

SKMMS.ZP.N.26.16

Gdynia, dnia 2016-10-07

## ***Uczestnicy postępowania***

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest realizacja robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja peronu nr 1 na stacji Gdynia Chylonia” dla PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. - znak: SKMMS.ZP.N.26.16

Zamawiający informuje, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest realizacja robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja peronu nr 1 na stacji Gdynia Chylonia” dla PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. - znak: SKMMS.ZP.N.26.16, za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez:

**Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.**

**ul. Szymbarskich Zakładników 22**

**83-315 Szymbark**

cena oferty brutto: **10 671 554,73 zł** (95 pkt)

okres gwarancji – 60 miesięcy (5 pkt)

ilość punktów (cena 95%, okres gwarancji 5%) RAZEM: 100 pkt na 100 pkt

Uzasadnienie wyboru oferty: oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Podstawa prawna: art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający informuje jednocześnie, że dokonał czynności wykluczenia z postępowania następujących Wykonawców:

1) **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.**

**ul. Okólna 10**

**42-400 Zawiercie**

Uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy:

Zgodnie z punktem 6.2.3.1 Rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, zrealizował łącznie przynajmniej:

- 1) jedno zamówienie, gdzie zakres prac obejmował: modernizację, lub budowę, lub rozbudowę, lub przebudowę konstrukcji przynajmniej jednego peronu kolejowego o łącznej długości krawędzi (powstałej w wyniku realizacji robót) peronowej przynajmniej 400 mb.
- 2) jedno zamówienie, gdzie zakres prac obejmował: modernizację, lub budowę, lub rozbudowę, lub przebudowę toru kolejowego (z uwzględnieniem drogi rozjazdowej

jeżeli wchodziła w zakres robót) o łącznej długości (powstałej w wyniku realizacji robót) przynajmniej 800 mb.

3) jedno zamówienie, gdzie zakres prac obejmował: budowę, lub rozbudowę, lub przebudowę obiektu:

- obiektu budowlanego o stalowej konstrukcji nośnej – innego niż most – o długości przynajmniej 50 mb lub powierzchni przynajmniej 500 m<sup>2</sup>,

lub

- dowolnego obiektu mostowego o rozpiętości przęsła przynajmniej 10 mb.

Wykonawca w wykazie robót budowlanych - formularzu „Doświadczenie zawodowe” stanowiącym zał. nr 2 do SIWZ złożył oświadczenie w zakresie zrealizowania zamówienia opisanego w tym wykazie. Jednakże zgodnie z punktem 7.2.4 Rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dołączył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót wykazanych w formularzu „Doświadczenie zawodowe”. Do oferty co prawda załączono dokument zatytułowany „Poświadczenie” wystawiony przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., jednakże brak w tym dokumencie stwierdzenia, że roboty wskazane w treści dokumentu zostały **wykonane należyście**.

Wobec powyższego pismem znak: SKMMS.214.24.19.16 z dnia 16 września 2016 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego, że roboty wskazane w formularzu „Doświadczenie zawodowe” zostały wykonane należyście.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w dniu 19 września 2016 roku złożył pismo mające potwierdzać należyte wykonanie ww. robót. Stwierdzić jednak należy, że złożone pismo zawiera jedynie informację pochodzącą od osoby, co do której brak jest jakiegokolwiek zastrzeżenia, aby działała w imieniu Zamawiającego czyli PKP Polskie Linie Kolejowe SA. Brak też jest wiadomości na temat związku osoby podpisującej pismo ze wskazaną inwestycją oraz na temat tego, na czym informacja tej osoby została oparta. Zatem stwierdzić należy, że Zamawiającemu nie przedstawiono dowodu na to, że roboty objęte formularzem „Doświadczenie zawodowe”, zostały wykonane należyście, a w konsekwencji Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w zakresie wymaganego doświadczenia. Dla Zamawiającego istotne jest, aby prace wcześniej wykonane przez Wykonawcę, obrazujące jego potencjał i doświadczenie, wykonane zostały należyście, a nie w sposób wadliwy, co Wykonawca winien wykazać. Na marginesie jedynie należy wskazać, że z przedłożonego ww. pisma wynika, że prace posiadały usterki, co do których jedynie osoba podpisująca pismo (o nieustalonym związku z realizacją inwestycji) oceniła jako bez wpływu na efekt końcowy.

Podstawa prawna: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

2) **MEGA S.A.**  
**ul. Hutnicza 42**  
**81-061 Gdynia**

Uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy:

Do złożonej oferty Wykonawca dołączył zobowiązanie Feroco S.A. w upadłości układowej udzielone w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy PZP do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy

i doświadczenia na okoliczność wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Pismem znak: SKMMS.214.24.17.16 z dnia 16 września 2016 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia zasobami Feroco S.A. w upadłości układowej w postaci wiedzy i doświadczenia wraz ze wskazaniem sposobu i możliwości wykorzystania tych zasobów w świetle pozostawania tej spółki w stanie ogłoszonej upadłości i braku zawarcia układu z wierzycielami. Jednocześnie Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego zgodnie z art. 76 ust. 3 ustawy Prawo Upadłościowe i Naprawcze w związku z art. 449 Ustawy Prawo Restrukturyzacyjne wyrażenie zgody na zaciągnięcie przez Feroco S.A. w upadłości układowej zobowiązania do udostępnienia Wykonawcy ww. zasobów przez nadzorcę sądowego ww. spółki.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca nadesłał pismo z dnia 23 września 2016 roku. Stwierdzić należy, że Wykonawca w toku postępowania nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia deklarowanymi zasobami spółki Feroco S.A. w upadłości układowej jako udostępniającej zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Wskazać trzeba, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie udzielił odpowiedzi w zakresie wpływu pozostawania podmiotu mającego udzielić zasobów w stanie upadłości i braku zawartego układu z wierzycielami na możliwość udostępnienia omawianych zasobów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO 471/11 z dnia 18 marca 2011 roku. oraz wyrok KIO 2445/12 z dnia 20 listopada 2012 r.) wskazuje się, że *„w okolicznościach, gdy wykonawca zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach określonych przepisem art. 26 ust. 2b ZamPublU, zobowiązanie tego podmiotu winno wyrażać w sposób jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym nawiązujące do specyfiki zamówienia i zakresu tego uczestnictwa. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, jak np. doświadczenie, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez bezpośredniego zaangażowania danego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument udostępnienia zasobu powinien zawierać wiążące zadeklarowanie uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Przy czym realność tego uczestnictwa, musi zostać wykazana w sposób podany przez zamawiającego. Z przepisu art. 26 ust. 2b ZamPublU wynika wprost, że udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. Takie też dyspozycje zawierała specyfikacja istotnych warunków zamówienia (...).*

*W przypadku, gdy przedsiębiorca zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia (...). Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia (...) pozostanie do jego dyspozycji. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że złożenie wniosku własnego o upadłość wyraża przekonanie przedsiębiorcy, że sytuacja majątkowa tego podmiotu gospodarczego, nie pozwala na pełne wywiązywanie się z istniejących zobowiązań, a dalsze warunki prowadzenia działalności gospodarczej są trudne*

do prognozowania. Przepis art. 24 ust. 1 punkt 2 ZamPublU, dopuszczający do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawców, którzy zawarli układ z wierzycielami pod warunkiem, iż nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, nie odnosi się wprost do podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na rzecz wykonawcy. Jednakże ustawodawca w art. 26 ust. 2b ZamPublU, nie ograniczył się do postawienia wymogu, jak w przypadku wykonawcy, aby warunki udziału zostały spełnione na dzień złożenia oferty, ale nałożył obowiązek aby podmiot udostępniający, z góry zobowiązał się do oznaczonego świadczenia w postaci oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiednich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Należało więc uznać, że przedsiębiorca, który uprzednio złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie może zobowiązać, że w całym okresie wykonywania zamówienia (...) pozostanie do jego dyspozycji.

Procedury regulujące postępowanie upadłościowe i układowe, mają na celu w pierwszym rzędzie zaspokojenie wierzycieli dłużnika, w tym poprzez sprzedaż jego aktywów, nawet służących wykonywaniu działalności. Słaba kondycja finansowa podmiotu, brak płynności finansowej, niewypłacalność, z powodu których zgłasza się wniosek o upadłość, bez względu na to, czy z możliwością zawarcia układu z wierzycielami, przekłada się na ograniczenia w bieżącej działalności i możliwość realizacji nowych kontraktów. Ponadto przedsiębiorca może zostać ograniczony bądź pozbawiony prawa do podejmowania decyzji dotyczących przedsiębiorstwa, na rzecz innych organów, np. syndyka, nadzorcy, sądu, czy rady wierzycieli. Zdaniem Izby, udostępnienie zasobów innego przedsiębiorcy w zakresie wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter realny do spełnienia, przynajmniej w czasie w którym zostało zaoferowane.”

„Treść merytoryczna wezwania, spowodowana ogłoszeniem upadłości podmiotu udostępniającego swój zasób Odwołującemu na podstawie art. 26 ust. 2b ZamPublU, znajduje uzasadnienie, w ocenie Izby, w treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, który zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawców w stosunku, do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację, majątku upadłego. Przepis ten oznacza, że wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji w nim określonej, nie dają gwarancji wykonania zamówienia i podlegają eliminacji z postępowania na etapie kwalifikacji podmiotowej.

Z kolei przepis art. 26 ust. 2b ZamPublU stanowiący o możliwości korzystania z zasobów innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wymienionych w tym przepisie, zobowiązuje wykonawcę korzystającego z zasobów do udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności w robotach budowlanych przez udział w realizacji zamówienia w charakterze, np. podwykonawcy.

Skoro wykonawca, będący w stanie upadłości w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 2 ZamPublU podlega wykluczeniu z postępowania, nie można przyjąć za zasadne stanowiska, że inny podmiot, który pozostaje w stanie upadłości wskazanej w tym przepisie, w sposób skuteczny udostępni zasoby na czas realizacji zamówienia, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ZamPublU.

*(...) Znaczenie ma fakt, że w okresie realizacji zamówienia zmianie ulega stan majątkowy podmiotu oraz, że podmiot może dokonywać czynności wyłącznie za zgodą innych organów (art. 76 ust. 3 Prawa upadłościowego i naprawczego)."*

Zwrócić należy także uwagę, że Zamawiający ponadto wymagał, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 samodzielnego (bez udziału podwykonawców) wykonania robót budowlanych określonych w pkt 4.2 SIWZ. Zgodnie z orzecznictwem KIO udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nie jest w istocie możliwe bez faktycznego wykonania robót przez udostępniającego zasoby jako podwykonawcę (por. m.in. wyrok KIO 791/15 z dnia 29 kwietnia 2015 roku). W świetle powyższego tym bardziej Zamawiającemu nie udowodniono, że Feroco S.A. w upadłości układowej zapewni Wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia dysponowanie zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia, w szczególności także, że nie przewidziano wykonywania robót przez spółkę Feroco jako podwykonawcę. Zobowiązanie do świadczenia doradztwa na etapie wykonywania robót, w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO uznać należy za niewystarczające, a udzielenie zasobów w istocie za blankietowe.

Zamawiający wskazuje, że Wykonawca nie przedstawił także zgody nadzorca sądowego na złożenie przez Feroco S.A. w upadłości układowej oświadczenia zobowiązującego do udostępnienia zasobów co powoduje, że oświadczenie to jest bezskuteczne. Należy zauważyć, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów pociąga za sobą odpowiedzialność solidarną określoną w art. 26 ust. 2e ustawy PZP. W zakresie przedmiotowego zamówienia objętego postępowaniem o wartości szacunkowej 12 905 544,17 złotych odpowiedzialność spółki Feroco S.A. w upadłości układowej będzie kilkakrotnie przewyższać wysokość kapitału zakładowego tejże spółki (wg informacji z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 7 października 2016 roku jest to kwota 2 549 883,00 złotych) a zatem trzeba czynność tę zdecydowanie uznać za przekraczającą zwykły zarząd. Nie można uznać, że złożenie przedmiotowego oświadczenia (zobowiązania do udostępnienia zasobów) stanowi element bieżącej działalności spółki i zarządzania spółką, gdyż złożenie tego oświadczenia może walnie zadecydować o dalszym losie i istnieniu tej spółki. Z tego też względu Zamawiający stoi na stanowisku, że jest to czynność przekraczająca zwykły zarząd, na którą wymagana jest zgoda nadzorca sądowego zgodnie z art. 76 ust. 3 ustawy Prawo Upadłościowe i Naprawcze w związku z art. 449 Ustawy Prawo Restrukturyzacyjne. Potwierdzeniem powyższego w ocenie Zamawiającego może być chociażby treść art. 230 Kodeksu spółek handlowych, który dla zaciągnięcia zobowiązania o wartości już choćby dwukrotnie wyższego od kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników a więc niewątpliwie ustawodawca uznaje tę czynność za przekraczającą zwykły zarząd.

Podstawa prawna: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy PZP.

W wyżej wymienionym postępowaniu złożono siedem ofert:

Numer oferty	Nazwa (firma) oraz adres wykonawcy	Punktacja (kryterium - cena 95%)	Punktacja (kryterium - okres gwarancji 5%)	Punktacja RAZEM
1	MEGA S.A. ul. Hutnicza 42 81-061 Gdynia	---	---	---
2	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10 42-400 Zawiercie	---	---	---
3	PUH RAJBUD Sp. z o.o. ul. Szymbarskich Zakładników 22 83-315 Szymbark	95	5	100
4	PORR Polska Infrastructure S.A. ul. Domaniewska 50A 02-672 Warszawa	69,94	5	74,94
5	Konsorcjum 1) Balzola Polska Sp. z o.o. (lider konsorcjum) Al. Jana Pawła II 12 00-124 Warszawa 2) Construcciones y Promociones Balzola S.A. (partner konsorcjum) Avenida Sabino Arana, 20 3º 48013 Bilbao, Hiszpania	79,90	5	84,90
6	Konsorcjum 1) Dekpol S.A. (lider konsorcjum) ul. Gajowa 31 83-251 Pinczyn 2) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. (partner konsorcjum) ul. Sandomierska 17 80-051 Gdańsk	79,18	5	84,18
7	Budimex S.A. ul. Stawki 40 01-040 Warszawa	73,12	5	78,12

Umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego może być zawarta po upływie terminu opisanego w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

CZŁONEK ZARZĄDU  
DYREKTOR ds. PRZEWOZÓW

*mgr Bartłomiej Bucza*

PREZES ZARZĄDU

*mgr Maciej Lignowski*