierwotnego (Traktatów) oraz ważność i wykładnia aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii Europejskiej (rozporządzeń, dyrektyw i innych aktów prawa wtórnego). W konsekwencji, należy podkreślić, że Trybunał w omawianej sprawie nie orzekał w przedmiocie zgodności polskiej ustawy – Prawo zamówień publicznych z unijnymi przepisami w dziedzinie zamówień publicznych (takie pytanie, co podkreślił sam Trybunał byłoby niedopuszczalne w tym trybie). Dokonał natomiast wykładni przepisu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, zawierając w szczególności wskazówki interpretacyjne w odniesieniu do pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”, zawartego w ww. przepisie dyrektywy.

Podkreślenia wymaga, że Trybunał podzielił w punkcie 27 wyroku stanowisko prezentowane przez rząd polski, według którego pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy. Tym samym, Trybunał nie zgodził się z argumentacją prezentowaną przez Komisję Europejską i sąd odsyłający, w myśl którego „poważne wykroczenie zawodowe” miałyby obejmować jedynie naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Co za tym idzie, w ocenie Trybunału, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można uznać za wykroczenie zawodowe. Trybunał zauważył też, że przepis art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, upoważniając zamawiającego do udowodnienia wykroczenia zawodowego wykonawcy dowolnymi środkami, nie wymaga stwierdzenia takiego uchybienia prawomocnym orzeczeniem.

Z drugiej jednak strony Trybunał uznał, że wykluczenie wykonawcy, który nie wywiązał się z wcześniejszych zobowiązań umownych, nie powinno mieć charakteru automatycznego lecz powinno być poprzedzone zindywidualizowaną oceną konkretnego przypadku celem ustalenia czy niewywiązanie się z zobowiązań umownych przez wykonawcę zamówienia publicznego jest wynikiem jego zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa. A zatem, wykluczenie wykonawcy jest dopuszczalne na podstawie art. 45 ust. 2 lit. d) o ile zamawiający jest w stanie, w oparciu o dowolne środki dowodowe, po przeprowadzeniu analizy określonego stanu faktycznego, wykazać, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, obejmującego również niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia, o ile niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia było wynikiem zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa ze strony danego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przestał obowiązywać w momencie ogłoszenia wyroku przez Trybunał. Przepis ten ma zastosowanie w dalszym ciągu, z uwzględnieniem wszakże wskazówek interpretacyjnych wynikających z wyroku Trybunału. I tak,

8

zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę z toczącego się postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w stosunku do tego wykonawcy spełnione są kumulatywnie następujące warunki:

- zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia,
- rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem danego postępowania w sprawie zamówienia publicznego,
- wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy,
- zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem umowy albo odstąpieniem od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.

Warto podkreślić, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a jest w pewnym zakresie bardziej zawężający niż interpretacja dokonana przez Trybunał - przewiduje bowiem dwa warunki, które nie wynikają z orzeczenia Trybunału:

- ograniczenie czasowe – rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej powinno nastąpić w okresie 3 lat przed wszczęciem danego postępowania o zamówienie publiczne oraz
- ograniczenie co do wartości – wartość nie zrealizowanego zamówienia powinna wynieść co najmniej 5 % umowy.

## ODPOWIEDZI

Zapis w pkt 5. 2 SIWZ to część opisu warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ustawy) - posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, uprawnienie to wynika z art 22 ust 5 ustawy. Stosowne zapisy znajdują się również w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zapis ten nie jest związany z przesłankami powodującymi wykluczenie wykonawcy z postępowania wymienionymi w art 24 ustawy, a więc i z art 24 ust. 2a, przywołanym przez Wykonawcę.

Dołączona do pytania informacja zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczy stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a, przepis ten już nie obowiązuje, został uchylony ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zmienia zapisów SIWZ w tym zakresie.

Prosimy o zwrotne potwierdzenie otrzymania wiadomości.

Z-ca Kierownika Działu  
Technicznego  
mgr Michał Czarna Gąsienica