

Sygn. akt: KIO/W 10/22

POSTANOWIENIE

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 marca 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 08 marca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków (Łącznie 101, 97-330 Sulejów)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Piotrków w roku 2022” – część I, obręb leśny Lubień

postanawia:

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

U z a s a d n i e

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Piotrków w roku 2022” – część I, obręb leśny Lubień.

Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w części pierwszej, obręb leśny Lubień przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że za koniecznością niezwłocznego zawarcia umowy przemawiają istotne argumenty o charakterze przyrodniczym i gospodarczym.

Po pierwsze, opóźnienie w przystąpieniu do wykonywania umowy spowoduje nieodwracalne straty w drzewostanach i może stanowić zagrożenie dla zdrowia oraz życia ludzkiego. W ramach umowy wykonawca ma bowiem obowiązek usuwania drzew zasiedlonych przez szkodniki wtórne. Źródłem tego zagrożenia jest zamieranie zasiedlonych drzew oraz posusz wydzielający się między innymi przy drogach publicznych, który powoduje istotne niebezpieczeństwo dla osób korzystających z lasów, dróg, ścieżek edukacyjnych oraz parkingów leśnych.

W lasach na terenie Nadleśnictwa Piotrków co roku usuwa się prawie 7000 m³ drewna z posuszu, złomów i wywrotów, które były zasiedlone przez owady - szkodniki wtórne. Zmiany klimatyczne, wahania poziomu wód gruntowych oraz postępujące zamieranie osłabionych drzew i drzewostanów zaatakowanych przez szkodniki wtórne powoduje, że niezbędna jest konieczność stałego monitoringu i natychmiastowego zwalczania poprzez usuwanie drzew zasiedlonych (uschniętych). Przedmiotowe działania związane z usuwaniem złomów oraz wywrotów są kluczowe ze względu na bezpieczeństwo ludzi. W pierwszym kwartale 2022 roku w zasięgu lasów wchodzących w skład obrębu Lubień występowały silne wiatry łamiące i wywracające drzewa. Uprzątniecie wiatrolomów i wiatrowałów nastąpi w pierwszej kolejności po zawarciu umowy w Wykonawcom.

Jak wskazał Zamawiający, opóźnienie pozyskania drewna wiąże się również z poważnym zagrożeniem interesów gospodarczych. Nadleśnictwo zawarło już bowiem umowy na sprzedaż drewna na rok 2022. Brak jego pozyskania z jednej strony narazi Skarb Państwa reprezentowany przez Lasy Państwowe na straty związane z koniecznością zapłaty kar umownych oraz pozbawieniem zaplanowanego dochodu. Z drugiej stanowić będzie zagrożenie interesów kupujących i ich kontrahentów. Brak realizacji umów w zaplanowanych terminach zakłóci bowiem łańcuchy dostaw między tymi podmiotami gospodarczymi. Nadto Zamawiający wskazał, że szczególnie w aktualnej trudnej sytuacji gospodarczej, wywołanej wojną na Ukrainie, negatywnymi, długofalowymi efektami stanu epidemii COVID19, sytuacja taka może spowodować nieodwracalne, trudne do oszacowania skutki gospodarcze.

Zamawiający wskazał także, że wyłonienie wykonawcy prac z zakresu usług leśnych w okresie zimowo - wiosennym jest szczególnie istotne dla interesu publicznego z uwagi na obowiązek ochrony przeciwpożarowej lasów będący elementem powszechnej ochrony

lasów, o którym mowa w art. 9 ust 1 ustawy z dnia 28 września 1991 roku o lasach (Dz. U. z 2020 r., poz. 1463 t.j.) wskazujący, iż na właścicielach lasów spoczywa obowiązek do kształtowania równowagi w ekosystemach leśnych, podnoszenia naturalnej odporności drzewostanów, a w szczególności do wykonywania zabiegów profilaktycznych i ochronnych zapobiegających powstawaniu i rozprzestrzenianiu się pożarów.

Bez podmiotu świadczącego usługi Nadleśnictwo Piotrków nie będzie mogło wykonać zadań profilaktycznych z zakresu ograniczania rozprzestrzeniania się ognia polegających na utrzymaniu we właściwym stanie pasów przeciwpożarowych oraz utrzymywaniu przejezdności dróg leśnych użytkowanych jako dojazdy pożarowe. Brak przejezdności wspomnianych powyżej dróg stanowić będzie śmiertelne zagrożenie dla osób postronnych, ich majątku oraz dla osób prowadzących akcje ratowniczo gaśnicze tj.: jednostek straży pożarnej, pracowników Nadleśnictwa Piotrków oraz innych służb ratowniczych.

Dalej Zamawiający wskazał, że „dla Pakietu I - Lubień wyłonienie wykonawcy prac z zakresu usług leśnych w okresie wiosennym jest szczególnie istotne również z uwagi na terminowość prac leśnych szczególnie w zakresie wiosennego obowiązkowego odnowienia lasu stanowiącego istotną rolę ze względu na obowiązek trwałego utrzymywania lasów i zapewnienia ciągłości jego użytkowania (nałożony ustawowo art. 13 ust. 1 Ustawy o lasach (Dz. U. 1991 nr 101, poz. 444, tj. Dz.U. z 2021 r., poz. 1275). Brak odnowienia, właściwie przygotowanej gleby i przelegiwanie powierzchni spowoduje deprecjację powierzchni, wymusi dodatkowe koszty i nakłady pracy na ponowne wykonanie czynności związanych z porządkowaniem powierzchni, która pozostawiona do przelegiwania będzie wymagała ponownego oczyszczenia z krzewów, jeżyn, malin, podszytów oraz niejednokrotnie kolejnego przygotowania gleby narażając Skarb Państwa do poniesienia dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów”.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, że wniesione przez Odwołującego kolejne odwołanie dotyczące przedmiotowej części zamówienia ma na celu jedynie opóźnienie bądź uniemożliwienie zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta oceniona została najwyżej.

Zamawiający wskazał, że w przypadku ewentualnego unieważnienia odrzucenia oferty Odwołujących, unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum, a następnie odrzucenia oferty Konsorcjum, Odwołujący nie otrzymują możliwości uzyskania zamówienia z uwagi na brak akceptacji jednostki nadrzędnej Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Łodzi dla zwiększenia kwoty jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zadania.

Zamawiający uzyskał bowiem zgodę jedynie na zwiększenie kwoty do wysokości oferty najkorzystniejszej, która i tak przekraczała zaplanowane wcześniej środki.

Dalej Zamawiający podniósł, że Odwołujący podobnie jak w roku 2021, podjął próby uniemożliwienia zawarcia umowy, poprzez dwukrotne wniesienie odwołania dla przedmiotowej części zamówienia, czyniąc tym samym „schemat” swojego działania. Odwołujący bowiem był wykonawcą przedmiotowego pakietu - części zamówienia - obrębu leśnego Lubień w 2020 roku. Odwołujący w obecności przedstawicieli Zamawiającego wielokrotnie podkreślał, że „zrobi wszystko aby uniemożliwić wejście na swój teren” innym podmiotom.

Skutkiem celowego opóźnienia zawarcia umowy jest kumulacja, z punktu widzenia gospodarki leśnej, najważniejszych zadań, których realizacja jest uwarunkowana porą roku. Zdaniem Zamawiającego ma to spowodować opóźnienia realizacji prac przez nowo wybranego Wykonawcę co może mieć istotny wpływ na trwałość i stan zdrowotny lasu.

Według Zamawiającego odwołanie, które jest już drugim, wniesionym przez tego samego Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu dotyczącym części I, obrębu leśnego Lubień zostało złożone wyłącznie w celu opóźnienia bądź uniemożliwienia zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona. Odwołujący Konsorcjum Tree Company Sp. z o.o. (dawniej Z. M. Usługi Leśne) oraz S.S. Usługi Leśne nie wnosi bowiem odwołania w celu uzyskania zamówienia, ale wykorzystuje swoje prawo do jego wniesienia w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz z zasadami współżycia społecznego. Powołując się na art. 5 kodeksu cywilnego.: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. W związku z powyższym, w opinii Zamawiającego, podmiot wnoszący takie odwołanie działa w złej wierze. Jego celem nie jest bowiem uzyskanie zamówienia, a jedynie uniemożliwienie jego uzyskania innemu wykonawcy lub chęć sparaliżowania działalności Zamawiającego, co w przedmiotowej sprawie w ocenie Zamawiającego ma niewątpliwie miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować 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;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku Zamawiającego, Izba uznała, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba rozpoznając wniosek miała na uwadze całokształt okoliczności, w tym także fakt, że Zamawiający w kolejnym roku składa wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, powołując się na takie same okoliczności.

Po analizie wniosku złożonego przez Zamawiającego należy stwierdzić, że Zamawiający nie wykazał, aby nastąpił stan nagłej potrzeby wynikający z rzeczywistych nagłych i realnych zagrożeń. Takim wykazaniem nie jest z pewnością powoływanie się na oczywiste skutki, jakie niesie za sobą brak realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że to właśnie powielana w kolejnym roku argumentacja Zamawiającego potwierdza, że brak jest nagłej konieczności zrealizowania prac. Właśnie ta okoliczność dowodzi, że w niniejszej sprawie nie występują nagłe, szczególne zagrożenia dla interesu publicznego, ale że okoliczności wskazywane przez Zamawiającego wynikają po prostu ze zwykłego ryzyka, jakie jest związane z charakterem tego zamówienia.

Ponadto Zamawiający nie wykazał, że późniejszy termin zawarcia umowy z wykonawcą, wynikający z konieczności rozpoznania wniesionego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, spowoduje, że prace nie będą mogły się odbyć.

Co więcej, Zamawiający wskazuje, że część prac będzie odbywała się w sezonie zimowo – wiosennym. W obecnym czasie (w przeciwieństwie do roku ubiegłego) rozpoznanie odwołania następuje w terminie zaledwie kilku tygodni, co bez wątpienia umożliwi zrealizowanie zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego we wniosku. Wykonanie zamierzonych prac zatem będzie możliwe jeszcze w okresie wskazanym przez Zamawiającego, również w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia nastąpi już po rozpoznaniu odwołania.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą:

„szczególnie w aktualnej trudnej sytuacji gospodarczej, wywołanej wojną na Ukrainie, negatywnymi, długofalowymi efektami stanu epidemii COVID19, sytuacja taka może spowodować nieodwracalne, trudne do oszacowania skutki gospodarcze”. Zamawiający przedstawił ogólne hasło, które nie zostało poparte szczegółowym wykazaniem przywoływanych okoliczności, ich wpływu na sytuację Zamawiającego i konieczność jak najszybszej realizacji zamówienia. Z treści wniosku Zamawiającego w żaden sposób nie wynika, w jaki sposób tocząca się poza granicami Polski wojna miałaby wpływać na prowadzoną przez Zamawiającego gospodarkę leśną. Zamawiający nie podjął także nawet próby wykazania wpływu na tę gospodarkę także epidemii COVID-19. Tym samym, Zamawiający powołał się na okoliczności, które w ogóle nie są związane z realizacją zamówienia, czy też z ewentualnym opóźnieniem w zawarciu umowy, wynikającym z konieczności rozpoznania odwołania, licząc na to, iż wywoła to skutek w postaci uzasadnienia występowania rzekomego zagrożenia dla interesu publicznego.

Jak wynika z przepisu art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, rozpoznając wniosek zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba dokonuje oceny negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogą zostać spowodowane niezawarciem umowy, jak również korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uwzględniając przedstawione powyżej okoliczności, Izba uznała, że niezawarcie w najbliższym czasie umowy na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Piotrków w roku 2022” – część I, obręb leśny Lubień, nie spowoduje negatywnych skutków dla interesu publicznego.

Podkreślić należy, że uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję o wyjątkowym charakterze. W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający każdego roku powiela taką samą ogólną argumentację powołując się na szczególne zagrożenia w sytuacji, gdy okoliczności wskazywane przez Zamawiającego dotyczą jedynie zwykłego ryzyka, jakie jest w ogóle związane z charakterem takiego zamówienia, nie uzasadnia zastosowania tak szczególnej instytucji w niniejszej sprawie. Izba podkreśla bowiem, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją o charakterze wyjątkowym i jej zastosowanie może nastąpić wyłącznie w ściśle określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych przypadkach.

Zamawiający nie wykazał także, aby wystąpiły okoliczności uzasadniające zastosowanie podstawy prawnej dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, opisanej w artykule 578 ust. 2

pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Wskazywane przez Zamawiającego dwukrotne wniesienie odwołania w ramach części zamówienia nie jest żadną nadzwyczajną okolicznością w procedurze zamówień publicznych. Również wskazywany przez Zamawiającego fakt, że Odwołujący był wykonawcą przedmiotowego pakietu w 2020 roku i w obecności przedstawicieli Zamawiającego wielokrotnie podkreślał, że „zrobi wszystko aby uniemożliwić wejście na swój teren” innym podmiotom nie jest argumentem dla zastosowania przesłanki z artykułu 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że argument ten dotyczy sytuacji w 2020 roku. Zamawiający nie wykazał, aby Wykonawca ten realizował zamówienie na tym terenie w 2021 roku. Sytuacja zatem uległa zmianie.

Stwierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie wnosi odwołania w celu uzyskania zamówienia, ale wykorzystuje swoje prawo do jego wniesienia w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz z zasadami współżycia społecznego, jest jedynie ogólnym hasłem, które nie zostało wykazane. Zamawiający nie przytoczył ani jednego konkretnego argumentu, który stanowiłby uprawdopodobnienie okoliczności, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający nie miał podstaw do takiego twierdzenia, w szczególności, gdy przedmiotem odwołania jest czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego. Naturalną konsekwencją takiej decyzji Zamawiającego może być wniesienie przez wykonawcę odwołania wobec takiej czynności Zamawiającego. Podobnie – Odwołującemu przysługuje uprawnienie kwestionowania decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty innego wykonawcy. Z pewnością nie została w żaden sposób uprawdopodobniona przez Zamawiającego okoliczność, że odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1) i 2) w związku z art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....