Sygn. akt: KIO 1148/23

WYROK

z dnia 9 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: PROTE Technologie dla Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tym-Bud Zakład Remontowo-Budowlany W. T. z siedzibą lidera w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: PROTE Technologie dla Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tym-Bud Zakład Remontowo-Budowlany W. . z siedzibą lidera w Poznaniu, i: 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: ……

Sygn. akt: KIO 1148/23

U z a s a d n i e n i e

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: Remediacja środowiska gruntowo-wodnego w rejonie MPS - JW 1300 Pruszcz Gdański. nr referencyjny: 9/III/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2022/S 128-366255.

14 kwietnia 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: PROTE Technologie dla Środowiska sp. z o.o., W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tym-Bud Zakład Remontowo-Budowlany W. T. z siedzibą lidera w Poznaniu (dalej wspólnie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec tej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 255 pkt 5 Pzp poprzez jego błędne zastosowania i unieważnienie postępowania, pomimo tego, że nie zostały spełnione przesłanki opisane w treści przepisu, tj. Zamawiający nie wykazał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Wskazując na powyższy zarzut, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zawartych w treści przepisu art. 255 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym do unieważnienia z ww. powodu może dojść, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- Wystąpiła zmiana – zdarzenie musi mieć już charakter dokonany – nie może być w sferze domniemań, nieskonkretyzowanych planów – ale musi mieć już namacalny charakter; zdarzenie musi mieć charakter zewnętrzny –zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł Pzp. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych - takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej

natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

- Zmiana jest istotna - należy więc wykazać jej zakres, rodzaj, charakter w taki sposób, aby można było ocenić jej skutki z punktu widzenia przepisu, tj. brak interesu publicznego w realizacji zamówienia oraz jego wielkości i zakresu.

- Należy dokładnie zdefiniować jaki interes publiczny będzie naruszony - przepis ustawy wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interesu publicznego", który nie będzie (co do zasady) tożsamy z interesem zamawiającego. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców.

- Nieprzewidywalność zmiany - Zamawiający nie wykazał niczego, co pozwoliłoby ocenić taką nieprzewidywalność. Nie znamy żadnych decyzji, dokumentów, które mają być rzekomo podstawą do zaistnienia tej zmiany.

Odwołujący podał, że budowa instalacji i wykonanie otworów napowietrzających jest stosunkowo prostą czynnością. Dodatkowo sposób realizacji zamówienie daje wykonawcy bardzo dużą elastyczność i swobodę, która da się pogodzić nawet przy realizacji równolegle z robotami budowlanym, bez uszczerbku dla interesu publicznego. Roboty będące przedmiotem niniejszego postępowania polegają na:

1. Prace remediacyjne opierają się na systemie napowietrzania, składającym się z 95 otworów technologicznych połączonych z 4 dmuchawami za pomocą przewodów, przez które tłoczone jest powietrze. Instalacja zaprojektowana będzie z wykorzystaniem materiałów (wąskie rury wykonane z tworzywa sztucznego PCV oraz giętkiego tworzywa PE) i technologii (łączenie rur za pomocą złączek skręcanych, szybkozłączek itp.) umożliwiających zarówno łatwą i szybką budowę, jaki i jej szybki demontaż. Ponadto, część naziemna skonstruowana będzie w sposób umożliwiający swobodne

przemieszczanie jej elementów w terenie, bez potrzeby wykorzystywania

specjalistycznego sprzętu, np. w przypadku konieczności zachowania ciągów komunikacyjnych (Opz., I Zakres prac, pkt 1 pkt 1 – 6).

2. Dodatkowo, zgodnie z pkt. 1 ppkt 3) OPZ, Wykonawca powinien zatłaczać powietrze jednocześnie do 4863 otworów, a pozostałe pozostawić w trybie odpowietrzania (odłączone). W związku z powyższym występuje możliwość modyfikowania i dostosowywania systemu do warunków panujących w terenie, tak by nie kolidował z trwającymi równolegle inwestycjami budowlanymi, jednocześnie nie wpływając na

ciągłość oraz efektywność prac remediacyjnych. Zgodnie z Decyzją powietrze może być więc wtłaczane do niespełna 50% wymaganych otworów (48 z 95).

3. Zgodnie z pkt 3 oraz 4 b) Decyzji lokalizację otworów technologicznych ustala się w taki sposób, aby średnia odległość pomiędzy nimi wynosiła 15 m, natomiast zasięg oddziaływania pojedynczego otworu obejmował około 258 m2. Ponadto, zgodnie z zapisem 4 a) Decyzji dopuszcza się możliwość zmiany lokalizacji otworów z uwagi na niespodziewane przeszkody terenowe. Biorąc pod uwagę całą powierzchnię zanieczyszczenia, a także przybliżone miejsca wykonania otworów (Załącznik nr 2 do projektu planu remediacji) oraz ww. zapisy Decyzji, po udostępnieniu informacji dotyczących planowanej rozbudowy obiektu, ostateczną lokalizację otworów technologicznych i piezometrów można wytypować w miejscach minimalizujących ryzyko ich późniejszej likwidacji. W innym przypadku możliwa jest również relokacja części elementów infrastruktury podziemnej, w trakcie trwania prac remediacyjnych.

4. Zgodnie z pkt. 4 ppkt 5 OPZ proces wspomagania remediacji przy pomocy okresowych iniekcji biopreparatów nie jest związany z koniecznością montażu bioreaktorów na terenie prowadzenia prac remediacyjnych, lecz jest możliwy z wykorzystaniem dowozu gotowego preparatu. Dopuszczalna przez Zamawiającego dowolność w znaczący sposób upraszcza swobodne rozplanowanie pozostałych elementów instalacji i ogranicza zajmowaną powierzchnię o około 50-100 m2.

Zdaniem Odwołującego na podstawie uzasadnienia unieważnienia postępowania, nie można odnieść się do rzeczywistego naruszenia interesu publicznego. Powyższy techniczny opis realizacji umowy, świadczy o tym, że budowa instalacji i otworów jest dosyć swobodna i przy współpracy pomiędzy stronami da się ją pogodzić – nawet jeżeli będą realizowane jakieś roboty budowlane. Z treści uzasadnienia wynika tylko, że Zamawiający planuje (nie wiadomo na jakim etapie) wykonanie jakiś robót budowlanych. Roboty te mogą polegać na budowie, przebudowie lub remoncie obiektów zlokalizowanych na terenie całego kompleksu wojskowego w Pruszczu Gdańskim. Zamawiający więc dokładnie jeszcze nawet tego nie wie. Poza tym obszar objęty remediacją jest jedynie małym fragmentem całego kompleksu. Z treści uzasadnienia wynika, że Zamawiający nie zlecił nawet jeszcze wykonania projektu budowlanego. W treści uzasadnienia są wiec formułowane hipotetyczne wątpliwości co do uniknięcia poniesienia jakiś kosztów wskutek konieczności ponownego wykonywania jakiegoś zakresu prac. Nie wiadomo więc jakich kosztów i jakiego zakresu. Zamawiający nie jest nawet na tym etapie ustalić, czy rzeczywiście dochodzi do takiej niemożliwości i czy po prostu nie da się pogodzić realizacji niniejszego postępowania z planowanymi robotami budowlanymi. Pismo przesycone jest następującymi zwrotami: zasadnym będzie, uniknięcie ryzyka, niewykluczone będzie, ewentualnej możliwości, zalecanym jest, ewentualnym zmian,

mogą to być. Zdaniem Odwołującego świadczą one o hipotetycznym i niepewnym charakterze powoływanych zmian i skutków. Pomimo braku jakichkolwiek konkretów Zamawiający formułuje definitywne wnioski. Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał, że prowadzone (prace) „skutkowałyby koniecznością likwidacji instalacji i części otworów", stwierdzając, że Zamawiający nie wie, ile takich otworów będzie trzeba wykonać ponownie. Nie wie też w jakim zakresie będzie trzeba zlikwidować instalację. Nadto Zamawiający dochodzi do wniosku, że „konieczne będzie wystąpienie o zmianę decyzji RDOŚ", podczas gdy Decyzja dopuszcza możliwość zmiany lokalizacji otworów z uwagi na niespodziewane przeszkody terenowe. Zamawiający dochodzi też do wniosku, że „z pewnością obecne warunki terenowe i środowiskowe nie zostaną zachowane", chociaż nie jest znany zakres zmian, które i tak mają charakter ewentualny. Nie wiadomo też, czy nawet jeżeliby doszło do takich zmian, to czy byłyby one konieczne z uwagi na warunki decyzji RDOŚ. Zamawiający z pewnością nie dokonał takiej analizy, chociaż Decyzja dopuszcza możliwość zmiany lokalizacji otworów z uwagi na niespodziewane przeszkody terenowe. W punkcie 4 uzasadnienia Zamawiający antycypuje określone przeszkody. Poziom ogólności stwierdzeń uniemożliwia dokładne odniesienie się do nich. Jednak Odwołujący (na podstawie swojego doświadczenia) podnosi, że wskazane przykładowo okoliczności nie stoją na przeszkodzie do realizacji przedmiotowego postępowania w jego obecnym kształcie na podstawie obecnej decyzji RDOŚ. Odwołujący wskazał, że prowadzenie prac ziemnych spowoduje po prostu wydobycie zanieczyszczonego gruntu. Prace remediacyjne mogą być prowadzone w niezmienionym kształcie zgodnie z decyzją RDOŚ. Jeżeli prace ziemne będą prowadzone w miejscu zaplanowanego otworu - można go przenieść zgodnie z decyzją RDOŚ. Istnieją techniczne możliwości wykonania otworów w powierzchniach szczelnych z zachowaniem ich szczelności oraz różne sposoby zabezpieczenia instalacji pcv – są to m.in. nadproża, przepusty – można więc zapewnić drożność ciągów komunikacyjnych. Modyfikacji podlega też układ systemu napowietrzania. technologia wiercenia nie ulega zmianie. Może dojść do konieczności zmiany wiertła, co jest oczywistą okolicznością przy takich pracach. Zamawiający posilił się na wskazanie rzekomego interesu publicznego który ma być naruszony. Wskazał bowiem, że wskutek planowanych robót budowalnych zajdzie konieczność likwidacji instalacji i części otworów. Podał też kwotę w wysokości 566.892,00 zł brutto. Tym samym w ten sposób chciał określić interes publiczny. Nie jest to twierdzenie zgodne z prawdą. Po pierwsze, na pewno nie dojdzie do konieczności likwidacji instalacji. Co najwyżej zajdzie konieczność jej przełożenia, zastosowania nadproży, przepustów. Choć nie wiadomo w jakim zakresie. Po drugie, nawet jeżeli dojdzie do konieczności likwidacji otworów będzie do dosyć mała liczba. Choć oczywiście wciąż nie wiadomo jakie będą rzeczywiste potrzeby. Według kalkulacji własnej Wykonawcy koszt (bez marży) związany z demontażem istniejącego otworu i odwierceniem go w innym miejscu wynosi ok. 1900,00 zł

netto. Kwota podana przez Zamawiającego to koszty wykonania całej instalacji i wszystkich otworów. Zdaniem Odwołującego nawet jeżeli byłaby konieczność likwidacji i ponownego wykonania otworów, czy też ułożenia instalacji musi być zachowana proporcja pomiędzy interesem Wykonawcy a interesem publicznym. Nie każda bowiem sytuacja to uzasadnia. Cena ofertowa Odwołującego wynosi 1 458 853,20 zł brutto. Jest to wiec kontrakt bardzo istotny dla Odwołującego. Interes wykonawcy też podlega ochronie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wszczęcie postępowania jest bowiem przyrzeczeniem publicznym Zamawiającego. Zamawiający musi się z niego wywiązać, jeżeli spełnione są jego warunki. Może być udaremnione tylko w wyjątkowych sytuacjach. Jeżeli na tym etapie ma już dojść do oceny i ważenia interesu publiczne a interesu Wykonawcy w danym postępowaniu należ zrobić do rozważnie i dokładnie. Zamawiający w pierwszej kolejności powinien ustalić czy nie da się jednak zrealizować zamierzonych robót budowlanych bez kolizji z przedmiotem niniejszego postępowania. W drugiej kolejności powinien dokładnie zmonetyzować interes publiczny i przeciwstawić go interesowi wykonawcy. Nic z tych rzeczy nie zostało zrobione. Zdaniem Odwołującego w interesie szeroko pojętego interesu publicznego jest jak najszybsze podjęcie prac remediacyjnych w ramach niniejszego postępowania. Procedury związane z przygotowaniem planowanego przetargu, wyłonieniem wykonawców biorących udział w planowanej inwestycji budowlanej oraz stworzenie i zatwierdzenie wszystkich niezbędnych dokumentacji (takich jak decyzja środowiskowa, projekt techniczny, projekt budowlany itp.) to długotrwały proces, mogący trwać nawet latami. Planowane prace remediacyjne, choć przewidziane na okres 6 lat, powodują poprawę stanu środowiska gruntowo-wodnego od samego początku uruchomienia systemu, a każdy kolejny dzień jego funkcjonowania znacząco przybliża moment osiągnięcia oczekiwanego efektu ekologicznego. Nie dojdzie więc do sytuacji, że efekt ekologiczny będzie udaremniony. Tutaj nie zachodzi ryzyko naruszenia interesu publicznego. Na pewno nie będzie potrzeba wykonywania ponownie prac remediacyjnych. Trudne do przewidzenia na aktualnym etapie okoliczności związane z inwestycją budowlaną, mogące (potencjalnie) zakłócić ciągłość prac remediacyjnych, w żaden sposób nie udaremnią osiągniętego do danej chwili postępu prac. W zawiązku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien zwlekać z decyzją o rozpoczęciu remediacji i może prowadzić je równolegle z innymi zaplanowanymi działaniami.

Odwołujący wskazał także, że formalno - prawne warunki realizacji zamówienia nie stoją na przeszkodzie prowadzenia ich równolegle z robotami budowlanymi. Nawet w przypadku faktycznej kolizji pomiędzy pracami, czasowej niemożliwości realizacji umowy, czy też konieczność likwidacji i ponownego wykonania otworów, umowa przewiduje stosowne rozwiązania prawne, co umożliwi realizację zamówienia:

1) (OPZ, Pkt III) Przewiduje się możliwość udzielenia Wykonawcy umowy, zamówienia uzupełniające tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe zgodnie z art. 415 ust.2 pkt 6 ustawy PZP, w okresie 5 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego w łącznej kwocie nie przekraczającej 949 740,00 zł netto w wymieniony zakresie).

2) (OPZ, Szczególne okoliczności realizacji zlecenia- II, pkt 1) Rozliczenie wykonanych prac będzie miało charakter kosztorysowy w oparciu o ceny jednostkowe przedstawione w ofercie. Ilościowy zakres zleconych prac określony w tabeli formularza cenowego, może ulec zmianie na warunkach określonych w umowie. (OPZ, Szczególne okoliczności realizacji zlecenia pkt 1

3) (Par 11 Umowy – Zmiany Umowy) Zamawiający oprócz przypadków dopuszczonych w ustawie PZP

przewiduje możliwość wprowadzenia zmian w zakresie:

1) Zmiany ilościowego zakresu zleconych prac określonych w tabeli formularza cenowego, wartości te mogą ulec zmianie w następujących przypadkach:

a) zwiększenie ilościowego zakresu prac formularza cenowego w przypadku wcześniejszego rozpoczęcia remediacji, konieczności rozbudowy systemów remediacji w ilości do 10 otworów w granicach kompleksu wojskowego, lub (po potwierdzeniu takiej konieczności decyzją administracyjną wydaną po terminie otwarcia ofert) wykonanie dodatkowych otworów technologicznych w ilości powyżej 10 szt. bądź poza rejonem kompleksu oraz dodatkowych otworów monitoringowych,

b) zmiana ilości prac w zakresie remediacji oraz monitoringu i sprawozdawczości w dostosowaniu do decyzji administracyjnych wydanych po terminie zawarcia umowy,

c) opracowanie dodatkowych projektów robót geologicznych na wykonanie piezometrów monitoringowych, potwierdzonych decyzją administracyjną potrzeb w zakresie rozbudowy sieci monitoringu,

d) na etapie prowadzenia remediacji w celu skorygowania sposobu wykonywania prac w dostosowaniu do rzeczywistych warunków, w szczególności:

- dla potwierdzenia uzyskania wymaganego efektu ekologicznego zwiększenie ilościowego zakresu poboru prób końcowych wody i gruntu oraz analiz laboratoryjnych,

- zmiana ilości szczerpanego i zagospodarowanego zgodnie z ustawą o odpadach wolnego produktu naftowego,

- w przypadku stwierdzenia uzyskania wymaganego efektu ekologicznego potwierdzonego wynikami badań w zakresie przewidzianym dla końcowego monitoringu wody i gruntu -zmniejszenie zakresu zlecenia dotyczącego prac prowadzenia remediacji, w tym szczerpywania wolnego produktu oraz monitoringu i sprawozdawczości,

e) realizacja innych uzasadnionych działań polegających na powtórzeniu prac zleconych, w szczególności w przypadku wystąpienia w toku prowadzenia prac projektowych, instalacyjnych czy remediacyjnych innych niż przewidywane na czas zawierania umowy: przepisów prawnych, decyzji administracyjnych, stanu środowiska gruntowo-wodnego, prac, warunków gruntowo-wodnych oraz dla poprawy efektywności prowadzonych -warunki udzielenia: ujęcie zmian w decyzji administracyjnej dot. przedmiotu zamówienia.

Zmiany ilościowe mogą spowodować ograniczenie zakresu zamówienia do wartości nie mniejszej niż 80% wartości jego wartości określonej w §5 ust. 1.

4) (OPZ, pkt IV) Ponadto przewiduje się możliwość zlecenia prac, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym w zakresie: ,pkt 2) wykonanie innych elementów systemu oczyszczania, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się niezbędne dla właściwego wykonania umowy podstawowej - warunki udzielenia: ujęcie zmian w decyzji RDOŚ, określenie ceny na podstawie projektu technicznego instalacji oczyszczania dla przedmiotowego zakresu, wyceny Zamawiającego wykonanej w oparciu o aktualne ceny rynkowe oraz oferty Wykonawcy sporządzonych dla przedmiotowego zakresu po przeprowadzeniu negocjacji.

Zdaniem Odwołującego powyższe zapisy prowadzą do dwóch wniosków: Po pierwsze, obecny przedmiot zamówienia umożliwia jego elastyczną realizację także zgodnie z przepisami prawa. Po drugie, Zamawiający przewidywał już na etapie ogłoszenia postępowania możliwości zmiany warunków realizacji zamówienia a nawet decyzji RDOŚ. Na tę okoliczność wyposażył się w stosowne środki prawne umożliwiające zmianę umowy i modyfikację przedmiotu postępowania.

Do odwołania zostały załączone: Informacja o unieważnieniu postępowania, Opis przedmiotu zamówienia, Kopia decyzji RDOŚ, Wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego (par 11).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że fakt podjęcia decyzji o budowie lub rozbudowie obiektów wojskowych na terenie JW 1300 mieści się w granicach istotnej zmiany o charakterze zewnętrznym, bowiem Zamawiający nie miał żadnego wpływu na kształt podejmowanych decyzji, w szczególności decyzje te nie były przedmiotem żadnych konsultacji, ani opinii ze strony Zamawiającego i zostały podjęte na szczeblu ministerialnym. Sama zmiana decyzji w zakresie prowadzenia polityki związanej z obronnością i bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej powoduje istotną zmianę okoliczności, która ma charakter dokonany. Tereny wojskowe objęte przedmiotowym zamówieniem dotychczas nie były przeznaczone pod inwestycję. W związku jednak z

podjętymi w ostatnim czasie decyzjami, zgodnie z którymi tereny te mają posłużyć pod budowę strategicznych z punktu widzenia obronności państwa obiektów wojskowych, Zamawiającemu polecono prowadzenie w trybie pilnym prac zmierzających do przygotowania ww. terenów pod inwestycje. Został opracowany plan zabudowy terenu zamkniętego K-6034 Pruszcz Gdański, który został przekazany Departamentu Inwestycji MON celem zatwierdzenia i dalszego procedowania (pismo wychodzące nr Z-122/23 z dnia 02.05.2023 r.).

Zamawiający stwierdził, że nie miał wiedzy o planowanych inwestycjach do czasu otrzymania „Notatki lokalizacyjnej nr 1/GR3WRiA/PW2023-25 z wizji lokalnej w dniu 15.09.2022 r. nieruchomości kompleksu wojskowego nr K-6034 Pruszcz

Gdański planowanych do (…), sporządzonej przez Departament Infrastruktury MON i zatwierdzonej przez Ministra Obrony Narodowej. Zamawiający otrzymał ten dokument 4 listopada 2022 r. (nr wychodzący nadawcy: Z5747/22), tj. już w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku przeprowadzonej przez pracowników Zamawiającego analizy ustalono, że:

1) prowadzenie prac remediacyjnych w przewidywanym umową terminie uniemożliwiłoby niezwłoczne rozpoczęcie inwestycji;

2) przerwanie prac remediacyjnych na czas prowadzenia robót budowlanych i

kontynuowanie ich po zakończeniu robót budowlanych grozi:

a. wtórnym zanieczyszczeniem gruntów w obszarze oczyszczonym w przypadku migracji zanieczyszczeń i wolnego produktu na wodach podziemnych;

b. zwiększy koszt prac remediacyjnych z uwagi na konieczność rozbiórki części wykonanych robót budowlanych i ponowny ich montaż w droższym lub szerszym zakresie co doprowadzi do jednoczesnego utracenia gwarancji na wykonane roboty budowlane, narazi zamawiającego na konieczność poniesienia kosztów

oszacowanych na 566.892,00 zł brutto związanej z demontażem i ponownym montażem instalacji;

c. narazi wykonawcę na stratę wywołaną postępującą inflacją związaną z długim okresem przerwy w wykonywaniu prac remediacyjnych;

d. narazi wykonawcę na koszty związane z koniecznością utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez cały okres trwania umowy w tym przez czas przerwy w prowadzeniu prac remediacyjnych;

3) W zależności od zakresu prowadzonych prac niewykluczone będzie dokonanie remediacji z wykorzystaniem innego sposobu, który może okazać się tańszy oraz

bardziej efektywny i szybszy w realizacji np. poprzez częściową wymianę gruntu, ujęcie montażu systemu oczyszczania w zakresie prac budowlanych (brak zakłócania warunków odbioru i gwarancji na wykonane parce budowlane), np. poprzez wymianę gruntu;

4) W umowie nie została przewidziana możliwość odstąpienia od umowy w części niewykonanej, co uniemożliwi stronom odstąpienie na etapie częściowego wykonania. Odrzucić należy możliwość następczego wprowadzenia takiej zmiany z uwagi na jej istotny charakter. Ponadto zgodnie z § 9 ust. 2 umowy Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, gdy wystąpią istotne zmiany okoliczności powodujące, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takiej sytuacji Zmawiający ma prawo odstąpić w terminie 30 dni od powzięcia informacji o powyższych okolicznościach. Okoliczności te są znane Zamawiającemu w chwili obecnej co uniemożliwi odstąpienie na późniejszym etapie;

5) Istotne zmiany umowy przewidziane w § 11 ust 1 pkt 1 lit a-e umowy możliwe są do wprowadzenia jedynie w celu osiągnięcia oczekiwanego efektu ekologicznego, nie zaś przerwy na prowadzenie robót budowlanych, które spowodują powtórne

zanieczyszczenie gruntu.

W ocenie Zamawiającego nie ma racji Odwołujący w zakresie jakim twierdzi, że prace remediacyjne oraz roboty budowlane mogą być prowadzone jednocześnie. Obawy Zamawiającego budzi koordynacja zadań oraz szereg problemów prawnych związanych z odpowiedzialnością wykonawcy prac remediacyjnych oraz wykonawcy robót budowlanych, a także odpowiedzialności kierownika budowy. Wyjątkiem będzie wykonanie instalacji ew. prowadzenie remediacji w ramach zadania inwestycyjnego. Ponadto sam wykonawca w treści odwołania wskazał, że w wyniku prowadzenia robót budowlanych istnieje ryzyko wystąpienia robót dodatkowych, nieprzewidzianych w przedmiotowym zamówieniu, związanych z koniecznością przełożenia instalacji oraz zastosowania nadproży i przepustów co doprowadziłoby do nieracjonalnego dysponowania środkami publicznymi. Bezpodstawne są także wywody wykonawcy na temat kluczowości wskazanej inwestycji dla jego interesów majątkowych. Postępowanie zostało bowiem unieważnione na etapie składania ofert, a zatem wykonawca nie mógł mieć pewności co do wyniku postępowania.

W ocenie Zamawiającego z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania jasno wynika, że choć nie wiadomo jaki zasięg będzie miała budowa, na pewno zaś będzie w obszarze projektowanych otworów i instalacji. Plac budowy to nie są niespodziewane przeszkody terenowe. Po przebudowie terenu, a także w trakcie robót budowlanych nastąpi zmiana jego zagospodarowania, gdyż w obecnej postaci nie spełnia swojej funkcji. Nie

można przenieść otworu poza plac budowy dla prowadzenia remediacji w obszarze zanieczyszczonym, gdy dotyczy terenu placu budowy. Przeniesienie otworu to jego likwidacja i ponowne odwiercenie co wiąże się z dodatkowymi kosztami. Wprawdzie istnieją techniczne możliwości wykonania otworów w powierzchniach szczelnych z zachowaniem ich szczelności, ale nie były one przedmiotem oferty, a wywody dotyczące modyfikacji systemu napowietrzania również sugerują wykonanie remediacji w sposób niezgodny z treścią oferty. Wzrost ceny wynikający z tej modyfikacji mógłby powodować, iż druga oferta okazałaby się bardziej korzystna - procentowy udział w cenie oferty kosztów instalacji systemu oczyszczania w ofercie obecnie najkorzystniejszej jest wyższy niż w konkurencyjnej ofercie, tym bardziej, że modyfikacji będzie musiał ulec dobór wierteł oraz sposób zabezpieczenia otworów, a te warunki stanowiły podstawę

wyceny dokonanej przez wykonawcę na potrzeby oferty złożonej w postępowaniu. Demontaż i ponowny montaż zgodnie z umową winien być rozliczony według cen jednostkowych z uwzględnieniem ew. waloryzacji, nie w sposób wskazany przez Odwołującego, który na potrzeby postępowania odwoławczego nie doszacowuje kosztów prac remediacyjnych, które Zamawiający zmuszony będzie ponieść w razie podpisania umowy.

Zamawiający stwierdził, że podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania wziął pod rozwagę interes wykonawcy, a także interes publiczny, jakim jest wdrożenie skutecznej polityki obronności i bezpieczeństwa. Nie bez znaczenia pozostały także kwestie finansowe. Zamawiający jako dysponent środków publicznych odpowiedzialny jest za wydatkowanie tych środków zgodne z zasadami racjonalnej gospodarki. Zaniechanie czynności unieważnienia postępowania stanowiłoby o niegospodarności Zamawiającego, a przede wszystkim stanowiłoby naruszenie Pzp, która obliguje Zamawiającego do unieważnia postępowania.

Do pisma zostały załączone: Decyzja 459/MON o powołaniu na stanowisko Szefa Zarządu oraz w części jawnej: Potwierdzenie wpływu 4 listopada 2022 r. „Notatki lokalizacyjnej nr 1/GR3/WRiA/PW2023-25 z wizji lokalnej w dniu 15.09.2022 r. nieruchomości kompleksu wojskowego nr K-6034 Pruszcz Gdański (…) planowanych do (…), Potwierdzenie wysyłki 4 maja 2023 r. planu zabudowy terenu zamkniętego K-6034 z 2 maja 2023 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do ww. pism stron, a także złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci: zdjęć: garażu, w którym według oświadczenia Odwołującego przechowywane są dmuchawy będące elementem instalacji, przykładowego terenu, na którym są prowadzone prace remediacyjne, przykładowego terenu z rozmieszczeniem instalacji, map z Google pokazujących relacje terenu objętego

przedmiotem zamówienia (szt.2), kołnierza, przez który można przeprowadzić instalację (szt.2).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu cofnął wniosek zawarty w odpowiedzi na odwołanie dotyczący zwrócenia się przez Izbę do Ministra Obrony Narodowej z wnioskiem o udostępnienie, na potrzeby prowadzonego postepowania wskazanych w nim dokumentów, stwierdzając że dysponuje tymi dokumentami. Zamawiający stwierdził również, że postępowanie przed Izbą w jego ocenie może się toczyć jawnie, przy uwzględnieniu zastąpienia zastrzeżonych dokumentów, dowodami z wyjaśnień stawających pełnomocników Zamawiającego w osobach pracowników zastrzegając, że będzie to postępowanie w ograniczonym zakresie, tj. w takim w jakim może być to postępowanie jawne. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że nie cofa jednak wniosku zawartego w odpowiedzi na odwołanie, o rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym.

Izba postanowiła, iż wobec zgłoszonych przez Zamawiającego szeregu wątpliwości, co do możliwości ewentualnego udostępnienia dokumentów, na które powołuje się w treści odpowiedzi na odwołanie, a także stwierdzonej przez Zamawiającego możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego w ograniczonym zakresie, a także mając na uwadze stanowisko Odwołującego odnoszące się do dokumentu w postaci planu zabudowy, pochodzącego z 2 maja 2023 roku, a więc sporządzonego już po podjęciu czynności unieważnienia postępowania, postanowiła o rozpoznaniu sprawy w sposób jawny z ograniczeniami, na które wskazywał Zamawiający.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie

postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Powyższe wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli mają miejsce łącznie podane w nim okoliczności, tj. wystąpiła istotna zmiana okoliczności, zmiana tych okoliczności powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. W sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na przesłankę określoną w art. 255 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien wykazać zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, której wystąpienie powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jak też wykazać, iż powyższe przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

Na wstępie zauważenia wymaga, że postępowanie dotyczy prac wykonywanych na terenie kompleksu wojskowego w Pruszczu Gdańskim. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie i jawnych pism przewodnich załączonych przez Zamawiającego do tego pisma, w tym notatki lokalizacyjnej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nr

1/GR3/WRiA/PW2023-2025 z 4 listopada 2022 r., informacje w niej zawarte, objęte są poufnością z klauzulą „ZASTRZEŻONE". W związku z tym, zważywszy na rodzaj informacji, jawne uzasadnienie unieważnienia postępowania, nie mogło zawierać innych informacji, jak tylko takie, które mogą zostać publicznie ujawnione.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp: O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (…) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Izby treść uzasadnienia unieważnienia postępowania przedstawionego przez Zamawiającego, nawet jeśli ze zrozumiałych względów nie zawiera szczegółów dotyczących nowej inwestycji, wskazuje na jej potrzebę i to, że pojawiła się po wszczęciu postępowania. Treść pisma pozwala na poznanie motywów Zamawiającego, a w konsekwencji na polemikę z nimi przez Odwołującego i skorzystanie z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania, a także pozwala na rozpatrzenie odwołania przez Izbę.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał wystąpienie w postępowaniu przesłanki unieważnienia postępowania.

Jak wynika z uzasadnienia unieważnienia postępowania za zmienioną okoliczność Zamawiający uznaje niezbędne inwestycje przewidziane do realizacji na terenie kompleksu wojskowego w Pruszczu Gdańskim, polegające na budowie, przebudowie lub remoncie

obiektów zlokalizowanych na ww. obszarze oraz wynikająca z tego potrzeba zmiany warunków przeprowadzenia remediacji oraz uniknięcia poniesienia kosztów przedwczesnego demontażu instalacji oczyszczania i jej późniejszego odtworzenia.

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazał w szczególności:

> 1 . W przypadku zakończenia postępowania zawarciem umowy, zgodnie z projektem zamieszczonym w ogłoszeniu, na terenie MPS byłyby prowadzone prace remediacyjne z terminem obowiązywania do 29.01.2029 r. Przeprowadzenie prac budowlanych w takich okolicznościach skutkowałoby koniecznością likwidacji instalacji i części otworów (w tym zlokalizowanych w ognisku zanieczyszczeń tj. w rejonie bocznicy i pola zbiorników), a następnie ich odtworzenie po zakończeniu inwestycji - koszt montażu instalacji wraz z wykonaniem otworów technologicznych wg. najkorzystniejszej oferty to 566 892,00 zł brutto.
>
> 2. Zasadnym będzie holistyczne poprowadzenie zamierzeń dotyczących terenu kompleksu wojskowego w Pruszczu Gdańskim w zakresie przedmiotu planowanej inwestycji wykonania otworów technologicznych (innych elementów stałych systemu oczyszczania właściwych z punktu widzenia zamierzonego efektu ekologicznego, prowadzonych robót budowlanych i rachunku ekonomicznego). Powyższe pozwoli na uniknięcie ryzyka kolizji systemów oczyszczania z infrastrukturą podziemną i ewentualnego naruszenia wykonanej nawierzchni, a także zredukuje koszty montażu instalacji oczyszczania oraz umożliwi bezzwłoczne rozpoczęcie procesu oczyszczania.
>
> 3. Jednocześnie na etapie sporządzania projektu budowlanego niewykluczone będzie zaktualizowanie projektu planu remediacji, w tym metody prowadzenia remediacji w dostosowaniu do przewidzianych projektem zakresu prac ziemnych, docelowego zagospodarowania terenu oraz ew. możliwości przygotowania i zabezpieczenia elementów systemu oczyszczania w ramach prac budowlanych. Skutkiem aktualizacji projektu będzie wystąpienie o zmianę decyzji RDOŚ.

W ramach dokumentacji projektowej zalecanym jest sporządzenie aktualizacji planu remediacji poprzez adaptację obecnego planu do warunków prowadzenia prac budowlanych w ramach inwestycji oraz eksploatacji obiektów po jej zakończeniu, a także zachowania warunków gwarancji nowo wybudowanego obiektu.

> 4. Obecnie nieznany jest szczegółowy zakres ewentualnych zmian, niemniej obecne warunki terenowe i środowiskowe prowadzenia prac remediacyjnych z pewnością nie zostaną zachowane, W zależności od przedmiotu zlecenia inwestycji oraz końcowego jej efektu mogą to być w szczególności zmiany spowodowane:
>
> 1) wydołowaniem zanieczyszczonego gruntu objętego obszarem prac ziemnych -skutkujące częściowym oczyszczeniem gruntów powyżej zwierciadła wody i dostosowaniem intensywności oczyszczania IN SITU w tym rejonie (z uwzględnieniem stanu gruntu poniżej zwierciadła wody),
>
> 2) wykonaniem nawierzchni szczelnych na obszarze planowanych do wykonania otworów technologicznych, których nie można będzie przewiercać,
>
> 3) koniecznością zachowania ciągów komunikacyjnych i uwzględnienia eksploatowania bocznicy kolejowej — przeprowadzenie przewodów w gruncie na odpowiedniej głębokości,
>
> 4) wykonaniem nawierzchni trwałych na obecnych terenach zielonych skutkujące zastosowaniem innej technologii wiercenia,
>
> 5) zastrzeżeniem w warunkach gwarancji umowy na wykonanie prac budowlanych inwestycji, braku ingerencji (prowadzenia wierceń) na obszarze objętym zadaniem inwestycyjnym - co odsuwa termin rozpoczęcia prac remediacyjnych - o ile nie zostaną wykonane otwory w ramach powyższego zadania.

(…) Mając na względzie zaistniały stan faktyczny, w sytuacji w której Zamawiający w dniu wszczęcia postępowania nie

mógł przewidzieć, iż zostaną przeprowadzone inne roboty budowlane dla nowego użytkownika i jego potrzeb funkcjonalno-użytkowych na terenie kompleksu w Pruszczu Gdańskim, należy traktować jako nieprzewidzianą zmianę okoliczności, zewnętrzną wobec stron procedowanego postępowania.

Z punktu widzenia ekonomicznego niecelowe jest przeprowadzenie remediacji przed wykonaniem robót budowlanych, co nie leży w interesie publicznym, gdyż wydatki poniesione na remediację do czasu wykonania robót budowlanych zostałyby zniweczone a cel remediacji pozostałby niezrealizowany. Ponadto po zakończeniu inwestycji konieczne byłoby ponowne prowadzenie remediacji na tym samym terenie, ponowne posadowienie urządzeń remediacyjnych i poniesienie kosztów, które zostałyby już poniesione w pierwotnym postępowaniu. (…)

Na wstępie zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje tego, iż na terenie, na którym miałyby być prowadzone prace remediacyjne, objęte przedmiotem zamówienia w analizowanym postępowaniu, powstała potrzeba przeprowadzenia prac budowlanych. Kwestionuje natomiast nieprzewidywalność tej zmiany, bowiem jak stwierdził w odwołaniu, nie są mu znane decyzje, dokumenty, które mają być podstawą tej zmiany.

W tym zakresie zauważenia wymaga, że skoro decyzje, na których brak poznania wskazuje Odwołujący są poufne, to zrozumiałym jest, że w uzasadnieniu unieważnienia

postępowania ich treść nie została przywołana. Nadto po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie oraz załączonej do niego jawnego elementu dokumentu związanych z inwestycją w postaci notatki lokalizacyjnej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nr 1/GR3/WRiA/PW2023-2025, Odwołujący nie podważał jej waloru dowodowego w zakresie wykazania powstania takiej nieprzewidywalnej dla Zamawiającego zmiany.

Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że fakt podjęcia na szczeblu ministerialnym decyzji o budowie lub rozbudowie obiektów wojskowych na terenie JW 1300, wydanej w zakresie prowadzenia polityki związanej z obronnością i bezpieczeństwem państwa, mieści się w granicach istotnej zmiany o charakterze zewnętrznym. Za wiarygodne należy bowiem uznać stwierdzenie Zamawiającego, którego to twierdzenia Odwołujący nie podważył, że nie miał żadnego wpływu na kształt tej decyzji, podjętej po wszczęciu postępowania. Trudno zatem przyjąć, że Zamawiający mógł wcześniej przewidzieć taką sytuację.

Nie ma sporu co do tego, że tereny wojskowe objęte przedmiotowym zamówieniem dotychczas nie były przeznaczone pod wskazaną inwestycję. Podjęte zatem po wszczęciu postępowania decyzje, zgodnie z którymi tereny te mają posłużyć pod budowę strategicznych z punktu widzenia obronności państwa obiektów wojskowych, należy uznać za istotne zmiany okoliczności, powodujące konieczność oceny, czy w świetle tych zmienionych okoliczności prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego leży w interesie publicznym. Swoją ocenę w tym zakresie Zamawiający przedstawił w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania.

Polemizując ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w unieważnieniu postępowania Odwołujący skupił się na wykazaniu, iż jego zdaniem w interesie publicznym jest przeprowadzenie remediacji, nadto zarówno ze względów technicznych, jak też w świetle postanowień umowy, w jego ocenie, jest możliwe równoległe wykonywanie prac remediacyjnych oraz robót budowlanych.

Jakkolwiek zgodzić się należy z Odwołującym, iż wykonanie remediacji jako takiej leży w interesie publicznym, to jednak oceny wymaga, czy w interesie publicznym jest jej wykonywanie równolegle z pracami budowlanymi i czy pozwoli to na osiągnięcie celu remediacji. Zgodnie z Projektem planu remediacji historycznego zanieczyszczenia powierzchni ziemi w rejonie MPS zlokalizowanego na terenie JW. 1300 w Pruszczu Gdańskim, stanowiącym element dokumentacji postępowania, celem planowanej remediacji jest całkowite usunięcie zanieczyszczenia. Remediacja in-situ prowadzona będzie poprzez iniekcję, za pośrednictwem wykonanych otworów napowietrzających rozmieszczonych w miarę równomiernie na terenie zanieczyszczonym, preparatów biologicznych namnożonych

z autochtonicznych bakterii. Z dokumentu tego wynika również, że projektuje się wykonanie około 95 otworów napowietrzających, przy czym zagęszczenie otworów dobiera się tak aby było w miarę możliwości równomierne.

Zdaniem Odwołującego cel ten może zostać osiągnięty, bowiem przy dobrej współpracy jest możliwe prowadzenie prac remediacyjnych równolegle z pracami budowlanymi, chociaż, jak przyznał na rozprawie, lepiej jest, gdy prace remediacyjne są prowadzone po zakończeniu robót budowlanych. Odwołujący stwierdził, że gdy wykonawca pozyska wiedzę, gdzie są zlokalizowane budynki, będzie w stanie je pominąć. Nadal zatem napowietrzane byłyby otwory, a po zmianie decyzji środowiskowej doszłyby dodatkowe elementy wydołowania zanieczyszczonego gruntu. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że również decyzja remediacyjna podlegałaby zmianie o uzupełnienie zakresu robót o te, które są związane z wydobyciem gruntu, jednocześnie stwierdzając, że mógłby je wykonać inny wykonawca. Odwołujący wskazał też m.in., że w związku z równoczesnym prowadzeniem robót budowlanych, możliwe jest przeprowadzenie instalacji przez folię, co jest innym rozwiązaniem, niż przewidziane w ofercie, ale nie jest ono kosztowne. Nadto mógłby te prace wykonać wykonawca robót budowlanych tworząc kołnierze wskazane na zdjęciach złożonych na rozprawie, o czym wykonawca robót budowlanych miałby pozyskać wiedzę z wizji lokalnej.

Zdaniem Zamawiającego natomiast równolegle prac remediacyjnych oraz prac budowlanych nie pozwoli na osiągnięcie celu remediacji, ponieważ na czas prowadzenia robót budowlanych obszar objęty budową jest wyłączony z remediacji, a zatem nie można wykonywać na nim otworów, bowiem będzie tam pracował ciężki sprzęt, co grozi zanieczyszczeniem wód podziemnych. Zamawiający wyjaśnił, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że w ramach remediacji winno następować napowietrzanie części otworów, a części nie, z uwzględnieniem sekwencji tych działań. Tymczasem otwory znajdujące się na placu budowy nie byłyby napowietrzane, co skutkowałaby brakiem efektu ekologiczego. Nadto Zamawiający stwierdził, że w trakcie prac budowlanych nie można monitorować gruntu, co jest objęte przedmiotem

zamówienia, ponieważ wykonawca odwiertu musiałby wejść na teren przekazany pod plac budowy w celu pobrania próby, a to mogłoby oznaczać kolizję z pracami wykonywanymi przez wykonawcę robót budowlanych. Ponadto według Zamawiającego wykonywanie równolegle prac budowlanych i prac remdiacyjnych powodowałaby konieczność zmiany opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że obecnie nieczynna bocznica kolejowa i ciągi komunikacyjne stałyby się czynne i nastąpiłaby konieczność umieszczenia przewodów w instalacji dla wykonania usług remediacyjnych, co nie było przewidziane w przedmiocie zamówienia. Według Zamawiającego prowadzenie prac

budowlanych zniweczyłoby skutki remediacji i musiałby powtórzyć remediację po zakończeniu budowy.

Nie ma sporu, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu został opracowany z uwzględnieniem, iż teren poddany remediacji nie jest użytkowany, jak też, że nie odbywają się na nim prace budowlane. W związku z tym wycena ofert złożonych w postępowaniu dotyczyła innego terenu niż ten, jaki na skutek zaistniałych zmian po wszczęciu postępowania, miałby być w rzeczywistości objęty remediacją, tj. terenu, na którym odbywają się prace budowlane. W konsekwencji wycena ofert nie obejmowała szeregu czynności, na które wskazywał Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie, które miałyby być podjęte w związku z prowadzonymi na tym terenie równolegle pracami budowlanymi. Okoliczność, iż jak twierdzi Odwołujący koszty tych zmian w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia obowiązującego przy wszczęciu postępowania, byłyby według niego niewielkie, nie może być uznana za wystarczającą, do uznania, że konieczna w nowych okolicznościach zmiana przewidzianego do wykonania zakresu przedmiotu zamówienia, nie powoduje istotnej zmiany warunków realizacji zamówienia, zwłaszcza, że byłaby to zmiana, która nie mogła być uwzględniona przy wycenie oferty. Przywołane przez Odwołującego postanowienia OPZ oraz umowy, nie odnoszą się bowiem do takich zmian wykonania przedmiotu zamówienia, na jakie wskazuje sam Odwołujący.

Powyższe wskazuje, że będące powodem unieważnienia roboty budowlane, są zdarzeniem zewnętrznym, niezależnym od Zamawiającego. Zważywszy na specyfikę działalności Zamawiającego, zgodzić się bowiem należy, że wydanie decyzji w tym przedmiocie przez uprawniony do tego organ, ma charakter zewnętrzny w stosunku do Zamawiającego. Zmiana okoliczności jest istotna. Inaczej bowiem przedstawia się zakres i sposób realizacji zamówienia, co ma związek z wyceną ofert, w sytuacji, gdy prace remediacyjne miały być prowadzone na terenie wolnym od prac budowlanych, a inaczej, gdy mijałby się odbywać na terenie, na którym miałby być prowadzone prace budowlane. W sytuacji, gdy osiągniecie celu prac remediacyjnych na skutek równoległego prowadzenia prac budowlanych, przy dotychczasowym sposobie ich wykonania, nie jest możliwe – sam Odwołujący zwraca uwagę na konieczność poczynienia zmian w sposobie realizacji zamówienia i przyznaje, że lepiej jest gdy prace remediacyjne są wykonywane po zakończeniu budowy - to należy uznać, że ich prowadzenie w zmieniony sposób w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, nadto przy zwiększonych kosztach, których wysokość wprawdzie jest sporna pomiędzy stronami, to jednak sam fakt powstania takich dodatkowych kosztów nie jest kwestionowany przez Odwołującego, nie leży w interesie publicznym.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, w sytuacji, gdy tereny objęte przedmiotowym zamówieniem dotychczas nie były przeznaczone pod inwestycje, a po

wszczęciu postępowania zapadła decyzja o przeznaczeniu ich pod budowę strategicznych z punku widzenia obronności państwa obiektów wojskowych, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……..