

Sygn. akt: KIO 257/21

WYROK

z dnia 2 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lutego 2021r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2021r. **przez odwołującego** M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budmar M. K., Pośrednik 15, 62-862 Iwanowice w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Poznaniu ul. Jana Henryka Dąbrowskiego 79, 60-529 Poznań

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
2. Kosztami postępowania obciąża Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Poznaniu ul. Jana Henryka Dąbrowskiego 79, 60-529 Poznań

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budmar M. K., Pośrednik 15, 62-862 Iwanowice tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Poznaniu ul. Jana Henryka Dąbrowskiego 79, 60-529 Poznań kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budmar M. K., Pośrednik 15, 62-862 Iwanowice stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

odwołanie złożono wobec czynności zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie zabiegów z zakresu ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na wycince drzew i krzewów (znak postępowania zamawiającego ZP.261.111.2020.DU), w którym zamawiającym jest Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Poznaniu.

[ogłoszenie o zamówieniu nr 2020/S 192-463154 z 2 października 2020 r.)

Zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucono, iż została dokonana z naruszeniem:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych [2004 r.] z uwagi na brak zaistnienia którejkolwiek z łącznych przesłanek unieważnienia postępowania określonych w tym artykule,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych [2004 r.] w związku z art. 146 ust. 6 prawa zamówień publicznych [2004 r.] z uwagi na brak zaistnienia wskazanej tam przesłanki kwestionowania ważności umowy.

Odwołania do ustawy prawo zamówień publicznych [2004 r.] dotyczą ustawy mającej zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych).

W związku z podniesionym zarzutem oraz charakterem wskazanych naruszeń, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z 12 stycznia 2020 r.

również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Zaskarżona czynność unieważnienia postępowania została zamieszczona na stronie internetowej postępowania oraz przekazana odwołującemu 12 stycznia 2021 r.

Tym samym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p. termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa 22 stycznia 2021 r.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności zamawiającego spowodowałoby, iż oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu. Powyższe wynika z czynności zamawiającego wystosowania do odwołującego wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 prawa zamówień publicznych [2004 r.] w dniu 8 grudnia 2020 r.

Grożąca odwołującemu szkoda to utracone korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, którego nie uzyskałby, gdyby w obrocie pozostała wadliwa czynność zamawiającego.

Uzasadnienie

I. Braki w samej czynności unieważnienia postępowania

Zamawiający podjął czynność unieważnienia postępowania 12 stycznia 2021 r. Przedmiotowa czynność unieważnienia postępowania została dokonana praktycznie bez uzasadnienia.

Co do uzasadnienia prawnego - zamawiający wskazał jedynie, że unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli zacytował jedynie treść art. 93 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych [2004 r.].

Co do uzasadnienia faktycznego - znalazło się tam jedno zdanie: „zamawiający nieprecyzyjnie określił możliwość korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy”.

Zamawiający nie odniósł się do poniższych kwestii:

- jaka podstawa prawna miałyby stanowić o konieczności unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jaka zawarta zostałyby w wyniku postępowania. Dla potrzeb prowadzenia argumentacji w niniejszym odwołaniu odwołujący przyjmuje, iż chodzi o zastosowanie podstawy określonej w art. 146 ust. 6 prawa zamówień publicznych [2004 r.], jednak nie wynika to w żadnej mierze z treści pisma czy nawet z opisu stanu faktycznego sprawy w uzasadnieniu faktycznym;
- jakie konkretne braki precyzji pojawiły się w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy - opis ten dla odwołującego jest zrozumiały, co więcej podobny opis zawarty był we wcześniej skutecznie przeprowadzanych postępowaniach i udzielanych zamówieniach,
- dlaczego te braki precyzji nie dają się wyjaśnić lub uzupełnić przy zastosowaniu zwykłych zasad wykładni,

- dlaczego te braki precyzji miałyby stanowić nie tylko zwykłą wadę opisu przedmiotu zamówienia, ale wadę tego rodzaju i kalibru, że powodowałyby ona konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jaka zawarta została w wyniku postępowania.

Należy podkreślić, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania istnienia przesłanek unieważnienia postępowania, co wielokrotnie było przypominane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 roku (sygn. akt KO 767/12)

Przepisy ustawy Pzp określają wprost okoliczności obligujące Zamawiającego do podjęcia takiej czynności jak unieważnienie postępowania, jednak każdy z ustawowych warunków podlegać powinien wnikliwej analizie i interpretacji, stosownie do szczegółów i okoliczności towarzyszących konkretnemu przypadkowi (...)

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa w niniejszej sprawie na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Wykazanie powinno objąć wszystkie przesłanki powoływanej podstawy unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał żadnej z nich. W tej mierze jako nieprecyzyjne można raczej traktować uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, a nie sam opis możliwości korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy.

Powyższe, z jednej strony, oznacza, iż zamawiający nie miał podstaw do dokonania czynności unieważnienia postępowania. Z drugiej zaś utrudnia dalsze rozwinięcie argumentacji przez odwołującego ponad stwierdzenie jasnego faktu o nieadekwatności uzasadnienia dokonanej czynności.

Odwołujący może podnosić merytoryczne argumenty jedynie w kontrze do merytorycznych argumentów zamawiającego. Brak jasnego i pełnego uzasadnienia czynności zamawiającego powoduje, że odwołujący może przedstawić kompletną argumentację jedynie w odniesieniu do tych twierdzeń zamawiającego, które zostały ujawnione w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania.

II. Wybór wykonawcy jako cel postępowania, unieważnienie jako naruszenie zasad postępowania

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, a unieważnienie postępowania jest instytucją o charakterze wyjątkowym, która przekreśla ten cel.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2016 r. KIO 314/16 - „Katalog przesłanek unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego ma charakter zamknięty, a samą instytucję unieważnienia należy traktować jak wyjątek”.

Szersze odniesienie do tej kwestii zawierają poniższe wyroki Izby:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1420/13)

Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty; a nie zakończyć się unieważnieniem. Możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2012 roku (sygn. akt KO 767/12)

Zauważyć należy, iż czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznać można za najbardziej radykalną w postępowaniu. Czynność ta stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia w sytuacjach określonych w art. 93 ust. 1 p.z.p., jednak równocześnie nie ma prawa unieważnić postępowania, jeśli nie zachodzi żadna z podstaw unieważnienia postępowania.

Co więcej z przywoływanej w orzecznictwie Izby zasady można wysnuć wniosek, iż w razie wątpliwości czy okoliczności sprawy stanowią podstawę do unieważnienia postępowania czy też nie, zamawiający nie ma prawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

To dalsze prowadzenie postępowania i jego rozstrzygnięcie jest celem postępowania. Unieważnienie postępowania nie pełni roli szansy na jego ponowne przeprowadzenie w lepszy sposób tj. z pominięciem postrzeganych przez zamawiającego błędów. Jest tak dlatego, że ta czynność przekreśla dotychczasowe starania wykonawców o uzyskanie zamówienia. Zamawiający nie ma podstaw w prawie zamówień publicznych do traktowania unieważnienia jako dobrego sposobu na „poprawienie” postępowania.

Warto przypomnieć ważną prawdę, iż w wielu sprawach (również i tej to nie wybór najkorzystniejszej oferty prowadziłby do naruszenia prawa zamówień publicznych, a unieważnienie i następnie powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Realne ryzyko naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji zostało dobrze zobrazowane w poniższym wyroku Izby:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 912/15}

Rozumiejąc intencje Zamawiającego, który podkreślał chęć ponownego przeprowadzenia przetargu, przy bardziej precyzyjnie opisanym już kryterium eksploatacji, należy podkreślić, że decyzja mająca w przekonaniu Zamawiającego służyć równemu traktowaniu wykonawców, mogła w tej sprawie przynieść skutki przeciwne. Jeżeli bowiem dany wykonawca dołożył starań, by dostosować się do istoty treści specyfikacji, sporządził ofertę, oparł wyliczenia tej oferty na wymogach podanych mu przez zamawiającego, to unieważnienie postępowania z uwagi na to, że inni wykonawcy nie dołożyli ewentualnie starań w tym zakresie bądź ich oferty pomijają wymogi specyfikacji i wyrażone w niej intencje Zamawiającego, jawi się dla tego wykonawcy, jako naruszenie zasady równego traktowania, a nie jako działanie nakierowane na realizację tej zasady.

Odwołujący chciałby, by zamawiający zaakceptował sens powyższych słów, które jego zdaniem dobrze ilustrują sytuację w niniejszym postępowaniu. Wprowadzenie zmian w opisie przedmiotu zamówienia przez zakończenie niniejszego postępowania i ogłoszenie nowego, wynikające z dobrych intencji, może okazać się rozwiązaniem nie tylko niewłaściwym, ale w tej konkretnej sytuacji bezprawnym.

Powyższe zresztą jasno wynika nie tylko z samej ustawy prawo zamówień publicznych. Unieważnienie postępowania „na wyrost” tj. bez zaistnienia sytuacji faktycznej opisanej w ustawie skutkującej obowiązkiem unieważnienia postępowania jest takim samym naruszeniem ustawy, jak brak unieważnienia postępowania w sytuacji zaistnienia takiej sytuacji faktycznej. Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1440): „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania".

III. Brak istnienia wady postępowania

Nie znając w pełni argumentów zamawiającego, jedynie na podstawie wskazania fragmentu opisu przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający dopatruje się nieprecyzyjności, odwołujący odniesie się do przywoływanej podstawy faktycznej unieważnienia.

Zdaniem odwołującego:

A. na brak wady wskazuje fakt wcześniejszego przeprowadzenia i rozstrzygnięcia przez zamawiającego innych postępowań z bardzo zbliżonym opisem przedmiotu zamówienia w problemowym zakresie, a następnie ich realizacja na podstawie tegoż opisu,

B. na brak wady wskazuje fakt, iż sam zamawiający długo tak uważał na etapie przygotowania postępowania i jego prowadzenia; co więcej, braku precyzji nie dostrzegli sami wykonawcy uczestniczący w postępowaniu,

C. powoływana wada nie istnieje, opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z wymogami ustawy w tym zakresie.

Ad A

Bardzo zbliżone postanowienia dotyczące używania pojazdów przy realizacji zamówień na wykonywanie zabiegów z zakresu ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 zamawiający zawierał we wcześniejszych swoich postępowaniach. Jako przykład można przywołać tu poniższe postępowania:

1) Wykonanie zabiegów ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na wycince drzew i krzewów z płatów siedlisk przyrodniczych (nr referencyjny : WOP.261.47.2018.DU),

tożsame fragmenty opisu przedmiotu zamówienia:

1.9. lit. g OPZ: "Prace związaną z wycinką należy wykonać ręcznie bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy"

1.9. lit i OPZ: "Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotami ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH 300026. Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić

do zniszczenia siedlisk przyrodniczych. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu w granicach siedliska przyrodniczego, który mógłby spowodować szkody w siedlisku przyrodniczym lub jego zniszczenie."

2) Usługa wykonania zabiegów ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na wycince drzew i krzewów (nr referencyjny: WOP.261.107.2019.DU),

tożsame fragmenty opisu przedmiotu zamówienia:

1.5. lit. f OPZ: "Prace związaną z wycinką należy wykonać ręcznie (siekiera, piła ręczna/spalinowa, sekator itp.) bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy "

1.5. lit. i OPZ: "Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotem ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH 300026. Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu, który mógłby spowodować ww. zniszczenia

Postępowania te zostały rozstrzygnięte, a więc zamawiający nie dopatrywał się wówczas w tych opisach jakiegokolwiek braku precyzji.

Jednocześnie pomiędzy tymi postępowaniami a obecnym nie została dokonana żadna istotna zmiana opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdza, że wcześniej zamawiający uznawał wskazywany opis za precyzyjny (lub przynajmniej wystarczająco precyzyjny).

W postępowaniach tych przewijają się wykonawcy, którzy złożyli również oferty w niniejszym postępowaniu: sam odwołujący, Eco-Future T. M. oraz Arbotrek P. O. . Oferty tych dwóch pierwszych wykonawców były zaś wybierane jako najkorzystniejsze.

Powyższe pokazuje, że również na etapie realizacji powyższych zamówień nie pojawiły się wątpliwości co do wymogów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości stosowania pojazdów (takowe prowadziłyby zapewne ze strony wykonawców do zadawania pytań w obecnym postępowaniu, a ze strony zamawiającego do doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu).

Wątpliwości te nie istnieją również teraz.

Ad B

Skoro zamawiający wykreował opis przedmiotu zamówienia na potrzeby niniejszego postępowania to znaczy, że na etapie jego przygotowania, weryfikacji i zatwierdzenia przez

kierownika zamawiającego nie pojawiły się wątpliwości co do precyzji opisu możliwości korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy.

Wątpliwości te nie istniały jeszcze 8 grudnia, kiedy do odwołującego skierowano wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p. [2004 r.], co oznacza, że uznawano w tym momencie jego ofertę za najwyższej ocenioną, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego za nieobarczone jakąkolwiek istotną wadą.

Dopiero 12 stycznia 2021 r. wątpliwości te stały się podstawą do podjęcia czynności unieważnienia niniejszego postępowania. Zamawiający dostrzegł wadę, której wcześniej przez tyle czasu nie widział.

Podobnie, przed terminem składania ofert braku precyzji opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu nie dostrzegli sami wykonawcy uczestniczący w postępowaniu. Domniemany brak precyzji opisu przedmiotu zamówienia nie stał się przedmiotem żadnego wniosku o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonego w art. 38 ust. 1 p.z.p. [2004 r.]

W orzecznictwie zarówno sądowym, jak i Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie, zwłaszcza w ostatnich latach, powtarzano tezę o konieczności zachowania przez wykonawców należytej staranności wedle jej profesjonalnego miernika np. „Należy podkreślić też to, że wykonawca jest profesjonalistą, przedsiębiorcą, prowadzącym działalność gospodarczą i jest zobowiązany do zachowania należytej staranności” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 604/15) oraz „w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy, art. 38 ZamPubU stanowi w związku z art. 354 § 2 KC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13).

Skoro zaś żaden z wykonawców nie zwrócił się z podobnym wnioskiem, to znaczy, że nawet jeśli rzeczywiście brakowało precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, to nie stanowiło to przeszkody do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z zainteresowanych wykonawców. Tym samym trudno uznać, iż domniemany brak precyzji mógł mieć rzeczywisty wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad C

Odnosząc się do uzasadnienia wskazującego na wady opisu możliwości korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy należy zbadać jak wyglądał ten opis. Zamawiający wskazał:

- pkt 5 ppkt 6 OPZ "Prace związane z wycinką należy wykonać ręcznie (siekiera, piła ręczna/spalinowa, sekator itp.) bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy."
- pkt 5 ppkt 9 OPZ "Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotem ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH 300026. Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu, który mógłby spowodować ww. zniszczenia."

W ocenie odwołującego zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia precyzyjnie i jasno określił warunki korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy, które przedstawiają się następująco:

- użycie pojazdów przy wywozie biomasy jest możliwe tylko w przypadku tych pojazdów, które nie spowodują zniszczenia podłoża podczas prac,
- nie jest możliwe użycie pojazdów będących ciężkim sprzętem, gdyż może to spowodować zniszczenia podłoża podczas prac,
- istnieje możliwość skorzystania z ciągnika z przyczepą przy wywozie biomasy.

Zasady te obowiązują łącznie to znaczy, iż pojazdy niebędące ciężkim sprzętem mogą być wykorzystywane przy wywozie biomasy, ale nadal muszą spełniać warunek niepowodowania zniszczeń podłoża podczas prac. Na tej samej zasadzie istnieje możliwość skorzystania z ciągnika z przyczepą przy wywozie biomasy - nadal muszą one spełniać warunek niepowodowania zniszczeń podłoża podczas prac.

Z treści przytoczony fragmentów opisu przedmiotu zamówienia jasno wynika, iż najważniejsza zasada, która ma bezwzględne znaczenie dla zamawiającego to wymóg niedopuszczenia do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki.

Już ta jedna, jedyna zasada precyzyjnie i bez niejasności określa zasady wykorzystania pojazdów przy wywozie biomasy - nie mogą one niszczyć podłoża.

Mój klient realizował już zamówienia o podobnych charakterze - tj. wycinkę na terenach obszaru Natura 2000 - i często napotykał zbliżone lub bardzo podobne podłoża, co do których istniał wymóg ochrony podczas realizacji zamówienia.

W niniejszym zamówieniu wywóz biomasy z płatów siedlisk przyrodniczych planowany jest przy pomocy własnego zestawu ciągnika i przyczepy cechującego się bardzo niskim

naciskiem w kilogramach na koło, którego nacisk jest porównywalny do wagi dorosłego człowieka ręcznie wynoszącego urobek. Ten zestaw to ciągnik iseki TM 3185 AL o wadze 510 kg oraz przyczepa model Country t30 o wadze 330 kg w razie potrzeby wyposażone w gąsienice na koła. Ciągnik oraz przyczepa wymieniona wyżej ze względu na bardzo małą masę własną nie spowodują uszkodzenia gruntu czy runi łąki przy wywozie powstałego urobku.

Jednocześnie planowane jest obserwowanie wpływu ciągnika i przyczepy na stan podłoża, tak by nie dopuścić do żadnych jego uszkodzeń. Wykonawca ma świadomość, iż nadrzędną dyrektywą zamawiającego jest zachowanie stanu podłoża.

Powyższy sposób realizacji zamówienia odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, który jest dla wykonawcy precyzyjny w stopniu umożliwiającym realizację zamówienia bez sporów na linii wykonawca - zamawiający.

Warto też zwrócić uwagę, iż poziom precyzji opisu przedmiotu zamówienia może być różny - co nie jest jego wadą. Ustawodawca nie wymaga by każdy parametr został opisany w sposób dokładnie skwantyfikowany i oznaczony. Tym samym nie było konieczne wskazywanie konkretnych parametrów nacisku osi na podłoże wykorzystywanych pojazdów czy masy pojazdów.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 1 p.z.p. [2004 r.1 zamawiający może opisać przedmiot Zamówienia przez określenie wymagań dotyczących funkcjonalności. Tym samym wystarczające byłoby samo określenie typu: „Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki”, nawet bez dodatkowego zakazu używania ciężkiego sprzętu.

Pozostawia ono przed wykonawcą jasną wytyczną funkcjonalną, do której wykonawca sam ma dobrać metodę realizacji zamówienia i sprzęt.

W tym podejściu zamawiający nie określa szczegółowo metody realizacji zamówienia, a jedynie cel jaki ma osiągnąć wykonawca. Ten cel jest jasny również w opisie przedmiotu niniejszego zamówienia. Jasna jest dyrektywa postępowania nakazująca niedopuszczenie do zniszczenia podłoża.

O braku precyzji przedmiotu zamówienia nie decyduje również fakt, iż opis ten mógł zostać inaczej zrozumiany przez zamawiającego i przez któregoś z wykonawców czy przez kilku różnych wykonawców. Brak precyzji musi wynikać z wykładni tekstu opisu przedmiotu zamówienia. Jeśli po przeprowadzeniu wykładni jego treści pozostają nie dające się usunąć wątpliwości to dopiero wówczas można mówić o braku precyzji. Dopiero wówczas można zacząć zastanawiać się w ogóle czy ten brak precyzji miał wpływ na wynik postępowania.

Inny wykonawca w niniejszym postępowaniu - Arobtrek P. O. - wprost wskazał, iż zamierza realizować zamówienie przy użyciu ciężkiego sprzętu tj. zrywkę z wykorzystaniem ciągnika leśnego Valtra N143 (masa własna 5 450 kg) oraz przyczepy Palms 840 (masa własna 2 450 kg). Zamysł ten nie wskazuje jednak na wady opisu przedmiotu zamówienia, a na wolę realizacji zamówienia przez tegoż wykonawcę niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

IV. Brak jakiegokolwiek wykazania wpływu domniemanej wady na wynik postępowania

W kontekście prawdopodobnej skonkretyzowanej podstawy unieważnienia postępowania wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. [2004] t.j stosowanego w związku z art. 146 ust. 6 p.2.p. [2004 r.1 (zamawiający nie skonkretyzował jaka podstawa prawna miałyby stanowić o konieczności unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jaka zawarta zostałaaby w wyniku postępowania) kluczowe jest zaistnienie przesłanki wpływu „błędu” zamawiającego na wynik postępowania. Do tej kwestii uzasadnienie czynności zamawiającego w ogóle się nie odnosi, choć jest to element wymaganych do wykazania przesłanek unieważnienia postępowania.

dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.

Stanowisko zamawiającego o błędzie w czynności opisu przedmiotu zamówienia mogłoby być jedynie zaczątkiem wykazania istnienia podstaw do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przeprowadził (albo nie udokumentował przeprowadzenia nie uzasadniając swojej czynności w tym zakresie) analizy wpływu postrzeganej przez siebie wady opisu przedmiotu zamówienia na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wpływ ten, zgodnie z orzecznictwem Izby powinien mieć istotny charakter. Warto tu przywołać poniższe orzeczenia:

wyrok Krajowej tory Odwoławczej z dnia 8 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 393/12)

Nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet jeśli - ze względu na etap, w którym znajduje się postępowanie - nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art 146 ust 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 7 tej ustawy. Okolicznością taką jest jedynie niezgodna z ustawą czynność lub zaniechanie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wykazanie takiego wpływu obciąża zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie może być to wpływ bliżej nieokreślony i nieuprawdopodobniony.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 roku (sygn. akt KIO 1420/13)

Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art 146 ust 6, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez Zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. (...)

Uchybienia w zakresie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie żądania dokumentów / oświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowią przyczyn unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7)

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. [2004 r.] „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Zgodnie zaś z art. 146 ust. 6 p.z.p. [2004 r.] „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.

Stanowisko zamawiającego o błędzie w czynności opisu przedmiotu zamówienia mogłoby być jedynie zaczątkiem wykazania istnienia podstaw do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przeprowadził (albo nie udokumentował przeprowadzenia nie uzasadniając swojej czynności w tym zakresie! analizy wpływu postrzeganej przez siebie wady opisu przedmiotu zamówienia na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wpływ ten, zgodnie z orzecznictwem Izby powinien mieć istotny charakter. Warto tu przywołać poniższe orzeczenia:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 393/12)

Nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet jeśli - ze względu na etap, w którym znajduje się postępowanie - nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art 146 ust 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 7 tej ustawy. Okolicznością taką jest jedynie niezgodna z ustawą czynność lub zaniechanie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wykazanie takiego wpływu obciąża zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie może być to wpływ bliżej nieokreślony i nieuprawdopodobniony.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 roku (sygn. akt KIO 1420/13)

Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art 146 ust 6, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez Zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. (...)

Uchybienia w zakresie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie żądania dokumentów / oświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowią przyczyn unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), bowiem nie miały one wpływu na wynik postępowania - Zamawiający nie wykazał jaki mogły mieć wpływ lub miały wpływ na wynik postępowania. Nie wszystkie uchybienia w postępowaniu stanowią podstawę jego unieważnienia. W rozpoznanej sprawie w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert na porównywalnym poziomie finansowym co wskazuje na jednoznaczne rozumienie opisu przedmiotu zamówienia, znajomość przedmiotu postępowania oraz wykonanie wszystkich obowiązków jakie nałożył Zamawiający w tym dokonanie wizji lokalnej oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nie wykazał (zgodnie z art. 6 Kc oraz art. 190 ust 1 ustawy) w sposób nie budzący wątpliwości, że podniesione przez Zamawiającego wady

skutkować muszą unieważnieniem postępowania, unieważnienie postępowania stanowić powinno ostateczną decyzję.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2357/17)

Stanowisko Zamawiającego można podzielić jedynie co do tego, że w postępowaniu wystąpiła wada, której nie można na tym etapie usunąć, gdyż po otwarciu ofert nie jest obiektywnie niemożliwe uzgodnienie treści ogłoszenia i specyfikacji lub uzupełnienie treści tych dokumentów.

Nie oznacza to jednak, że nie można i nie należy ustalić, jaka była ostatecznie treść warunków, których spełnienia można wymagać od wykonawców. W ocenie Izby konsekwencją uchybienia we wprowadzeniu fakultatywnego warunku lub fakultatywnej podstawy, czy to z powodu rozbieżności treści pomiędzy ogłoszeniem a specyfikacją, czy też z uwagi na brak zażądania stosowanych dokumentów, jest brak możliwości egzekwowania od wykonawców spełnienia wadliwie zastrzeżonych wymagań. W szczególności należy zauważyć, że z art. 22 ust 2 pkt 1 ZamPublU wprost wynika, że ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie do wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne musi wynikać z ogłoszenia o zamówieniu.

Reasumując, o ile nawet zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wada jest nieusuwalna, o tyle nie jest ona na tyle istotna, aby mogła być podstawą do uznania, że umowa w sprawie tego zamówienia publicznego zawarta z Konsorcjum N. podlegałaby unieważnieniu.

VII. Zakończenie

Z uwagi na powyższe argumenty odwołującego należy uznać, iż czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia została dokonana bez podstawy prawnej - gdyż nie spełnia warunków określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. [2004 r.] - i jako taka powinna zostać usunięta z obrotu.

Nakazanie zamawiającemu przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z 12 stycznia 2020 r. przywróci stan zgodności prowadzonego postępowania z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych [2004 r.].

Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Jednocześnie wnioś o przeprowadzenie niżej wymienionych dowodów oraz wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczności tam opisane:

1. Dowodów z dokumentów niniejszego postępowania: Opisu Przedmiotu zamówienia a także pisma ARBOTREK P. O. z dnia 9 grudnia 2020 r., na okoliczność że Wykonawcy mieli uzasadnione wątpliwości, co do jasności zapisów w Opisie Przedmiotu Zamówienia, wskazujących na brak możliwości stosowania pojazdów typu Forwarder przy usuwaniu biomasy.
2. Dowodów z dokumentów postępowania WOP.261.40.2018.ŁD (SIWZ i protokół odbioru), na okoliczność nieprecyzyjnych zapisów w Opisie Przedmiotu Zamówienia.
3. Dowodów w dokumentów wydruków z poradnika ochrony siedlisk: 7210 Torfowiska nakredowe (*Cladietum marisci*, *Caricetum buxbaumii*, *Schoenetum nigricantis*) i 6410 Zmienneowilgotne łąki trzęślicowe (*Molinion*) na okoliczność warunków i możliwości wykonywania prac.
4. Dowodu z porozumienia z Krajowym Ośrodkiem Wsparcia Rolnictwa na okoliczność ograniczonych możliwości prowadzenia prac.
5. Przesłuchania w charakterze świadka:
 - Pana P. O. — Arbotrek P. O., na okoliczność, nieprecyzyjnych zapisów w Opisie Przedmiotu Zamówienia.
 - pana D. L. — wezwanie na adres RDOŚ w Poznaniu na okoliczność, że wykonawcy mieli uzasadnione wątpliwości, co do treści SIWZ, poprzednich postępowań, a także na okoliczność warunków siedliskowych i konieczności ręcznego prowadzenia prac.

Ponadto wniesiono o zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący składając odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp (ustawy dotychczasowej z 2004r. – ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w 2020r.).

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 z uwagi na brak zaistnienia którejkolwiek z łącznych przesłanek unieważnienia postępowania określonych w tym artykule oraz w związku z art. 146 ust. 6 z uwagi na brak zaistnienia wskazanej tam przesłanki kwestionowania ważności umowy.

Odwołania do ustawy prawo zamówień publicznych [2004 r.] są zgodne z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019r. poz.2020).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z 12 stycznia 2020 r.

również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Co do warunków formalnych wniesionego odwołania

Zamawiający ogłosił informację o unieważnieniu postępowaniu w dniu 12 stycznia 2021 roku, a tym samym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p. 10 dniowy termin na wniesienie odwołania upływa 22 stycznia 2021 r., w którym to dniu odwołujący wniósł na Epuap odwołanie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 192-463154 w dniu 2 października 2020 r.

Odwołanie złożono wobec czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było wykonanie zabiegów z zakresu ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na wycince drzew i krzewów (znak postępowania zamawiającego ZP.261.111.2020.DU),

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności zamawiającego unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający na etapie unieważnienia postępowania, nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Wobec powyższego każdy uczestniczący wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym ma prawo złożenia odwołania, wobec niweczącej czynności zamawiającego unieważnienia postępowanie.

Zamawiający przedstawił w złożonej odpowiedzi na odwołanie uwarunkowania charakterystyczne dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczegółowo je opisując jak poniżej.

Obszary Natura 2000 to najmłodsza z form ochrony przyrody, wprowadzona w 2004 r. w Polsce jako jeden z obowiązków związanych z przystąpieniem naszego kraju do Unii Europejskiej. Obszary te powstają we wszystkich państwach członkowskich tworząc Europejską Sieć Ekologiczną obszarów ochrony Natura 2000.

Głównym celem funkcjonowania Europejskiej Sieci Ekologicznej Natura 2000 jest zachowanie określonych typów siedlisk przyrodniczych oraz gatunków, które uważa się za cenne i zagrożone w skali całej Europy. Drugim jej celem jest ochrona różnorodności biologicznej.

Podstawą funkcjonowania programu jest między innymi dyrektywa siedliskowa (dyrektywa Rady 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory), która ustala zasady ochrony gatunków zwierząt i roślin oraz siedlisk przyrodniczych, a także procedury ochrony obszarów szczególnie ważnych przyrodniczo. Każdy kraj członkowski Unii Europejskiej ma obowiązek zapewnić siedliskom przyrodniczym i gatunkom, wymienionym w załącznikach dyrektywy siedliskowej, warunki sprzyjające ochronie lub zadbać o odtworzenie ich dobrego stanu m.in. poprzez zaplanowanie i właściwe wykonanie działań ochronnych.

Na podstawie art. 131 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2020 r. poz. 283, z późn. zm.) ochrona i zarządzanie obszarami Natura 2000 należy do zadań regionalnego dyrektora ochrony środowiska. Realizuje się to m.in. poprzez sporządzenie planu zadań ochronnych i wykonanie niezbędnych działań ochronnych.

Niniejsza sprawa dotyczy obszaru Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026. Zgodnie z zarządzeniem Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Bydgoszczy i Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Poznaniu z dnia 7 kwietnia 2014 r. w sprawie ustanowienia planu zadań ochronnych dla obszaru Natura 2000 Pojezierze) Gnieźnieńskie PLH300026 (Dz. Urz. Woj. 2014 poz. 2383), zmienionego zarządzeniem* Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Poznaniu z dnia 2 września 2015 r. (Dz. Urz. Woj. 2015 poz. 5276) jednym z celów działań ochronnych jest poprawa stanu ochrony siedlisk przyrodniczych: 6410 Zmiennowilgotne łąki trzęślicowe (Molinion) oraz 7210 Torfowiska nakredowe (Cladietum marisci, Caricetum buxbaumii, Schoenetum nigricantis), poprzez selektywne wycinanie drzew i krzewów wraz z ich usuwaniem poza powierzchnie siedliska.

Siedlisko 6410 Zmiennowilgotne łąki trzęślicowe (Molinion) obejmuje bogate w gatunki łąki, o wielowarstwowej strukturze, należące do najcenniejszych półnaturalnych zbiorowisk Polski i

Europy środkowej, rozwijające się na glebach o zmiennym poziomie wody gruntowej, często okresowo zalewane. Wymagają one tradycyjnego użytkowania ekstensywnego z późnym, jesiennym koszeniem, nie niższym niż na wysokości 10 cm, najlepiej co kilka lat. Zbyt częste lub zbyt niskie koszenie, rozjeżdżanie lub przeorywanie może negatywnie wpłynąć na strukturę przestrzenną tego siedliska i przyczynić się do ubożenia jego składu gatunkowego. Całkowite zaniechania koszenia łąki trzęślicowej może z kolei prowadzić do jej zabagnienia lub zarastania drzewami lub krzewami. W takim przypadku działaniem ochronnym jest usunięcie tych drzew i krzewów, ale w taki sposób, aby nie spowodować zniszczenia runi łąki.

Siedlisko 7210 Torfowiska nakredowe (*Cladietum marisci*, *Caricetum buxbaumii*, *Schoenetum nigricantis*) to siedlisko zależne od wód miejscowego pochodzenia, które wykształca się w strefie litoralu zbiorników wodnych oraz na miejscu zładowionych jezior z pokładem kredy jeziornej (gytii wapiennej) pokrytej pokładem torfu o różnej miąższości i uwilgotnieniu. Lustro wody występuje z reguły ponad powierzchnią terenu i podlega wahaniom sezonowym. W Polsce torfowiska nakredowe należą do siedlisk bardzo rzadkich i są nierównomiernie rozmieszczone. Siedlisko to często objęte jest tylko ochroną bierną, czasem może wymagać ochrony czynnej polegającej m.in. na usuwaniu nalotu drzew lub ekstensywnym koszeniu. Podłoże torfowe jest szczególnie wrażliwe na osuszanie, wydeptywanie i rozjeżdżanie.

Realizując swoje ustawowe zadania Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Poznaniu przeprowadził postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na usługę polegającą na wykonaniu zabiegów ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na doświetleniu ww. siedlisk przyrodniczych poprzez wycinkę niektórych drzew i krzewów.

Zadanie, którego dotyczy zamówienie jest częścią projektu POIS.02.04.00-000108/16-00 "Ochrona siedlisk i gatunków terenów nieleśnych zależnych od wód". Projekt jest współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, Oś priorytetowa II „Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu”, Działanie 2.4 Ochrona przyrody i edukacja ekologiczna.

Zamawiający stwierdza, że Postępowanie zostało unieważnione **z powodu nieprecyzyjnych zapisów** — Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia **w zakresie używania pojazdów**, co jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego. Określając warunki realizacji zamówienia dopuszczono użycie ciągnika i przyczepy do wywózki ściętych drzew, nie doprecyzowano jednak takich aspektów jak: rodzaj ciągnika,

rodzaj napędu (kołowy czy gąsiennicowy), jego maksymalna dopuszczalna masa i sposób poruszania się po płatach siedliska. Są to aspekty kluczowe, których pominięcie może doprowadzić do sytuacji, że wykonanie działań ochronnych doprowadzi do pogorszenia stanu ochrony siedliska, zamiast do poprawy. Jak wspomniano powyżej oba analizowane siedliska przyrodnicze charakteryzują się znacznym uwodnieniem podłoża — stałym lub okresowym, co powoduje że są one niezwykle wrażliwe na fizyczne uszkodzenia podłoża i runi związane z rozjeżdżaniem, w szczególności pojazdami gąsiennicowymi jakim jest Forwarder.

Izba odnosząc się do tej części odpowiedzi na odwołanie przede wszystkim stwierdza, że zamawiający określił warunki wykonania prac polegające na wycince drzew i krzewów na obszarze Natura 2000 nakazując co do zasady wykonanie ręcznych prac opisując je w załączniku nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia w punkcie 6 o treści:

„Prace związane z wycinką należy wykonać ręcznie (siekiera, piła ręczna/spalinowa, sekator itp.) bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy.

Sposób wykonania oraz warunki wykonania zostały przedstawione przez zamawiającego w Zał. nr 1 w następujący sposób:

„ Załącznik nr 1 do SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zabiegów ochrony czynnej w obszarze Natura 2000 r Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 polegających na doświetleniu siedlisk przyrodniczych poprzez wycinkę niektórych drzew i krzewów.
2. Przedmiot zamówienia obejmuje usunięcie drzew i krzewów o średnicy dolnej w korze do 7 cm z płatów siedlisk przyrodniczych: 6410 Zmiennowilgotne łąki trzęślicowe (Molinion) oraz 7210 Torfowiska nakredowe (Cladietum marisci, Caricetum buxbaumii, Schoenetum nigricantis) wraz z usunięciem biomasy.
3. Przedmiot zamówienia jest realizacją działania ochronnego wynikającego z planu zadań ochronnych dla obszaru NATURA 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego z 2014 r., poz. 2383 ze zm.), wykonywanego w ramach projektu POIS.02.0400-00-0108/16 pn. Ochrona siedlisk i gatunków terenów nieleśnych zależnych od wód.
4. Obszar przedmiotowej wycinki o łącznej powierzchni 20,43 ha zlokalizowany jest na działkach ewidencyjnych w obrębie Skorzęcin: 80, 86, 68, 65; w obrębie Skorzęcin Nadleśnictwo: 96/1; oraz w obrębie Wiekowo: 175, 177/3 w gminie Witkowo a także w

obrębie Powidz, w gminie Powidz: 815/1 . Szczegółową lokalizację przedmiotu zamówienia przedstawia załącznik nr 1, 2 i 3 do OPZ

5. Zakres i charakterystyka wycinki:

1. Wycince podlegają wszystkie drzewa i krzewy o wymiarach średnicy dolnej w korze do 7 cm rosnące w płatach siedlisk przyrodniczych. Szczegółowy obszar wycinki zostanie oznakowany w terenie przez zamawiającego.

2. Wskazana w zał. nr 1, 2 i 3 powierzchnia stanowi powierzchnię siedliska przyrodniczego, jednak nie jest tożsama z powierzchnią zajęta przez drzewa i krzewy podlegające wycince.

3. W obrębie działek drzewa i krzewy przeznaczone do usunięcia stanowią kępy wśród łąk i szuwarów, nalot drzew i krzewów o luźnym zwarciu oraz skraje gęstych zarośli. Wśród gatunków podlegających wycince występują głównie głogi *Crataegus sp.*, śliwy *Prunus sp.*, dereń świdwa *Cornus sanguinea*, kruszyna pospolita *Frangula a/nus*, wierzby *Salix sp.* oraz brzozy *Betula sp.*

4. W związku z tym, że drzewa i krzewy przeznaczone do usunięcia rosną w rozproszeniu, zaleca się wizję terenową w celu poznania obszaru objętego wycinką.

5. Wycinkę należy przeprowadzić możliwie najniżej powierzchni ziemi — pniaki mogą wystawać maksymalnie do wysokości 3 cm. Usuwanie postaci młodocianych może być wykonane poprzez ręczne wyrywanie.

6. Prace związane z wycinką należy wykonać ręcznie (siekiera, piła ręczna/spalinowa, sekator itp.) bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy.

7. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca jest zobowiązany do usunięcia całkowitej biomasy powstałej na skutek wycinki oraz obumarłych części drzew i krzewów (konary, gałęzie) zalegających pod nimi, jednakże bez możliwości wykorzystania jej w działalności gospodarczej oraz bez możliwości wprowadzenia jej do obrotu na rynku.

8. Obszar realizacji przedmiotu zamówienia charakteryzuje się różnym stopniem uwilgotnienia z licznymi suchymi wyniesieniami i obniżeniami terenu, w których stagnuje woda.- Z uwagi na bliskie sąsiedztwo- jezior (d. Skorzęcińskie/Niedzięgiel) wszystkie płyty siedlisk mogą być miejscami silnie uwilgotnione, szczególnie podczas wysokiego poziomu wód gruntowych lub wysokiego poziomu wody w jeziorze. Również w okresach z długo utrzymującymi się opadami deszczu może dojść do zalania znacznych powierzchni terenu.

9. Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotem ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie-PLH300026.- Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu, który mógłby spowodować ww. zniszczenia.

10. Wykonawca ma obowiązek prowadzenia prac w sposób uniemożliwiający zanieczyszczenie gleby i wody szkodliwymi substancjami: paliwem, olejem itp.

11. Przedmiot zamówienia jest działaniem ochronnym wynikającym z planu zadań ochronnych dla obszaru Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie PLH300026 (Dz. Urz. Woj. Wielkopolski z 2014 r., poz. 2383 ze zm.), zatem w myśl art. 83f ust. 1 pkt. 12 ustawy o ochronie przyrody z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1614 ze zm.) na potrzeby realizacji niniejszej usługi nie jest wymagane zezwolenie, o którym mowa w art. 83 ust. 1 ww. ustawy.

6. W celu prawidłowej oceny możliwości technicznych wykonawcy oraz obiektywnej wyceny kosztu realizacji niniejszej usługi zaleca się przeprowadzenie wizji terenowej przedmiotowych działek ewidencyjnych przed złożeniem oferty.

7. Zamawiający zastrzega sobie prawo bieżącej kontroli realizacji przedmiotu zamówienia w terenie.

III. Termin wykonania zamówienia:

Przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie od 1 grudnia 2020 r. do 31 marca 2021 r.”

Tak jak powyżej przedstawiono brzmi opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przyznaje się do błędu w opisanu przedmiotu zamówienia, ponieważ w jego ocenie uczynił to nie dość precyzyjnie. Jak wyjaśnia, wiedzę na temat niezbyt precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia co do sposobu jego wykonania powziął, w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez jednego z wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 9 grudnia 2020r. – w aktach sprawy). Wykonawca ten jak podaje zamawiający wskazał sprzęt do realizacji zamówienia, które jest sprzętem ciężkim zabronionym przez siwz. W ocenie zamawiającego dlatego zaistniała potrzeba doprecyzowania w tym zakresie. Należy domniemywać, że zamawiający zamierza określić rodzaje sprzętu, jaki można użyć do wywozu biomasy, czyli usuniętych drzew i krzewów. Wskazuje na to następujący fragment odpowiedzi na odwołanie powyżej cytowany: „Określając warunki realizacji zamówienia dopuszczono użycie ciągnika i przyczepy do wywózki ściętych drzew, nie doprecyzowano jednak takich aspektów jak: rodzaj ciągnika, rodzaj napędu (kołowy czy

gąsiennicowy), jego maksymalna dopuszczalna masa i sposób poruszania się po płatach siedliska. Są to aspekty kluczowe, których pominięcie może doprowadzić do sytuacji, że wykonanie działań ochronnych doprowadzi do pogorszenia stanu ochrony siedliska, zamiast do poprawy”.

W ocenie Izby obawy zamawiającego są nieusprawiedliwione chociażby w świetle powyżej zacytowanego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w następujących jego fragmentach:

4. W związku z tym, że drzewa i krzewy przeznaczone do usunięcia rosną w rozproszeniu, zaleca się wizję terenową w celu poznania obszaru objętego wycinką.

6. Prace związane z wycinką należy wykonać ręcznie (siekiera, piła ręczna/spalinowa, sekator itp.) bez użycia ciężkiego sprzętu. Na potrzeby wywozu biomasy istnieje możliwość skorzystania np. z ciągnika i przyczepy.

8. Obszar realizacji przedmiotu zamówienia charakteryzuje się różnym stopniem uwilgotnienia z licznymi suchymi wyniesieniami i obniżeniami terenu, w których stagnuje woda.- Z uwagi na bliskie sąsiedztwo- jezior (d. Skorzęcińskie/Niedzięgiel) wszystkie płyty siedlisk mogą być miejscami silnie uwilgotnione, szczególnie podczas wysokiego poziomu wód gruntowych lub wysokiego poziomu wody w jeziorze. Również w okresach z długo utrzymującymi się opadami deszczu może dojść do zalania znacznych powierzchni terenu.

9. Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotem ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie-PLH300026-.- Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu, który mógłby spowodować ww. zniszczenia.

6. W celu prawidłowej oceny możliwości technicznych wykonawcy oraz obiektywnej wyceny kosztu realizacji niniejszej usługi zaleca się przeprowadzenie wizji terenowej przedmiotowych działek ewidencyjnych przed złożeniem oferty.

7. Zamawiający zastrzega sobie prawo bieżącej kontroli realizacji przedmiotu zamówienia w terenie.

W ocenie **Izby** zacytowane ponownie fragmenty opisu przedmiotu zamówienia nie tylko dają wykonawcom wskazania jak wykonać zamówienie, pod względem sprzętu ale zwracają uwagę na uwarunkowania wodne nawierzchni łąk, zalecają wizje lokalne, celem oceny

możliwości technicznych, a przede wszystkim nie dopuszczenia do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki oraz prawo zamawiającego do bieżącej kontroli wykonywania prac.

Tak dokonany opis przedmiotu zamówienia zabezpiecza zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wskazując na niedopuszczalność zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki, wskazuje jaki sprzęt można użyć do wycinki oraz wywozu biomasy.

Natomiast zapis:

„Wycinka odbędzie się w płatach siedlisk przyrodniczych, będących przedmiotem ochrony w obszarze Natura 2000 Pojezierze Gnieźnieńskie-PLH300026.- Zamawiający bezwzględnie wymaga, aby podczas realizacji prac terenowych nie dopuścić do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Niedopuszczalne jest korzystanie z ciężkiego sprzętu, który mógłby spowodować ww. zniszczenia”,

daje swobodę profesjonalistom ale także po ich stronie odpowiedzialność (a nie po stronie zamawiającego) w zakresie wyboru sposobu wykonania prac, pod warunkiem niedopuszczenia do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki.

Zamawiający w siwz zdecydował się określając przedmiot zamówienia do opisu funkcjonalności wykonywanej usługi to jest do nie dopuszczenia do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki. Natomiast co do sposobu wykonania zastrzegł, że wycinka drzew i krzewów ma się odbyć ręcznie wskazując przykładowo narzędzia z zastrzeżeniem zakazu użycia sprzętu ciężkiego. Z kolei dla wywozu biomasy (wycięte krzewy i drzewa) może być użyty ciągnik z przyczepą. Niemniej w zarówno przy pracach wycinki jak i wywozu wykonawca odpowiada za niedopuszczenie do zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki i zakaz użycia sprzętu ciężkiego.

W ocenie Izby tak sformułowane warunki siwz nie naruszają zasad opisu przedmiotu zamówienia sformułowanych w art. 30 ustawy prawo zamówień publicznych.

To do zamawiającego należy ocena, czy wskazany w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez jednego z wykonawców sprzęt jest sprzętem ciężkim, czy nie i czy powoduje to oferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią siwz, czy też nie.

Natomiast powyższa sytuacja nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający jak podnosi zamierza w przyszłości precyzyjniej opisać sposób wykonania wycinki jak i wywozu biomasy.

W celu wykazania słuszności unieważnienia postępowania, zamawiający wnioskował o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania w charakterze świadków pracownika, jak i jednego z wykonawców, który składał wyjaśnienia do zarzutu rażąco niskiej ceny, jak

również dowodów z materiałów poglądowych opisujących warunki glebowe i wodne realizacji wycinki i wywozu biomasy na terenie Natura 2000, dla których Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia. Bowiem jak wyjaśnia w odpowiedzi na odwołanie zamawiający, zamierza doprecyzować sprzęt jakim ma być wykonana usługa.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że w Zał. nr 1 do siwz – opis przedmiotu zamówienia, zamawiający określił nie tylko sposób wykonania usługi (wycinka ręcznie ze wskazanym przykładowo sprzętem bez sprzętu ciężkiego a wywóz biomasy przy użyciu ciągnika i przyczepy, a w każdym etapie usługi nie dopuszcza się zniszczenia podłoża, w szczególności runi łąki oraz zakazuje się użycia sprzętu ciężkiego). Izba nie wyklucza, że zamawiający mógłby dokładniej, precyzyjniej określić narzędzia i sprzęt do wykonania usługi, z zastrzeżeniem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niemniej opis przedmiotu zamówienia dokonany w zał. nr 1 do siwz - opz, w ocenie Izby nie uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania zgodnie z art.93 ust.1 pkt 7 ustawy. Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej unieważnienia postępowania to Izba nie stwierdza, że opis wykonania zamówienia jest wadliwy, że zawarcie oraz wykonanie umowy według dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, może stanowić podstawę prawną dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do jej unieważnienia na drodze sądowej w rozumieniu art.146 ust.6 ustawy pzp. Poza sporem pozostaje, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art.146 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby zarzuty zamawiającego co do braku precyzyjnego według niego opisu możliwości korzystania z pojazdów przy wywozie biomasy, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy pzp, to jest w tym przypadku art.30 ustawy pzp opisu przedmiotu zamówienia. Bowiem zamawiający określił, że usługa wycięcia drzew i krzewów oraz wywóz biomasy ma być tak wykonana, że nie uszkodzone zostanie podłoże, w tym runia łąki, co w ocenie Izby jest wystarczające do opisu przedmiotu zamówienia. Bowiem każda ingerencja zamawiającego co do sposobu, metody wykonania opisanego przedmiotu zamówienia musi być uzasadniona szczególnymi okolicznościami, służącymi spełnieniu rezultatu i nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, jak i zasady proporcjonalności w ingerowaniu profesjonalizmu wykonawców, ale również ich odpowiedzialności za należyte wykonanie usługi (art.7 ust.1 ustawy pzp).

Izba dopuściła dowód zgłoszony przez zamawiającego z Porozumienia nr WOP.0710.1.2020.MPR z dnia 24.07.2020r. pomiędzy zamawiającym a Krajowym Ośrodkiem Wsparcia Rolnictwa – Oddziałem Terenowym w Poznaniu. Niemniej Izba nie stwierdza aby postanowienia zawartego Porozumienia, służyły wyjaśnieniu w tym

zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie, bowiem naruszenie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp przez zamawiającego, w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy pzp, a nie znajduje usprawiedliwienia w formule art.146 ust.6 ustawy prawo zamówień publicznych.

Na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury vat do akt sprawy.

Przewodniczący: