



Bydgoszcz, 03 czerwca 2019 roku

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „przygotowanie szczegółowego projektu technicznego innowacyjnej instalacji mobilnej przeznaczonej do remediacji terenów zanieczyszczonych w rejonie dawnych Zakładów Chemicznych „Zachem” wraz z systemem rurociągów łączących oraz automatycznym systemem bieżącej kontroli przebiegu procesu remediacji oraz budowa innowacyjnego systemu oczyszczania/podczyszczania gruntów i wód podziemnych odpompowywanych studniami przechwytyjącymi wraz z systemem rurociągów łączących studnie przechwytyjące z iniekcyjnymi oraz montażem agregatów pompowych w studniach przechwytyjących”.

Znak sprawy WIS.261.13.2019.AA

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

Działając w imieniu i na rzecz Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Bydgoszczy, niniejszym na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”), unieważniam postępowanie prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „przygotowanie szczegółowego projektu technicznego innowacyjnej instalacji mobilnej przeznaczonej do remediacji terenów zanieczyszczonych w rejonie dawnych Zakładów Chemicznych „Zachem” wraz z systemem rurociągów łączących oraz automatycznym systemem bieżącej kontroli przebiegu procesu remediacji oraz budowa innowacyjnego systemu oczyszczania/podczyszczania gruntów i wód podziemnych odpompowywanych studniami przechwytyjącymi wraz z systemem rurociągów łączących studnie przechwytyjące z iniekcyjnymi oraz montażem agregatów pompowych w studniach przechwytyjących”.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający działając z należytą starannością przygotował opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże ze względu na jego innowacyjny charakter i niemożliwość określenia wszystkich parametrów przedmiotu zamówienia, podjął on decyzję o przeprowadzeniu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Dialog konkurencyjny ze swojego założenia okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych.





Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. Zamawiający w czasie spotkań prowadzonych z Wykonawcami dopuszczonymi do udziału w dialogu konkurencyjnym pozyskał wiedzę, której sam na etapie przygotowania postępowania nie miał możliwości uzyskać, to jest że wydzielenie dwóch osobnych postępowań jednego na budowę, a drugiego na działania remediacyjnej było nieuzasadnione technologicznie i celowościowo. Ponadto Zamawiający dowiedział się o konieczności przeprowadzenia testów pilotażowych, które pozwolą na dopasowanie instalacji z technologicznego punktu widzenia do zanieczyszczeń i warunków środowiskowych panujących na terenie, który ma zostać poddany remediacji.

Wykonawcy dopuszczeni do udziału w dialogu konkurencyjnym podczas spotkań, które odbyły się w siedzibie Zamawiającego w dniach 15-16 maja 2019 roku, wielokrotnie podkreślali, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez badań stanu wyjściowego oraz pilotażu przeprowadzonego przed przystąpieniem do rozpoczęcia prac projektowych może okazać się znacząco utrudnione, jeżeli w ogóle możliwe. Ponadto Wykonawcy wielokrotnie informowali, że w przypadku gdy przed dniem złożenia ofert nie otrzymają wyników badań oraz nie przeprowadzą pilotażu dla instalacji oferty, jakie złożą zostaną zaprojektowane na najwyższej klasy instalację przewidującą wiele rozwiązań, które mogą się okazać zbędne. Takie działania Wykonawców może znacząco wpłynąć na cenę oferty. Niektórzy z Wykonawców jednoznacznie wskazali, że mając na uwadze powyższe mogą nie złożyć oferty w postępowaniu, ponieważ jest to obciążone zbyt dużym ryzykiem dla ich przedsiębiorstw.

Wykonawcy ponadto wskazywali, że niewłaściwe było oddzielenie zadania polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu instalacji przeznaczonej do remediacji od działań remediacyjnych. Taki podział w ocenie Wykonawców może spowodować, że Wykonawcy zaprojektują i wykonają instalację, która będzie tania w wykonaniu, jednak bardzo droga w eksploatacji. Co więcej nie będą mogli wziąć odpowiedzialności za efekt ekologiczny, jaki zostanie osiągnięty w wyniku działania wykonanej instalacji, w sytuacji gdy inny podmiot prowadził będzie działania remediacyjne.

Najważniejszym elementem przedmiotowego postępowania jest osiągnięcie efektu ekologicznego, polegającego na oczyszczeniu gleby i wód podziemnych w rejonie dawnych Zakładów Chemicznych ZACHEM S.A. w Bydgoszczy. Oczyszczenie środowiska w zakresie wskazanym w zdaniu poprzedzającym jest nie tylko celem tego postępowania, ale także celem publicznym skierowanym na poprawę jakości życia społeczności lokalnej. W przypadku, gdy Wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu już na pierwszych spotkaniach dialogu wskazują, że tak określony opis przedmiotu zamówienia może doprowadzić do sytuacji, gdy pomimo wybudowania instalacji i prowadzenia remediacji efekt środowiskowy może nie zostać osiągnięty, uzasadnia twierdzenie, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, gdyż podstawowe cele tego postępowania nie zostaną osiągnięte.





Mając na uwadze fakt, że osiągnięcie efektu ekologicznego dla Zamawiającego jest najważniejszym elementem wszystkich zamówień realizowanych w ramach projektu pn. „Remediacja terenów zanieczyszczonych w rejonie dawnych Zakładów Chemicznych „Zachem” w Bydgoszczy w celu likwidacji zagrożeń zdrowotnych i środowiskowych, w tym dla obszaru Natura 2000 Dolina Dolnej Wisły oraz Morza Bałtyckiego”, współfinansowanego w ramach środków POIiŚ na lata 2014-2020 oś priorytetowa II – Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu działanie 2.5 Poprawa jakości środowiska miejskiego” i podstawowym celem planowanych działań remediacyjnych, a także wskaźnikiem w Projekcie, zagrożenie, że efekt ten może nie zostać osiągnięty, uzasadnia twierdzenie, że ze względu celowościowego kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. W związku z czym unieważnienie postępowania ze względów merytorycznych, finansowych i celowościowych jest niezbędne.

Abstrahując od powyższego, Wykonawcy w czasie spotkań zwrócili uwagę na bardzo ważną z punktu widzenia Zamawiającego kwestię, to jest odpowiedzialność za należyte funkcjonowanie instalacji. W sytuacji, gdy budowa instalacji zostanie oddzielona od działań remediacyjnych, może dochodzić do sytuacji, gdy każdy z Wykonawców (wykonawca robót budowlanych oraz wykonawca usługi remediacyjnej) będą wzajemnie obarczać siebie odpowiedzialnością za wadliwe lub nieskuteczne działanie instalacji. W takiej sytuacji, Zamawiający może mieć poważny problem z określeniem podmiotu odpowiedzialnego za nienależyte funkcjonowanie instalacji, a także z egzekwowaniem odpowiedzialności i napraw. Może też dochodzić do sytuacji, kiedy usunięcie wad i usterek będzie musiało zostać poprzedzone pozyskaniem opinii niezależnych ekspertów, którzy oceniają, na którym etapie realizacji zadania pojawił się błąd i kto powinien ponieść za niego odpowiedzialność. Co w przyszłości może rodzić wiele negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy jest wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający dopiero w czasie dialogu konkurencyjnego prowadzonego 15 i 16 maja 2019 roku, powziął wiedzę, że prowadzenie postępowania o określonym pierwotnie zakresie może doprowadzić do sytuacji, gdy nie osiągnie on założonych efektów i celu, jak również może ponieść niewspółmiernie wysokie koszty, które nie będą miały uzasadnienia w samej technologii. Ponadto należy wskazać, iż rozdzielenie działań może doprowadzić do sytuacji, gdy Zamawiający nie będzie miał instrumentów prawnych umożliwiających wyegzekwowanie od Wykonawców robót budowlanych i remediacji świadczeń gwarancyjnych, które przy tak sformułowanym zakresie zamówienia będą się wzajemnie przenikać.





Za uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2017 roku należy wskazać „Jednakże w każdej takiej sprawie Zamawiający powinien wykazać, że zmiana ta faktycznie wystąpiła i jest istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też jego wykonanie, nie leży już w interesie publicznym. Do unieważnienia postępowanie o zamówienie nie wystarczy sama możliwość zmiany okoliczności. Ponadto skutek w postaci niecelowości dalszego prowadzenia postępowania winien być trwały, a nie przemijający. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt, KIO/UZP 176/09 uznała, iż okoliczności nieprzewidziane o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ZamPublU muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2017 roku, sygnatura akt KIO/KD 32/17).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23 września 2011 roku wskazała „Powyższe oznacza, iż zamawiający powinien wykazać, po pierwsze, iż **zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła**, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż **jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym**. Zamawiający powołując się na tę przyczynę unieważnienie postępowania musi udowodnić, że **wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym**. 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 uprawnień Wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą weryfikacji w celu ustalenia, że na gruncie danego stanu faktycznego przesłanka unieważnienia postępowania zaktualizowała się. Odnosząc się do wykładni poszczególnych przesłanek zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ZamPublU trzeba zaznaczyć, iż przez interes publiczny należy rozumieć korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego. **Co do istotnej zmiany okoliczności należy wyrazić pogląd, iż stanowi ona kategorię o charakterze obiektywnym, ściśle powiązaną z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, którego realizacji miało służyć to postępowanie**” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2011 roku, sygnatura akt KIO 1948/11).

Analizując cytowane powyżej orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać, że:

- 1) zmiana okoliczności faktycznych w niniejszym postępowaniu nastąpiła na etapie prowadzenia dialogu konkurencyjnego, podczas którego Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, dzieląc się swoją wiedzą i doświadczeniem wskazali na konieczność wykonania dwóch etapów poprzedzających złożenie oferty, to jest etapu badań





- środowiskowych oraz testów pilotażowych, które nie były przewidziane w postępowaniu, które pozwolą na określenie właściwej technologii dla instalacji oraz optymalizację procesów;
- 2) zmiana okoliczności, o której mowa w pkt 1 powyżej, skutkuje koniecznością przekazania Wykonawcom wyników badań środowiskowych, które zostaną zakończone w IV kwartale 2019 roku oraz włączenia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem złożenia ofert cenowych testów pilotażowych, co skutkuje koniecznością zmiany trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 - 3) zmiana okoliczności, o której mowa w pkt 1 powyżej, skutkuje koniecznością włączenia do zakresu zamówienia innych zadań dotyczących elementów infrastruktury powiązanej z instalacją oraz polegających na eksploatacji wybudowanej instalacji, a także realizacji remediacji środowiska przy pomocy instalacji, co da Zamawiającemu możliwość wyegzekwowania odpowiedzialności za nieosiągnięcie efektu ekologicznego oraz większy nadzór nad wskaźnikami w projekcie w tym zakresie;
 - 4) Zamawiający dołożył należytej staranności podczas przygotowania postępowania, w szczególności zlecił przygotowanie merytoryczne projektu, który stanowi podstawę do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia uczelni wyższej, która dysponuje specjalistami z zakresu remediacji, którzy przeprowadzili szereg analiz, badań i przygotowali plan remediacji, który stanowił podstawę do sformułowania informacji i wymagań dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która określa potrzeby i wymagania Zamawiającego. Zamawiający mając na uwadze złożony i innowacyjny charakter zamówienia, podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, co miało pozwolić na opracowanie technologii spełniającej założenia planu remediacji, a także realizującej założenia efektu ekologicznego. W czasie spotkania w dialogu, Wykonawcy wskazali na okoliczności, które Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, aby właściwie przeprowadzić działania remediacyjne, o czym pomimo dołożenia należytej staranności w dniu wszczęcia postępowania nie wiedział;
 - 5) jak wynika z rozmów prowadzonych podczas dialogu konkurencyjnego, rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania doprowadzi do sytuacji, gdy wybudowana instalacja nie będzie ze względu na brak aktualnych danych o jakości środowiska odzwierciedlać potrzeb Zamawiającego lub zostanie zaprojektowana nad wyrost, co spowoduje zwiększenie kosztów realizacji a w późniejszym etapie eksploatacji. Takie działanie może doprowadzić do sytuacji, w której instalacja nie tylko nie będzie odpowiadała potrzebom Zamawiającego czy społeczności lokalnej, ale także będzie bardzo kosztowna w eksploatacji, czym narazi Zamawiającego na dodatkowe koszty.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że kontynuowanie przedmiotowego postępowania narusza interes publiczny, któremu miało służyć, co uzasadnia unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

REGIONALNY DYREKTOR
OCHRONY ŚRODOWISKA
W BYDGOSZCZY

Maro Dombrowicz



