

UZP/DKUE/KU/55/14

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa <i>w imieniu której postępowanie prowadzi:</i> PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Poznaniu al. Niepodległości 8 61-875 Poznań
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn: Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 140 i 158 na odcinku Rybnik - Chałupki w ramach Projektu POIiŚ 7.1-78
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	137 900 000,00 zł (tj. 34 306 896,21 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 14 482 140,50 zł (tj. 3 602 881,00 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3.1 SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m. in., że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w ramach jednego lub więcej zamówień m. in.: budowę lub przebudowę lub remont urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp) dla co najmniej 5 przejazdów kolejowych.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, w pkt 9.1.3. lit. d) SIWZ zamawiający przewidział, że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu, wymienionych w punkcie 9.1.1. litera b) IDW oraz w punkcie 9.1.2. litera a)-e) IDW.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. – poza własnym doświadczeniem, przedstawiło m. in. zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego JAKS Mroczek Sp. J. W treści przedstawionego dokumentu ww. podmiot zobowiązał się do oddania wykonawcy „zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas budowy lub przebudowy lub remontu (w rozumieniu ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane) urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp) dla co najmniej 3 przejazdów kolejowych”, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie w treści zobowiązania postanowiono, że „przedsiębiorstwo będzie występować w przedmiotowym zamówieniu jako konsultant na podstawie umowy o dzieło”.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Jeżeli z zobowiązania nie wynika, że zasób jest udostępniany w zakresie niezbędnym i że gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia oraz wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie jakie zasoby podmiotu trzeciego i na jakich zasadach będą wykonawcy dostępne.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. jest oświadczenie podmiotu trzeciego dotyczące zamiaru udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Treść dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego – JAKS Mroczek Sp. J. – określa jedynie, że podmiot ten będzie występować w przedmiotowym postępowaniu jako konsultant. Zobowiązanie o takiej treści nie precyzuje zatem, w jakim zakresie zasoby zostaną udostępnione wykonawcy i w jaki sposób. Tym samym treść ww. dokumentów nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie mógł korzystać z usług konsultacyjnych podmiotu trzeciego w takim zakresie merytorycznym i na takich zasadach (np. organizacyjnych), że będzie to wystarczające do należytej realizacji zamówienia.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający dokonał faktycznego badania tego, czy zakres udostępnianych zasobów podmiotu trzeciego, a także sposób ich udostępniania dowodzą tego, iż rzeczywiście wykonawca posiada zasoby pozwalające mu należycie wykonać zamówienie publiczne. Zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami w ww. zakresie, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający dokonał analizy, czy przedstawiony zakres i sposób udostępnienia zasobów gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który sam nie posiada wymaganych przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zamawiający określił w SIWZ, w pkt 9.1.3. lit. d), że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do ich wykluczenia. Konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. przedstawiło zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia, a ponadto oświadczył o zamiarze występowania w przedmiotowym postępowaniu jako konsultant na podstawie umowy o dzieło. Wraz z ww. zobowiązaniem wykonawca złożył jedynie odpis z KRS podmiotu JAKS Mroczek Sp. J. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa wyżej (tj. aktualnej informacji z KRK w wymaganym zakresie, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych).

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Podmiot, który zobowiązuje się wobec wykonawcy do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia musi jednocześnie zapewnić swój udział w realizacji zamówienia dla zagwarantowania rzeczywistego przekazania posiadanych zasobów. W sytuacji bowiem, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie – podmiot trzeci musi zobowiązać się też do udziału w realizacji zamówienia w celu udowodnienia rzeczywistego udostępnienia zasobów. Udział ten może polegać na podwykonawstwie, ale może też mieć inny charakter.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z uwagi na treść powyższego przepisu, w okolicznościach kontrolowanego postępowania, zamawiający był zobligowany do wezwania konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązania podmiotu trzeciego - JAKS Mroczek Sp. J. - potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia. Ponadto, zamawiający był też zobligowany do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów wymaganych w siwz w pkt 9.1.3. lit. d), dotyczących ww. podmiotu trzeciego ze względu na jego planowany udział w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta. Zaniechanie dokonania powyższych czynności stanowi **naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**

Ze względu na fakt, że oferta wykonawcy konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą (cena: 176 534 028,00 zł brutto) Prezes Urzędu zaleca wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania JAKS Mroczek Sp. J., potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami ww. podmiotu trzeciego w sposób i w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie, którego dotyczy zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego, a ponadto wezwanie konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu, z wyjątkiem aktualnego odpisu z właściwego rejestru, w odniesieniu do JAKS Mroczek Sp. J.

W przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę ww. dokumentu, Prezes Urzędu zaleca wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 12.12.2013 r. Jednocześnie, zgodnie z treścią SIWZ, termin związania ofertą został ustalony na 90 dni, co oznacza, że upływał w dniu 11.03.2014 r.

Pismami z dnia 1.04.2013 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania następujących wykonawców:

1. Konsorcjum: OHL Zs, a.s., OHL ZS POLSKA Sp. z o.o.,
2. Firesta – Fiser, rekonstrukce, stavby a.s.,
3. Konsorcjum: Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., Contratas y Servicios Ferroviarios S.A.,
4. Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A.,
5. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL – AQUA” S.A., Vias y Construcciones S.A., ELECTREN S.A. AV.,
6. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., LEONHARD WEISS GmbH&CO.KG, Jan Paruch, Zenon Buca, Sławomir Paruch, prowadzący Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL” s.c.,
7. Konsorcjum: BUDIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o., MOSTOSTAL KRAKÓW S.A.,
8. TORPOL S.A.,
9. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” Sp. z o.o., INFRA SILESIA S.A.

Zamawiający wykluczył powyższych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wymienieni wykonawcy do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 11.03.2014 r., nie dokonali przedłużenia tego terminu, a także nie wnieśli wadium. Przedłużenia terminu związania ofertą z własnej inicjatywy dokonali wykonawcy: konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. (w dniu 5.03.2014 r.), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz konsorcjum Strabag Rail Polska Sp. z o.o. (w dniu 10.03.2014 r.).

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do uzasadnienia wykluczenia wymienionych wykonawców, należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Jednocześnie należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu

składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Cytowany przepis określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą, która stanowiła podstawę wykluczenia wykonawców w kontrolowanym postępowaniu. Odniesienie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO orzekła jednoznacznie, że „upływ okresu związania oferta nie jest podstawą do odrzucenia oferty, ani wykluczenia wykonawcy – za wyjątkiem wskazanym w art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, który dotyczy tylko sytuacji nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania oferta, w oparciu o wnioski Zamawiającego” (wyrok z dnia 10 stycznia 2013, KIO 2856/12). Z kolei w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1469/10 Izba wyraziła pogląd, iż „w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”.

Jednocześnie należy zauważyć, że upływ terminu związania ofertą może powodować skutki w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, wobec czego zamawiający, przed dokonaniem czynności wykluczenia, może skierować do wykonawców wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, przewidziane w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Działanie to służy realizacji celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający, wykluczając z udziału w postępowaniu wymienionych wykonawców z powodu nieprzedłużenia z własnej inicjatywy terminu związania ofertą **naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp**, który stawia wymóg, by wykluczenie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, na które wykonawca odpowie negatywnie.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.