

WYROK

z dnia 4 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza — w składzie

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę NED-PROJECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa (SAR) w Gdyni

przy udziale wykonawcy Remontowa Shipbuilding spółka akcyjna w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Morskiej Służbie Poszukiwania i Ratownictwa (SAR) w Gdyni unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego — Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa (SAR) w Gdyni i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę NED-PROJECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego — Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa (SAR) w Gdyni na rzecz wykonawcy NED-PROJECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

w Gdańsku kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

I. Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa (SAR) w Gdyni (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Dostawa wielozadaniowego statku ratowniczego dla Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2020 r., poz. 2020/S 002-001255. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 lutego 2020 r. wykonawca NED-PROJECT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie było podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia postępowania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający powołuje się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych jako podstawę do unieważnienia postępowania. W opinii Odwołującego jednak nie zaistniała żadna przesłanka, której nie można było wcześniej przewidzieć, która mogłaby stanowić podstawę faktyczną lub prawną do uznania, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Co więcej, w ocenie Odwołującego, można pokusić się o tezę, że zaniechanie zamówienia może stanowić zaniechanie działań leżących w interesie publicznym, w kompetencjach i obowiązkach służby publicznej, w tym przypadku Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa.

Odnosząc się do uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, Odwołujący podnosił, że Zamawiający powołuje się na "informację" z dnia 12.02.2020 r., że wobec zamierzonego przeniesienia zadań Służby SAR do Urzędów Morskich i zniesienia tym samym Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa, dalsze prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący zauważał, że informacja na temat takich planów wobec przyszłości SAR nie została dotychczas poparta żadną administracyjną decyzją, zmianą ustawy lub nawet publikacją projektu jakiegokolwiek dokumentu. Ponadto informacja ta była powszechnie znana wcześniej, w tym Zamawiającemu - Odwołujący przywoływał pytanie nr 15 do SIWZ oraz odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego w dniu 7 lutego 2020 r.

Uzasadnienie unieważnienia postępowania nie uwzględnia także ewentualnych strat polskiego interesu publicznego w przypadku niewykorzystania przyznanych na realizację niniejszego projektu środków z Unii Europejskiej. Nie odnosi się w tym miejscu do żadnych alternatywnych możliwości wykorzystania przyznanego 85% dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Spójności lub do konsekwencji utracenia takiego dofinansowania w wyniku nie uzyskania zgody na realizację innych projektów przy wykorzystaniu tych samych środków. W związku z brakiem takich informacji, można domniemywać, że nie została przeprowadzona żadna analiza konsekwencji niezrealizowania wskaźników i efektów wdrożenia w Polsce Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 (POIiŚ). Projekt znajduje się na liście projektów pozakonkursowych POIiŚ, co oznacza przedsięwzięcie o strategicznym znaczeniu dla Kraju. Odwołujący zwracał również uwagę na fakt, że wspomniane przez Zamawiającego w uzasadnieniu statki wielozadaniowe budowane na zamówienie Urzędu Morskiego w Szczecinie są finansowane z tego samego Programu unijnego (POIiŚ). Zasadność realizowania obu projektów musiała być zatem przedmiotem wcześniejszej analizy instytucji zarządzającej Programem. Przyznanie dofinansowania na oba projekty oznacza, że musiała zapaść decyzja o potrzebie realizowania obu inwestycji.

Odwołujący przywoływał postanowienia SIWZ, zgodnie z którymi w opisie ogólnym

zamówienia "2. Statek ma być zaprojektowany na potrzeby żeglugi nieograniczonej oraz posiadać konstrukcję i wyposażenie umożliwiające pełnienie funkcji specjalnych w odniesieniu do: 1) poszukiwania i ratowania życia na morzu, 2) działań interwencyjnych wykonywanych w celu ratowania życia na morzu, ochrony ludności i środowiska naturalnego oraz bezpieczeństwa morskiego, 3) zwalczania zagrożeń i zanieczyszczeń środowiska morskiego."

Ponadto Odwołujący zauważał, że w przypadku tego typu projektów, mających na celu zwiększenie bezpieczeństwa ludzi, zwierząt i środowiska naturalnego, kluczową rolę odgrywa także wpisanie w projekcie kwestii szkoleń: „Przedmiotem zamówienia jest

również przeszkolenie personelu Zamawiającego w zakresie operowania statkiem i jego wyposażeniem.”. Opis techniczny projektu pokazuje bardzo wyraźnie, że konstrukcja statku ma być specjalistyczna, inna od standardowych jednostek. Ma być w pełni dostosowana do licznych, dobrze dopasowanych sprzętów i urządzeń ratowniczych.

Podsumowując uzasadnienie odwołania, Odwołujący wskazywał na następujące elementy:

1. Stroną umowy z Wykonawcą jest, Skarb Państwa reprezentowany przez SAR, a ewentualne przejęcie kompetencji SAR przez inny podmiot zmieni jedynie reprezentanta Strony Zamawiającej (Skarb Państwa).
2. Zmiana formy prawnej SAR, jego ewentualna likwidacja lub wchłonięcie przez struktury innych jednostek budżetowych to jedynie prognozowane, hipotetycznie warianty, nie poparte żadnymi dokumentami prawnymi. Zamawiający powinien być pewny, że naruszony może zostać interes publiczny.
3. Projekt jest kluczowy do zrealizowania założeń POIiŚ czego dowodem jest wpisanie go na listę projektów bezkonkursowych, z zapewnionym, wyliczonym dofinansowaniem z Funduszu Spójności UE.
4. Realizacja projektu wynika także z innych potrzeb potwierdzonych licznymi analizami, międzynarodowymi projektami na rzecz poprawy bezpieczeństwa Morza Bałtyckiego, studium wykonalności inwestycji itp.
5. Przypuszczalnie nie przeprowadzono żadnych analiz, że statki Urzędów Morskich wystarczą do zapewnienia działań ratowniczych. Rezygnacja z realizacji Zamówienia może rodzić obawy, że nie zostanie poprawione bezpieczeństwo Morza Bałtyckiego, a w konsekwencji działanie takie może okazać się szkodą dla interesu publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Podnosił, iż do tej pory ustawa o bezpieczeństwie morskim przewidywała istnienie wyspecjalizowanej, wyodrębnionej służby SAR. Przedmiotem zamówienia była budowa jednej jednostki dla tej służby. SAR podlega Ministrowi Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej. Nie jest on zamawiającym, ale podlega mu zarówno SAR jak i Urzędy Morskie jako terenowe organy administracyjne. Decydowanie o podziale kompetencji pomiędzy te służby i urzędy oraz w konsekwencji realizacja zamówień jest domeną władzy publicznej. Złożył do akt pismo z 14.01.2020, które otrzymał w wersji elektronicznej, dlatego oświadczył, że nie może go potwierdzić za zgodność z oryginałem (przekazano odpisy Odwołującemu i Przystępującemu), zgodnie z którym trwają niepubliczne uzgodnienia międzyresortowe ustawy likwidującej SAR i połączenia z Urzędami Morskimi. Ma to na celu racjonalizację i optymalizację podejmowanych zadań. Dlatego realizacja dużej kosztownej jednostki jedynie dla SAR jest niecelowa, a realizacja koncepcji połączenia realizowanych zadań wyczerpuje przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący postawił błędną tezę, że zaniechanie realizacji tego zamówienia jest równoznaczne z zaniechaniem działań polegających na ratowaniu życia. Skumulowanie zadań powoduje, że cel ten będzie realizowany i zaspokojony w lepszym stopniu. Wskazywał, że w dniu 7 lutego 2020 r. udzielając odpowiedzi na pytanie 15, nie mógł powołać się na niepubliczną informację z 14 stycznia 2020 r. Po udzieleniu wyjaśnień, w dniu 12 lutego 2020 r. nastąpiło spotkanie w Ministerstwie Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, w wyniku którego nie wydano żadnego dokumentu, ale omówiono

zamierzenia ministerialne (a więc rządowe). Zamawiający uzyskał informację, że likwidacja SAR i połączenie z Urzędami Morskimi jest pewne, a fakt ten należy uwzględnić w prowadzonych projektach. Zwracał uwagę na konkretne cechy jednostek wielozadaniowych realizowanych obecnie przez Przystępującego (składa od akt opis techniczny statku wielozadaniowego z września 2017, odpisy przekazano Odwołującemu i Przystępującemu). Powołuje się na to samo przeznaczenie - str. 8 część ogólna, a także wskazuje na rozdział 5.2.1 na str. 36 i 7.2 na str. 63.

Oświadczył, że Zamawiający również został zaskoczony decyzją o likwidacji SAR - w jego ocenie jest to fakt zaistniały, okoliczność trwała, pewna i zewnętrzna. Zgodnie z projektem ustawy zmiany mają wejść w życie 1 stycznia 2021 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Remontowa Shipbuilding spółka akcyjna w Gdańsku (dalej: Przystępujący).

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazywał, że projekt ustawy przewiduje, że również jednostki Marynarki Wojennej będą realizowały te same zadania, co do tej pory SAR. Oświadczył na rozprawie, że zrealizował już jeden holownik, a pięć kolejnych jest w trakcie realizacji (w tym roku wejdą do służby). Będą odgrywały one w połączonym planie znaczącą rolę. Zauważał, że również jednostki Straży Granicznej będą realizowały częściowo zadania SAR i aktualnie trwa przetarg, w którym Odwołujący jest jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 3 stycznia 2020 r. ogłosił postępowanie na dostawę wielozadaniowego statku ratowniczego dla Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa.

W dniu 7 lutego 2020 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców (pismo "Odpowiedzi na pytania: cz. 3, zmiana treści SIWZ"):

"Pytanie 15

W związku z informacjami o planach Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej na temat likwidacji SAR, a jej zadania mają przejść różne instytucje, proszę o udzielenie odpowiedzi na temat ważności trwającego przetargu a w przypadku jego podtrzymania udzielenie informacji jaki podmiot, instytucja podpisze ewentualną umowę na budowę zamawianej jednostki?

Odpowiedź Zamawiającego:

Nie uległy zmianie przepisy dot. funkcjonowania MSPiR, a postępowanie przetargowe pozostaje w toku. Przedmiot zamówienia jest współfinansowany w 85% ze środków unijnych. Zamawiający wskazuje, iż pojawiła się informacja medialna nt. przepisów, zgodnie z którymi Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa miałaby zostać przejęta przez administrację morską, przez Urzędy Morskie wraz z zawartymi umowami i pracownikami. Ewentualne wprowadzenia podnoszonych w mediach zmian, nie spowodowałyby zmiany strony umowy, jaką jest Skarb Państwa. Zmiana dotyczyłaby jedynie reprezentacji statio fisci - z Dyrektora Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa na Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni."

Następnie Zamawiający w dniu 17 lutego 2020 r. poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako podstawę prawną podając art. 93

ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

W uzasadnieniu unieważnienia, jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał, że „W dniu 12 lutego 2020 roku Zamawiający otrzymał informację, że wobec zamierzonego przeniesienia zadań Służby SAR do Urzędów Morskich i zniesienia tym samym Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa, dalsze prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający nie mógł przewidzieć tej okoliczności przed wszczęciem postępowania w sprawie.”

W tych okolicznościach Odwołujący złożył odwołanie, kwestionując prawidłowość unieważnienia postępowania.

Zamawiający na rozprawie złożył do akt pismo z 14 stycznia 2020 r. (niepotwierdzone za zgodność z oryginałem), zgodnie z którym trwają niepubliczne uzgodnienia międzyresortowe ustawy likwidującej SAR i połączenie z Urzędami Morskimi. Ma to na celu racjonalizację i optymalizację podejmowanych zadań. Dlatego zdaniem Zamawiającego, budowa dużej kosztownej jednostki jedynie dla SAR jest niecelowa, a koncepcja połączenia realizowanych zadań wyczerpuje przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wyjaśnił także, że w dniu 7 lutego 2020 r., udzielając odpowiedzi na pytanie 15, nie mógł powołać się na niepubliczną informację z 14 stycznia 2020 r. Po udzieleniu wyjaśnień w dniu 12 lutego 2020 r. nastąpiło spotkanie w Ministerstwie Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, w wyniku którego nie wydano żadnego dokumentu, ale omówiono zamierzenia ministerialne (a więc rządowe). Zamawiający uzyskał informację, że likwidacja SAR i połączenie z Urzędami Morskimi jest pewna, a fakt ten należy uwzględnić w prowadzonych projektach. Zgodnie z projektem ustawy zmiany mają wejść w życie 1 stycznia 2021 r.

Ponadto Zamawiający zwracał uwagę na konkretne cechy jednostek wielozadaniowych realizowanych obecnie przez Przystępującego (złożył do akt opis techniczny statku wielozadaniowego z września 2017, odpisy przekazano Odwołującemu i Przystępującemu). Powołał się na to samo przeznaczenie - str. 8 część ogólna, a także wskazuje na rozdział 5.2.1 na str. 36 i 7.2 na str. 63.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zatem, aby ziszczyły się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 1 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, muszą łącznie zajść trzy przesłanki: 1) musi wystąpić istotna zmiana okoliczności, 2) zmiana ta musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie składu orzekającego nie ziszcza się żadna z tych przesłanek.

Po pierwsze, okoliczności, że planowane są pewne zmiany organizacyjne, mogące w przyszłości mieć hipotetyczny wpływ na realizację zamówienia, są znane co najmniej od początku lutego tego roku (co potwierdza pytanie, zadane Zamawiającemu, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 7 lutego 2020 r.). Zamawiający, udzielając odpowiedzi, co najmniej zbagatelizował obawy wykonawców co do dalszych losów postępowania o udzielenie zamówienia, chociaż już wówczas dysponował, jak twierdził na rozprawie, pismem z 14 stycznia 2020 r., „zgodnie z którym trwają niepubliczne uzgodnienia międzyresortowe ustawy likwidującej SAR i połączenie z Urzędami Morskimi”. W ocenie Zamawiającego nie mógł się na powołać udzielając odpowiedzi na pytanie nr 15, ponieważ nie było ono upublicznione, równocześnie jednak na rozprawie nie wskazywał, w jaki sposób było upublicznione później (skoro powoływał się na nie na rozprawie). Dlatego nie można stwierdzić, że nastąpiła zmiana okoliczności, która miałyby prowadzić do unieważnienia postępowania. Za zmianę okoliczności nie może być uznana „informacja z 14 lutego 2020 r.”, ponieważ nie zaistniała ona w obiegu prawnym (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, w tym dniu odbywały się uzgodnienia międzyresortowe, jednak w ich wyniku nie powstał żaden dokument). W ocenie Izby przekaz ustny nie może być podstawą podejmowania istotnych decyzji w praworządnym państwie prawa.

Po drugie, zmiana okoliczności, będących podstawą do unieważnienia postępowania musi być istotna - tzn. mieć charakter zasadniczy, definitywny, który jest możliwy do udokumentowania. Tymczasem Zamawiający powołał się jedynie na nieformalne

uzgodnienia międzyresortowe, z których nie sporządzono żadnej notatki. Dlatego obecnie nie można wykluczyć, że jakieś zmiany nastąpią w przyszłości, jednak nie udokumentowano, jakie będą to zmiany, kiedy nastąpią, i jakie będą miały skutki dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia

Po trzecie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych jest możliwe, jeżeli prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający na rozprawie wywodził, że w związku z połączeniem służb, nie będzie potrzebny statek wyspecjalizowany, ale wykorzystywane będą statki wielozadaniowe, realizowane obecnie przez Przystępującego. Jednak Zamawiający nie poparł swoich wywodów żadnym dokumentem, z którego wynikałoby, że podmioty, posiadające ku temu odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia, dokonały szczegółowej analizy celowościowej, ekonomicznej i gospodarczej, mogącej być podstawą decyzji o zaniechaniu budowy statku wyspecjalizowanego, będącego przedmiotem zamówienia. Wywód Zamawiającego wydaje się logiczny, jednak nie jest poparty żadnymi dokumentami. Biorąc pod uwagę, że niezależnie od zmian podmiotowych, zadania ratownicze będą musiały być nadal realizowane, można przyjąć alternatywne rozwiązanie, niż prezentowane przez Zamawiającego - zadania Zamawiającego faktycznie przejmie inny podmiot, który jednak będzie potrzebował wyspecjalizowanego statku, który, przykładowo, jest szybszy i mogący realizować zadania ratownicze w bardziej efektywny sposób, niż jednostka wielozadaniowa.

Reasumując, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w całości. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający nie wykazał za pomocą jakichkolwiek dowodów, że ziszcili się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: