

Warszawa, dnia 14.07.2016 r.

ODPOWIEDZI NA ZAPYTANIA WYKONAWCÓW

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na „ZAKUP ENERGII ELEKTRYCZNEJ NA POTRZEBY GRUPY ZAKUPOWEJ GMINY SKARŻYSKO-KAMIENNA”, zamówienia publicznego nr ZP.271.17.2016

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na " ZAKUP ENERGII ELEKTRYCZNEJ NA POTRZEBY GRUPY ZAKUPOWEJ GMINY SKARŻYSKO-KAMIENNA", opublikowanego w Dz.U.U.E. pod numerem Dz.U. : 2016/S 122-218196 dn. 28/06/2016 r. W odpowiedzi na zapytanie oferenta, które wpłynęło drogą elektroniczną w dniu 01.07.2015 r. Pełnomocnik Zamawiającego – Gminy Skarżysko-Kamienna, w trybie art. 38 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: DZ. U. Z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) wyjaśnia, iż:

Pytanie 1

Szanowni Państwo,

analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na „**Zakup energii elektrycznej na potrzeby grupy zakupowej Gminy Skarżysko-Kamienna**” (numer sprawy: ZP.271.17.2016) wskazuje, że Zamawiający dokonał niewłaściwej interpretacji stanu prawnego dotyczącego udzielania zamówień publicznych w Polsce obowiązującego od 18 kwietnia 2016 r. do momentu wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O ile bowiem Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE faktycznie zaczęła obowiązywać, o tyle do udzielania zamówień publicznych do czasu wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej ostatecznie uchwalonej w dniu 22 czerwca 2016 r. (która na dzień dzisiejszy nie została jeszcze podpisana przez Prezydenta), zastosowanie ma ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia prowadzonego przez Państwa postępowania o udzielenie zamówienia. Dyrektywa 2014/24/UE ma zaś zastosowanie tylko w zakresie niektórych jej przepisów, na zasadzie bezpośredniej skuteczności dyrektyw.

Bezpośrednie stosowanie przepisów Dyrektywy ma więc miejsce w takich przypadkach, gdy:

- przepisy dyrektywy są precyzyjne i bezwarunkowe,
- z norm dyrektyw wynikają prawa jednostek (wykonawców) wobec państwa (zamawiających).

W świetle przywołanych wyżej zasad, na gruncie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych od dnia 18 kwietnia 2016 r. wykonawcy mogą powoływać się w stosunkach z zamawiającymi na uprawnienia przyznane im na mocy nowej Dyrektywy. Na zamawiających ciąży zaś skorelowane z uprawnieniami wykonawców obowiązki, wynikające wprost z jej przepisów.

W świetle powyższych ustaleń za prawidłowe należy uznać postanowienie specyfikacji o akceptacji przez Państwa Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jeśli wykonawcy złożą oświadczenie na tym formularzu, a także stosowanie procedury „samooczyszczenia”, która znajduje swoje miejsce także w obowiązujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a dotyczy przesłanki wykluczenia określonej w jej przepisie art. 24 ust. 2a.

W żadnym jednak wypadku nie można uznać za prawidłowe rozszerzenia zakresu przesłanek wykluczenia w porównaniu z ich katalogiem zawartym w obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania brzmieniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada bezpośredniej skuteczności dyrektyw nie ma tutaj zastosowania, niezależnie od oceny w zakresie precyzji i bezwarunkowości przepisów Dyrektywy w tym zakresie, z uwagi na okoliczność, iż z przepisów tych nie wynikają żadne uprawnienia wykonawców wobec zamawiających. Sytuacja jest wręcz odwrotna, bowiem zakres przesłanek wykluczenia zawarty w Dyrektywie jest szerszy, niż w obowiązującym na dzień wszczęcia przez Państwa postępowania brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Bezpośrednie stosowanie przepisu art. 57 Dyrektywy generuje nie uprawnienia, a obowiązki po stronie wykonawców (m.in. w postaci konieczności dokumentowania niekaralności osób będących członkami organów nadzorczych wykonawców oraz ich prokurentów), co nie może być akceptowane w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który to organ jest twórcą zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw.

Także analiza w zakresie precyzji i bezwarunkowości przepisów (w tym przypadku pozostałoby na poziomie art. 57) Dyrektywy pokazuje, iż nie wszystkie przesłanki wykluczenia w nich wskazane posiadają ten walor.

Dodatkowo, art. 57 ust. 7 Dyrektywy uprawnia poszczególne państwa do ustalenia warunków wykonania tego artykułu, przykładowo poprzez wskazanie maksymalnego okresu wykluczenia w odniesieniu do poszczególnych przesłanek wykluczenia.

Co więcej, opracowana przez Państwa specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera także postanowienia nie mające oparcia nawet w przepisach Dyrektywy. Z taką sytuacją mamy do czynienia choćby w przypadku przesłanki wykluczenia opartej wyłącznie o prawo krajowe dotyczącej przynależności wykonawców do grupy kapitałowej. Po pierwsze należy wskazać, że sposób dokumentowania braku podlegania wykluczeniu z tego powodu został uregulowany sprzecznie z obowiązującym brzmieniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nadal obowiązującym przepisem art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych, wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Wymagana przez Państwa informacja, która miałaby być złożona w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia przez Państwa na stronie internetowej protokołu z otwarcia ofert, nie ma żadnego oparcia w obowiązujących przepisach, a jej niezłożenie nie będzie implikowało żadnych negatywnych skutków dla wykonawców. Nawiasem mówiąc, publikowanie protokołu z otwarcia ofert także nie ma oparcia w obowiązujących przepisach Prawa zamówień publicznych, przez co absolutnie nie znosi Państwa obowiązku wynikające z obowiązującego w prowadzonym przez Państwa postępowaniu art. 86 ust. 5 Prawa zamówień publicznych polegającego na konieczności przekazywania informacji z otwarcia ofert tym wykonawcom, którzy nie będą w nim uczestniczyć. Analiza przepisów ustawy nowelizującej Prawo zamówień publicznych, uchwalonej ostatecznie w dniu 22 czerwca 2016 r. wskazuje, że dla prowadzonego przez Państwa postępowania wiążącym będzie brzmienie ustawy Prawo zamówień publicznych aktualne na dzień wszczęcia przez Państwa postępowania.

Analizowane zapisy pochodzą z ustawy nowelizacyjnej uchwalonej ostatecznie 22 czerwca 2016 r., jednak – co już podniesiono – ustawa ta nie weszła w życie, na dzień dzisiejszy nie tylko nie została opublikowana w Dzienniku Ustaw, ale nawet nie została podpisana przez Prezydenta.

Mając na uwadze powyżej wykazane okoliczności, zwracam się z uprzejmym wnioskiem o dokonanie takiej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która spowoduje, iż będzie ona zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania – z właściwym uwzględnieniem bezpośredniej skuteczności Dyrektywy.

Licząc na dokonanie modyfikacji, pozostaję.

Odpowiedź 1

Pełnomocnik Zamawiającego informuje, że na stronie Zamawiającego zostanie zamieszczone sprostowanie do Ogłoszenia o zamówieniu oraz ponownie cała zmodyfikowana dokumentacja przetargowa, na której powinni bazować Wykonawcy przygotowując oferty przetargowe.

Zmianie ulega termin składania i otwarcia ofert:

Termin składania ofert – 10.08.2016 r. godz. 12.00

Termin otwarcia ofert – 10.08.2016 r. godz. 12.15

Zapis części V SIWZ otrzymuje brzmienie:

*W związku z wejściem w życie z dniem 18 kwietnia 2016 r. przepisów tzw. Dyrektywy klasycznej, tj. przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), uwzględniając zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw, **Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia** zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji Europejskiej UE z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.*

*Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, w przypadku wykorzystania tego formularza i złożenia go wraz z ofertą, należy wypełnić odpowiednio w zakresie i formie związanym w wymaganymi oświadczeniami dotyczącymi stosowanych warunków podmiotowych uczestnictwa w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia **Wykonawcy**.*

Zamawiający wymaga złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w dziale VI niniejszej SIWZ wraz z ofertą.

Jednolity Europejski Dokument Zamówienia na potrzeby niniejszego postępowania składa się w formie pisemnej. Winien on być podpisany na każdej stronie, opatrzony pieczęcią Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe **Zamawiający** informuje, że:

- a) akceptuje oświadczenie własne **Wykonawcy** składane w postaci Jednolity Europejski Dokument Zamówienia według Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
- b) w przypadku, gdy Wykonawca powołuje się w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia na dostępność dokumentów w bezpłatnych, ogólnodostępnych bazach danych państw członkowskich Unii Europejskiej, Wykonawca powinien wskazać te bazy danych, aby Zamawiający mógł zapoznać się z dokumentami;
- c) w przypadku gdy Wykonawca powołuje się na dokumenty podmiotowe, będące w posiadaniu Zamawiającego, Wykonawca powinien wnioskować aby Zamawiający uwzględnił te dokumenty;
- d) w odniesieniu do Wykonawcy instytucji Zamawiający dopuszcza self – cleaning – w sytuacji zaistnienia podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania - istnieje możliwość przedstawienia przez tego Wykonawcę dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności (w tym, że: 1) naprawił szkodę lub zadośćuczynił za doznaną krzywdę, 2) podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania kolejnym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu); w takim przypadku Zamawiający rozpatrzy dowody wskazane wyżej i dokona ich oceny w świetle przesłanek wykluczenia Wykonawcy określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 2, 4 – 11 oraz w ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp.

/-/ Rafał Burski

Pełnomocnik Zamawiającego