

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 czerwca 2018 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 czerwca 2018 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Urząd Morski w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60 – 388,10)

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

U z a s a d n i e

Pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. zamawiający – Urząd Morski w Szczecinie – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60 – 388,10).

Uzasadniając wniosek zamawiający wskazał w szczególności, że: „Prowadzenie postępowania mającego za przedmiot oczyszczanie z niebezpiecznych obiektów plaży i dna morza jest efektem odnalezienia na odcinku plaży pomiędzy Dziwnówkiem, a Dziwnowem niewybuchów. Odnalezienie niewybuchów uniemożliwia prowadzenie rozpoczętych w tym rejonie robót budowlanych, a co ważniejsze, stanowi zagrożenie dla osób korzystających z plaży. W trakcie realizacji robót budowlanych wykonywanych w ramach umowy z dnia 12 grudnia 2017 r., w dniu 16 lutego 2018 r. nastąpił wybuch pod koparką pracującą przy rozbiórce resztek zniszczonych ostróg morskich. Wybuchła prawdopodobnie mina pochodząca z czasów II wojny światowej. W związku z powyższym Zamawiający podjął działania zmierzające do oczyszczenia plaży i dna morskiego z pozostałych obiektów niebezpiecznych. W tym celu opracowano badanie ferromagnetyczne. Opracowane badanie (opinii) ze skanowania ferromagnetycznego przekazano Zamawiającemu pod koniec marca 2018 r. Na obszarze przeprowadzonych badań między Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60 - 388,10) zidentyfikowano 169 obiektów ferromagnetycznych, z których wszystkie muszą być wydobyte. Szczegółowa informacja na temat stwierdzonych obiektów znajduje się w raporcie z badania ferromagnetycznego stanowiącego załącznik do niniejszego wniosku. (...) Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 30 kwietnia 2018 r., czyli niezwłocznie po uzyskaniu wszystkich dokumentów niezbędnych do przetargu, którego pozytywne zakończenie jest konieczne dla ochrony interesu publicznego, jakim w tym przypadku jest życie i zdrowie ludzi korzystających z plaży zlokalizowanej pomiędzy Dziwnówkiem, a Dziwnowem. (...)

Zamawiający zadbał też o to, by postanowienia dokumentacji przetargowej zwiększyły szansę na zrealizowanie usługi w możliwie najkrótszym terminie. W Rozdziale IV SIWZ wskazano, iż termin realizacji zamówienia „wynosi do 30 dni od dnia zawarcia umowy, ale nie później niż do 29 czerwca 2018 r.” W SIWZ zapisano także: „UWAGA: Usługi winny być wykonywane w taki sposób, by nie kolidowały z okresem letniego wypoczynku nad morzem. Z uwagi na sezon wczasowy prace nie mogą być prowadzone w okresie od dnia 30 czerwca 2018 r. do dnia 2 września (włącznie) 2018 r.” W celu dotrzymania przez wykonawców tak narzuconych terminów jako jedno z kryterium oceny ofert wskazano „Ilość ekip nurków saperów (E)”. (...)

Tak opracowaną SIWZ upubliczniono wraz ogłoszeniem w dniu 30 kwietnia 2018 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 11 maja 2018 r. Następnie prowadzono procedurę oceny ofert, która z przyczyn nie leżących po stronie

Zamawiającego przedłużyła się ponad zakładany harmonogram. W pierwszym etapie oceny status oferty kwalifikującej się jako najkorzystniejsza uzyskała oferta Spółki UXO Marine. W dniu 15 maja 2018 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w ostatnim, piątym dniu wyznaczonego terminu tj. 21 maja 2018 r. Analiza złożonych dokumentów doprowadziła Zamawiającego do wniosku, iż konieczne jest wyjaśnienie złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. W dniu 22 maja 2018 r. wystosowano odpowiednie wezwanie. W dniu 24 maja 2018 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które potwierdziły przypuszczenia Zamawiającego co do aktualizacji przesłanek wykluczenia Spółki UXO Marine. W tych okolicznościach Zamawiający musiał wezwać na podstawie art. 26 ust. 2 P.z.p. kolejnego wykonawcę. Wykonawca Explosive prawidłowo udokumentował brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków składając dokumenty w dniu 29 maja 2018 r. Ciąg powyższych czynności pokazuje, że postępowanie było prowadzone bardzo dynamicznie, a przedłużenie procesu oceny ofert jest skutkiem nieuprawnionych działań jednego z wykonawców. Czas w jakim prowadzono postępowanie doprowadził Zamawiającego do ogłoszenia wyniku procedury w dniu 30 maja 2018 r. Wskutek powyższych zdarzeń Zamawiającemu nie pozostał już jakkolwiek zapas czasu na komfortowe udowadnianie w procedurze odwoławczej, iż podstawy wykluczenia są jak najbardziej właściwe, a decyzja w sprawie wykluczenia wykonawcy była jedyną, jaką w świetle prawa można było podjąć.

Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną w sytuacji nie zawarcia umowy z wybranym wykonawcą jeszcze przed rozpatrzeniem odwołania są:

- 1) Stworzenie zagrożenia zdrowia i życia osób przebywających w sezonie wakacyjnym na plażach, pod których powierzchnią znajdują się niewybuchy i niewypały zidentyfikowane w raporcie/opinii z badań ferromagnetycznych. Jedyną metodą zapobieżenia ewentualnej tragedii jest jak najszybsze oczyszczenie plaży i dna morskiego z niewypałów i niewybuchów. Nie ma innej, alternatywnej metody, ponieważ Zamawiający bez względu na zaangażowanie znacznych sił i środków nie będzie w stanie uniemożliwić 24 godziny na dobę dostęp do plaży i sąsiadującego dna. Zamawiający musi zawrzeć umowę z wybranym umowę wykonawcą jeszcze w pierwszym tygodniu czerwca 2018r. Późniejsze wejście na plażę wykonawcy będzie skutkować niewykonaniem

zamówienia do 29 czerwca, a tym samym skutkować narażeniem na szwank zdrowia i życia ludzkiego.

- 2) Teren plaży i brzegu morskiego bezpośrednio z nią sąsiadującego, nie może być odgradzony w taki sposób, by uniemożliwić dotarcie na niebezpieczny odcinek plaży osobom, które postanowią tam wejść. Ogrodzenie nie może być postawione od strony morza. Samo ogrodzenie nie byłoby też wystarczającym zabezpieczeniem, ponieważ zawsze mogłoby być sforsowane, zdewastowane. Oprócz ogrodzenia konieczne byłoby wdrożenie całodobowej ochrony fizycznej odpowiedzialnej za niewpuszczanie ludzi na niebezpieczny teren. Zastosowanie wszelkich dostępnych środków w celu uniemożliwienia dostępu do plaży i tak nie stanowi gwarancji pełnej ochrony zdrowia i życia ludzi. Niezależnie od podjętych działań, skutkiem niezawarcia umowy przed terminem rozpatrzenia odwołania UXO Marine może być uszczerbek na zdrowiu osób wypoczywających nad morzem, a nawet ich śmierć.
- 3) Kolejnym niezmiernie istotnym argumentem przemawiającym za koniecznością jak najszybszego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą jest realizacja zamówienia w ramach projektu zatytułowanego „Zabezpieczenie zagrożonych odcinków zachodniego wybrzeża”, a realizowanego w ramach PROGRAM OPERACYJNY INFRASTRUKTURA I ŚRODOWISKO 2014-2020 PRIORYTET: II Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu DZIAŁANIE: 2.1 Adaptacja do zmian klimatu wraz z zabezpieczeniem i zwiększeniem odporności na klęski żywiołowe, w szczególności katastrofy naturalne oraz monitoring środowiska. Realizacja zamówień objętych niniejszym postępowaniem jest finansowana w ramach środków Unii Europejskiej z ww. Programu.

Niewykonanie usługi polegającej na oczyszczeniu plaży i dna morskiego w pierwotnie zakładanym terminie wpłynie na harmonogram realizacji projektu. Odcinek plaży i dna morskiego objęty niniejszym zamówieniem jest równocześnie miejscem realizacji umowy na Zabezpieczenie brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem oraz Rewalem a Trzęsaczem poprzez usunięcie zniszczonych ostróg oraz budowę nowych ostróg. (...) Usługi jakie mają być świadczone przez Explosive warunkują więc nie tylko dopuszczenie do użytkowania plaży w okresie wakacyjnym, ale docelowo warunkują też realizację robót budowlanych i muszą być prowadzone przy uwzględnieniu powyższych okoliczności. Jeżeli plaża nie zostanie oczyszczona do

dnia 29 czerwca 2018 r., to usługi oczyszczania plaży będą mogły być kontynuowane dopiero od dnia 2 września 2018 r., co w konsekwencji oznacza, że termin realizacji robót budowlanych może być także zagrożony”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 kwietnia 2018 r., pod numerem 552339-N-2018.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”. Z kolei art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z powołanych powyżej przepisów wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim należy podkreślić, że wbrew informacji zawartej we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający nie dołączył do tegoż wniosku

raportu z badań ferromagnetycznych. Tym samym z wniosku nie wynika, co wykazały badania, w szczególności nie wiadomo, jakiego rodzaju obiekty ferromagnetyczne zidentyfikowano i czy położone są na głębokości stanowiącej ryzyko łatwego wykopania, a w konsekwencji - zagrożenie dla życia ludzkiego. Informacje te nie zostały zawarte we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a tym samym zamawiający nie udowodnił, że zagrożenie, o którym pisze we wniosku, ma wymiar realny.

Jednocześnie należy zauważyć, że jedyny wybuch, o którym zamawiający informuje, miał miejsce w lutym 2018 r. (okres ponad 70 lat od zakończenia II wojny światowej) i był następstwem pracy koparki. Zatem ww. wybuch nie jest miarodajnym przykładem zagrożenia dla ludzi, zwłaszcza biorąc pod uwagę możliwości techniczne głębokości kopania, jakie ma koparka i przeciętny człowiek (zaś roboty prowadzone na tym terenie zostały wstrzymane, więc nie ma już zagrożenia dla osób obsługujących maszyny budowlane).

Należy także zwrócić uwagę, że we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zamawiający pisze o zagrożeniu dla życia ludzkiego, ale z drugiej strony nie informuje o podjętych w związku z tym działaniach zapobiegawczych. Wręcz przeciwnie, zamawiający opisuje trudności z uniemożliwieniem dostępu na plażę, nie biorąc pod uwagę, że nawet jeśli odgrodzenie plaży i brzegu morskiego nie dawałoby 100% gwarancji niewchodzenia ludzi na ten teren, to z pewnością znacznie to wchodzenie utrudniłoby. Zamawiający nie pisze też o podjętych przez niego działaniach polegających przykładowo na: postawieniu przy zejściach nad morze tablic informujących o zagrożeniu wybuchem, zamieszczeniu informacji o takim zagrożeniu w mediach, czy o wszczęciu postępowań na usługę usunięcia niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na pozostałych odcinkach brzegu morskiego podległych nadzorowi zamawiającego. Niewybuchy z czasów II wojny światowej mogą bowiem znajdować się także na innych odcinkach brzegu, nie tylko między Dziwnowem a Dziwnówkiem, jak też mogą zagrażać ludziom nie tylko w okresie wakacyjnym, ale także przed jego rozpoczęciem, w tym także przed rozpoczęciem realizacji usługi usuwania niebezpiecznych obiektów. Gdyby więc zamawiający uznawał zagrożenie niewybuchami za realne, podjąłby również ww. przykładowo działania i poinformował o nich we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Tymczasem z treści wniosku wynika, że zamawiający ograniczył się do analizy trudności, jakie stoją na przeszkodzie odgrodzeniu terenu, wszczęcia przedmiotowego postępowania, w tym

wyznaczenia odpowiednich terminów i kryteriów oceny ofert oraz skierowania niniejszego wniosku o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. W świetle zatem zaniechania przez zamawiającego podjęcia ww. przykładowo działań ograniczających zagrożenie (a przynajmniej nie poinformowania o nich we wniosku), jak też braku dołączenia do wniosku dowodu w postaci raportu z badań ferromagnetycznych, nie ma podstaw do przyjęcia, że zagrożenie, jakie wskazuje zamawiający, ma charakter realny. W szczególności o realności tego zagrożenia nie świadczy jeden przypadek wybuchu związany z pracą koparki, jak też realności tej zaprzecza fakt braku podejmowania przez zamawiającego działań mających na celu ograniczenie zagrożenia jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania usługi usunięcia niebezpiecznych obiektów i przed rozpoczęciem sezonu wakacyjnego.

Należy także zauważyć, że we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zamawiający informuje, że dla terminowej realizacji zamówienia konieczne jest zawarcie umowy z wykonawcą w pierwszym tygodniu czerwca 2018 r. Tymczasem wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy został skierowany do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca (piątek), czyli w dniu kończącym już pierwszy tydzień czerwca. Nie można zatem uznać, że zawarcie umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia jest niezbędne dla realizacji zamówienia, skoro już w dniu wystania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, termin wskazany przez zamawiającego był nieaktualny.

Odnosząc się z kolei do argumentów dotyczących harmonogramu projektu współfinansowanego z Programu Infrastruktura i Środowisko i prowadzenia na przedmiotowym terenie robót budowlanych związanych z innym zamówieniem, należy stwierdzić, że ewentualne opóźnienia w ich realizacji nie są okolicznością o tak istotnym znaczeniu, aby można było uznać, że spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Opóźnienia w realizacji takich zadań mają miejsce nierzadko i zwykle na wypadek ich wystąpienia inwestor / beneficjent jest zabezpieczony poprzez odpowiednie postanowienia umowy o dofinansowanie lub umowy o zamówienie publiczne, przewidujące możliwość przedłużenia terminu

realizacji zadania. Zamawiający nie załączył przy tym do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, ww. umów w celu udowodnienia, że nie przewidują one żadnych możliwości zmiany terminu realizacji i że ich realizacja z uchybieniem terminu niesie za sobą konsekwencje, o jakich mowa w art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że zgodnie z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznanie odwołania następuje w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby, co oznacza, że ewentualne opóźnienie w realizacji innych zadań zamawiającego może wynosić najprawdopodobniej właśnie ok. 15 dni (w niniejszej sprawie termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na 12-ty dzień od wpływu odwołania do Izby), nie jest to więc opóźnienie znaczące i uzasadniające odstąpienie od zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia.

Reasumując, uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia stanowi absoluty wyjątek od zasady zakazu zawarcia takiej umowy i z tego też powodu przyczyny odstąpienia muszą być przez zamawiającego rzetelnie i jednoznacznie udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione. W niniejszej sprawie zamawiający nie udowodnił w sposób niebudzący wątpliwości, że brak możliwości podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w postępowaniu. W szczególności zamawiający nie udowodnił, że zagrożenie życia ludzkiego ma wymiar realny (brak raportu z badań ferromagnetycznych, brak informacji o podjęciu innych działań zapobiegawczych, brak wykazania związku między zagrożeniem wynikającym z pracy koparki a wynikającym z zachowania ludzkiego) oraz że zawarcie umowy przed wydaniem orzeczenia ma znaczenie, skoro pierwszy tydzień czerwca br. już upłynął. Z uwagi na powyższe, Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: