

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 czerwca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 czerwca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego – Park Narodowy Gór Stołowych - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana podestów drewnianych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego”

**postanawia:**

**odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Park Narodowy Gór Stołowych - pismem z 26 czerwca 2020 r., działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana podestów drewnianych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego”.

Uzasadniając ww. wniosek zamawiający wskazał, że trasa turystyczna na Szczelińcu Wielkim stanowi jedną z największych atrakcji turystycznych Sudetów. Rocznie odwiedzana jest przez ponad 300 tys. turystów. Ukształtowanie terenu trasy turystycznej wymaga zastosowania sztucznych ułatwień w postaci drewnianych kładek i podestów. Kładki i podesty poza walorem ułatwiającym poruszanie się turystów zwiększają także ich bezpieczeństwo oraz przeciwdziałają antropopresji poprzez kanalizowanie ruchu turystów. Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku kontroli stanu technicznego przeprowadzanego corocznie przez pracowników PNGS stwierdzono bardzo mocne zużycie przedmiotowych kładek i potrzebę ich wymiany. Jak podał zamawiający, realizacja prac budowlanych

powinna odbyć się w miesiącach letnich i zakończyć przed opadami śniegu. Utrzymanie infrastruktury technicznej gwarantującej bezpieczeństwo turystów stanowi, zdaniem zamawiającego, jeden z elementów bezpieczeństwa publicznego.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowej sprawie można wyróżnić co najmniej 4 zasadnicze aspekty interesu publicznego, tj.:

- zapewnienie bezpieczeństwa turystów korzystających z trasy turystycznej Szczelińca Wielkiego,
- poprawa dostępności oraz podwyższenie jakości usług turystycznych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego,
- aspekt środowiskowo-przyrodniczy realizacji przedsięwzięcia służący ochronie bądź polepszeniu stanu środowiska,
- realne ryzyko realizacji zamówienia w zakładanym terminie, a w konsekwencji jego niewykonanie skutkujące odpowiedzialnością odszkodowawczą zamawiającego.

W ocenie zamawiającego, każdy z tych aspektów odrębnie już sam w sobie stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, że przedmiotowa inwestycja w znaczący sposób oddziałuje na interes publiczny. Zamawiający wskazał, że niezrealizowanie tej inwestycji w terminie będzie miało negatywne skutki dla tego interesu. Jak zaznaczył zamawiający, wymiana podestów drewnianych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego leży w interesie społecznym, bowiem trasa turystyczna Szczelińca Wielkiego jest jedną z największych atrakcji turystycznych Dolnego Śląska i opóźnienie w realizacji inwestycji, a w konsekwencji zaniechanie realizacji zadania, nie jest obojętne z punktu widzenia interesu publicznego.

Zamawiający dalej argumentował, że przedmiotowe zadanie inwestycyjne zostało pozytywnie zakwalifikowane do dofinansowania z funduszu leśnego w ramach umowy zawartej w dniu 28 kwietnia 2020 r. pomiędzy Skarbem Państwa-Państwowym Gospodarstwem Leśnym, Dyrekcją Generalną Lasów Państwowych a zamawiającym. Zgodnie z ww. umową zamawiający otrzymał dofinansowanie na wykonanie 22 grup poddziałań, w tym wymiany podestów drewnianych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego. Okres kwalifikowania wydatków w ramach udzielonego dofinansowania obejmuje okres od stycznia 2020 r. do 15 grudnia 2020 r.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalił termin wykonania przedmiotu umowy, tj. termin zakończenia wszystkich robót i pisemnej, potwierdzonej gotowości do odbioru wraz z wymaganymi dokumentami – na dzień 30 września 2020 r. Zamawiający przy określeniu terminu wykonania zadania brał po uwagę warunki atmosferyczne panujące w górach oraz konieczność wykonania zadania na wolnym

powietrzu. Z uwagi na powyższe, jak stwierdził zamawiający, nie ma możliwości realizacji zadania później niż do 30 września 2020 r.

Jak zauważył zamawiający, wykonawca miał zaproponować wcześniejsze wykonanie przedmiotu zamówienia – stanowiące element oceny ofert - o maksymalnie 20 dni. Wykonawca zobowiązany był podać deklarowaną datę realizacji zamówienia w formularzu oferty. Skrócenie terminu realizacji miało być liczbą dni między datą 30 września 2020 r. a zadeklarowaną datą zakończenia zadania podaną przez wykonawcę w ofercie. Najwcześniejsza data zakończenia zadania, jaka miała być zadeklarowana to 10 września 2020 r.

Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że prace będą wykonywane tylko w godzinach od 5:00 do 9:00 i od godziny 16:00 do zmroku. W godzinach od 9:00 do 16:00 trasa turystyczna będzie otwarta dla zwiedzających i prowadzone tam prace nie mogą utrudniać ruchu turystycznego. Zamawiający podał, że należało tak planować i prowadzić prace, aby o godzinie 9:00 wszystkie odcinki trasy były dostępne. Wyjątkiem będą prace w tak zwanym „piekielku”. Zamawiający umożliwi zamknięcie tego odcinka trasy na okres maksymalnie 7 dni, ale nie wcześniej niż od 5 września 2020 r.

Zamawiający podniósł, że w celu zapewnienia wyboru wykonawcy, który jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w wymaganym przez zamawiającego okresie, zamawiający wszczął postępowanie niezwłocznie po zawarciu umowy o dofinansowanie, tj. w dniu 12 maja 2020 r. Termin ten gwarantował zarówno terminowe podpisanie umowy, jak również terminową realizację zadania inwestycyjnego.

Jak wskazał Zamawiający, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wskazał, w ramach kryterium oceny ofert, skrócenie terminu realizacji zadania – termin 10 września 2020 r. Ten termin był realny do wykonania pod warunkiem zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego bez opóźnień związanych z procedurą odwoławczą. Zamawiający stwierdził, że zawiadomienie o wyborze oferty zostało przesłane do wykonawców w dniu 29 maja 2020 r., zaś rozpoczęcie zadania planowane było na dzień 5 czerwca 2020 r. Zamawiający zaznaczył, że obecnie każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu zadania stanowi realne zagrożenie braku możliwości wykonania zadania przez wykonawcę w terminie do 10 września 2020 r. Opóźnienie w rozpoczęciu zadania sięga już około 20 dni, a termin wprowadzenia sprawy na wokandę nie został dotąd wyznaczony.

Ponadto zamawiający wskazał, że obecne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące terminu wykonania zadania oraz zadeklarowany przez wykonawcę termin wykonania zadania w ramach kryterium oceny ofert zobowiązują zamawiającego

i wykonawcę do wykonania zadania w terminie do 10 września 2020 r. i nie ma możliwości przesunięcia tego terminu. Zamawiający wyjaśnił, że ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział możliwości prolongaty terminu wykonania zadania. Powyższe oznacza, jak podkreślił zamawiający, że termin realizacji zadania ma charakter niezmienny. Zamawiający podał, że zgodnie z ww. umową o dofinansowanie, jeżeli nie dojdzie do zawarcia umowy z wykonawcą i nie zostaną dotrzymane terminy realizacji przedsięwzięcia, zamawiający może nie otrzymać pełnego dofinansowania. W konsekwencji, jeżeli zamawiający nie otrzyma środków z funduszu leśnego, samodzielnie nie jest w stanie ponieść ciężaru finansowania zadania i będzie zmuszony zaniechać jego realizacji, a tym samym narazi się na odpowiedzialność odszkodowawczą użytkowników trasy turystycznej w przypadku jakiegokolwiek wypadku na dotychczasowych, zniszczonych i wyeksploatowanych podestach na trasie turystycznej.

Zamawiający zaznaczył, że w przypadku utraty dofinansowania z funduszu leśnego, podesty i tak będą musiały być w przyszłości wymienione ze środków zamawiającego, a koszty realizacji zadania będą musiały być w przyszłości poniesione ze środków zamawiającego. Z kolei koszty realizacji zadania będą musiały zostać odzwierciedlone w biletach, co sprawi, że poniesione zostaną przez turystów odwiedzających Park.

Zamawiający zaznaczył, że jakakolwiek dalsza zwłoka w wymianie podestów będzie skutkować sukcesywnym i postępującym ograniczeniem możliwości korzystania z trasy turystycznej.

W dalszej części zamawiający odniósł się na odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazując na jego bezzasadność.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem, w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia takiej umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie, skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla finansów publicznych. Jako wyjątek art. 183 ust. 2 ustawy Pzp podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla

wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp 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.

Przywołana norma wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie Pzp przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W ocenie Izby, zamawiający nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie przedmiotowej instytucji, nie wykazał, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego na tyle duży, że uzasadnione jest odstępianie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. Izba dostrzega, że realizacja przedmiotowego zamówienia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Ponadto, zamawiający planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien uwzględnić czas na wniesienie środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym

poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest niewątpliwie wymiana podestów drewnianych na trasie turystycznej Szczelińca Wielkiego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....