

WYROK

z dnia 27 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Frakcja Sp. z o. o. z siedzibą w Brennej oraz Tritex Sp. z o. o. z siedzibą w Piekarach Śląskich,

w postępowaniu prowadzonym przez Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Chem Trans Logistic HALDEX S.A. z siedzibą w Sosnowcu, CTL Maczki - Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe EKO-NIKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Kopalnia Imielin Sp. z o. o. z siedzibą w Imielinie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r. poz. 1986; dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych z Polskiej Grupy Górnicznej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1 — Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie 100 000Mg odpadów wydobywczych, Zadanie nr 2 — Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie 200 000 Mg odpadów wydobywczych. ”

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2019 r., pod numerem 2019/S 020-044589.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Frakcja Sp. z o. o. z siedzibą w Brennej oraz Tritex Sp. z o. o. z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez nich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 9 maja 2019r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołujących mimo, iż nie jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”)
- 2) art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i odmowę zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, w sytuacji, gdy brak było przesłanek dla takiej odmowy, a następnie przeprowadzeniu aukcji bez udziału Odwołującego;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt. 3 w zw. z ust. 1a Pzp poprzez brak racjonalnego i zgodnego z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa wyjaśnienia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, w tym brak pouczenia o prawie do wniesienia odwołania.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na stwierdzeniu, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, co stanowiło podstawę odmowy zaproszenia Wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) nakazanie unieważnienia aukcji elektronicznej, przeprowadzonej bez udziału Wykonawcy oraz nakazanie jej powtórzenia z udziałem Wykonawcy;
- 4) na wypadek zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed rozpoznaniem niniejszego odwołania - unieważnienie zawartej umowy,
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego na podstawie faktury, która zostanie złożona do akt sprawy podczas rozprawy.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawił Zamawiającemu decyzję Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 28 marca 2018 r. znak SR- III.7244.3. 15.2016.AS (dalej: decyzja z 2018r.), z której wynika, że Odwołującemu udzielono zezwolenia na przetwarzanie odpadów w procesie odzysku do wypełniania w ramach robót rekultywacyjnych, wyrobiska poeksploatacyjnego Zakładu Górniczego „Dwory II” oraz, że dozwolona ilość odpadów dopuszczonych do przetwarzania w ciągu roku, dotyczących kodu ex 01 04 12 (stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopaliny inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11) wynosi 1 100 000 Mg.

Następnie Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 19 marca 2019 r. Zamawiający wezwał go do przedłożenia zgodnie z Częścią XI. ust. 2 pkt. 1 SIWZ „aktualnego (ważnego) zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach — lub informacji o indywidualnym numerze rejestrowym w rejestrze podmiotów gospodarujących odpadami Marszałka województwa”, twierdząc jednocześnie, że z decyzji z 2018 r. nie wynika zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12 wymaganych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na w/w pismo Odwołujący wskazał, że decyzja z 2018 r. obejmuje zezwolenie na przetwarzanie odpadów będących przedmiotem postępowania przetargowego.

Pismem z dnia 26 marca 2019 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12, dodatkowo powołując się na pismo z Urzędu Marszałkowskiego, z którego wynika, że kod ex 01 04 12 dotyczy stałych odpadów powstających przy płukaniu i oczyszczaniu kopaliny innych niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11.

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiającego wskazał, że odpad z kodem ex 01 04 12 nie jest innym odpadem niż ten sam kod, ale bez dopisku „ex”.

Dodatkowo wyjaśniono, że zawężenie charakterystyki odpadu w decyzji z dnia 28 marca 2018 r. wynika z realizowanego przez zakład Odwołującego Frakcja Sp. z o.o. sposobu przetwarzania odpadów wydobywczych (rekultywacja wyrobiska), co nie zmienia jednak rodzaju odpadu objętego tym zezwoleniem, którym nadal jest odpad o kodzie 01 04 12, zgodnie z numeracją katalogową odpadów. Sama odpowiedź z Urzędu Marszałkowskiego nie zmienia jednak faktu, że Odwołujący spełnia wymogi wskazane przez Zamawiającego w SIWZ i jego oferta nie powinna być przez Zamawiającego odrzucona.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał, że wymaga, aby wykonawcy przystępujący do przetargu wykazali posiadanie zezwolenia zarówno do przetwarzania odpadów stałych jak i płynnych, czy też w jakiegokolwiek innej formie. Co więcej, w piśmie Zamawiającego z dnia 12 lutego 2019 r., stanowiącym odpowiedź na pytania wykonawców, przy pytaniu nr 2 „Czy odpad o kodzie 01 04 12 będący przedmiotem ww. przetargu jest odpadem stałym” udzielono odpowiedzi twierdzącej. Natomiast przy pytaniu nr 15 „jaka będzie maksymalna wilgotność (oddzielnie dla każdej części zamówienia) przekazywanych wykonawcy do odzysku odpadów wydobywczych” Zamawiający wskazał, że zarówno w przypadku zadania 1 jak i 2 wyniesie ona do 7%. Dodał, że również z doświadczenia Odwołującego dotyczącego odbioru odpadów z zakładów górniczych, w tym również zakładu Zamawiającego, wynika, że przedmiotem zamówienia będą jedynie stałe formy odpadu o kodzie 01 04 12.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego podając jako podstawę prawną przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, natomiast w uzasadnieniu faktycznym powołał się na okoliczność, iż zezwolenie na przetwarzanie odpadów, jakim legitymuje się Odwołujący Frakcja Sp. z o.o. dotyczy jedynie odpadów stałych — kod ex 01 04 12, natomiast brak w decyzji Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 28 marca 2018 r. kodu 01 04 12, oraz wskazał, że przedmiotem umowy będzie odbiór odpadów powstających przy płukaniu i oczyszczaniu kopaliny nie tylko stałych ale również innych o znacznej zawartości wilgoci. W ocenie Odwołującego, powyższe uzasadnienie stoi w sprzeczności z dotychczasowymi wyjaśnieniami Zamawiającego, opisanymi wyżej w piśmie z 12 lutego 2019 r., a także powtarzanymi w rozmowach ustnych z przedstawicielem Zamawiającego. Brak jest jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia dla wymagania Zamawiającego, aby wykonawca legitymował się zezwoleniem na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12, skoro wystarczające do realizacji zamówienia jest zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie ex 01 04 12, ponieważ sam Zamawiający wyjaśniał, że przedmiotem umowy objęte będą odpady stałe, o wilgotności maksymalnie do 7%.

Dopiero badając ofertę Wykonawcy, w piśmie z 12 kwietnia 2019 r., wbrew udzielonym wcześniej wyjaśnieniom do treści SIWZ, Zamawiający wskazał, że zamówienie miałoby dotyczyć nie tylko odpadów w formie stałej, ale również innych odpadów o „znacznej zawartości wilgoci”. Takie stanowisko Zamawiającego, nie ma potwierdzenia w treści SIWZ ani w udzielonych wcześniej wyjaśnieniach, a także jest sprzeczne z wiedzą i doświadczeniem Odwołującego zdobytą przy realizacji innych tego typu kontraktów oraz informacjami uzyskanymi bezpośrednio od przedstawiciela Zamawiającego.

Wprawdzie w wyjaśnieniach do treści SIWZ Zamawiający rzeczywiście informował, że nie będzie uznawał za spełniających warunki udziału w postępowaniu, Wykonawców dysponujących wyłącznie zezwoleniem na przetwarzanie stałych form odpadu o kodzie 01 04 12, jednak takie stanowisko jest sprzeczne z treścią SIWZ i innymi udzielonymi wyjaśnieniami (forma stała — pyt. 2 i zawartość wilgoci — pyt. 15), a także stanowiłoby sztuczne i nieuzasadnione obiektywnymi przyczynami zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców.

Wykluczałoby ono bowiem z postępowania takie podmioty jak Odwołujący, tj. przetwarzających odpady o kodzie 01 04 12 w procesach R3 i R5, poza instalacjami i urządzeniami, tj. poprzez wypełnianie terenów niekorzystnie przekształconych i rekultywację wyrobisk, do czego wykorzystywana może być tylko stała forma odpadów wydobywczych (kod 01 04 12 z dopiskiem ex, zgodnie z opisem w tabeli stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz.U. 2015 poz. 796), dalej zwanego „rozporządzeniem z 2015 r.”

Odwołujący zauważył, że aktualnie obowiązujące rozporządzenie z 2015 r. zastąpiło poprzednie Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 21 marca 2006 r. w sprawie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz.U. nr 49 poz. 356), dalej „rozporządzenie z 2006 r”, które zgodnie z art. 250 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. -o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21,888, i 1238, z 2014 r. poz. 695,1101 i 1322 oraz z 2015 r. poz. 87 i 122) traci moc z dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia (tj. 27 czerwca 2015 r.). Jest to istotne o tyle, że poprzednio obowiązujące rozporządzenie z 2006 r. wskazywało jedynie kod 01 04 12 na oznaczenie „odpadów powstających przy płukaniu i oczyszczaniu kopalni innych niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11”. Zgodnie z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem kod 01 04 12 poprzedzony został literami „ex”, co oznacza, że dotyczy stałych odpadów. Powyższe oznacza, że podmioty, które uzyskały zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakresie kodu 01 04 12 na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów byłyby w nieusprawiedliwiony sposób uprzywilejowane w stosunku do podmiotów, które takie zezwolenie uzyskały już w oparciu o przepisy aktualnie obowiązującego rozporządzenia z 2015 r.

Odwołujący podkreślił, że odpad o formie stałej powstający przy płukaniu i oczyszczaniu kopalni, inny niż wymieniony w 01 04 07 i 01 04 11, to odpad o tym samym kodzie nr 01 04 12, podobnie jak taki sam odpad w formie płynnej czy półpłynnej (ten sam kod odpadu obejmuje różne formy skupienia). Tam, gdzie ustawodawca chciał oznaczyć określone

formy skupienia odpadów odrębnym kodem klasyfikacyjnym uczynił to wprost w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów. Przykładowo podał:

07 04 13* Odpady stałe zawierające substancje niebezpieczne

10 01 05 Stałe odpady z wapniowych metod odsiarczania gazów odlotowych

01 03 09 Czerwony szlam powstający przy produkcji tlenku glinu inny niż

wymieniony w 01 03 10

02 03 01 Szlamy z mycia, oczyszczania, obierania, odwirowywania i oddzielania surowców

Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ, nie ma zapisu wskazującego, że przedmiotem postępowania są odpady o kodzie nr 01 04 12 występujące we wszystkich formach, tj. stałej jak i płynnej/półpłynnej, albo że zamówienie jest skierowane wyłącznie do wykonawców zdolnych do zagospodarowania wszystkich znanych form skupienia odpadów wydobywczych. Przeciwnie, jak już wyżej wskazano, z całokształtu treści SIWZ oraz treści udzielanych przez Zamawiającego w trakcie postępowania wyjaśnień (a także doświadczenia Odwołującego dotyczącego odbioru odpadów wydobywczych pochodzących z zakładów górniczych, w tym z zakładu Zamawiającego) wynika jednoznacznie, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są jedynie stałe formy odpadu o kodzie 01 04 12.

Odwołujący wskazał nadto, że w piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający nie zawarł żadnego pouczenia o przysługujących Odwołującemu, którego oferta została odrzucona środkach zaskarżenia, co może być uznane za naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z ust. 1a Pzp.

Należy też zaznaczyć, że wyjaśnienia Zamawiającego co do treści SIWZ nie mogą służyć określaniu dodatkowych warunków dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu, ani zmianie treści SIWZ, która zresztą aż do dnia składania ofert nie została zmieniona, mimo iż Zamawiający ma taką możliwość zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 Pzp. W sytuacji, gdy zamówienie rzeczywiście obejmować miałyby odpady o różnym charakterze (stanie skupienia, zawartości wilgoci itp.) i miałyby być kierowane wyłącznie do wykonawców zdolnych do przetwarzania wszystkich znanych form występowania danego odpadu, informacja taka powinna wyraźnie wynikać z SIWZ — co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Zwrócić jednak trzeba uwagę, że takie ograniczenie, nawet gdyby zostało przewidziane warunkami i treścią SIWZ, stanowiłoby jednak niedopuszczalne ograniczenie zasady konkurencyjności oraz wymagałoby, co najmniej, jednoczesnego dopuszczenia składania w tym zakresie ofert częściowych. Zamawiający powinien bowiem skonstruować warunki udziału w postępowaniu przetargowym tak, aby był do niego dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest do wykonania zamówienia — co w niniejszej sprawie nie

miało miejsca. Powyższe wynika z tego, że jeżeli przedmiotem zamówienia miałyby być odpady o kodzie 01 04 12 zarówno w formie stałej jak i płynnej/półpłynnej, a zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów mogą być wydawane z rozróżnieniem na formy stałe (dopuszczalne przetwarzanie poza instalacjami), i formy płynne/półpłynne (przetwarzanie wyłącznie w instalacjach i urządzeniach), to nie ma powodu — z punktu widzenia celów postępowania o zamówienie publiczne, konkurencyjności, możliwości technicznych i innych - aby ograniczać zamówienie do jednego wykonawcy (brak możliwości ofert częściowych, na odpady w formie stałej oraz pozostałe).

Powyższa uwaga miałaby zastosowanie, gdyby zamówieniem objęte były wyłącznie wszystkie formy skupienia odpadu o kodzie 01 04 12 i kierowane miałyby ono być wyłącznie do wykonawców zdolnych do zagospodarowania wszystkich takich form. Tak jak wyżej zostało wskazane, tak jednak nie jest, nie wynika to z treści z SIWZ ani z wyjaśnień Zamawiającego dotyczących charakteru odpadów będących przedmiotem postępowania.

W konsekwencji błędnego stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, Zamawiający z naruszeniem art. 91 b ust. 1 Pzp odmówił Odwołującemu prawa do udziału w aukcji elektronicznej i następnie przeprowadził aukcję bez ich udziału. W wyniku wadliwego działania Zamawiającego, Odwołujący pozbawieni zostali możliwości dalszego udziału w postępowaniu (etap aukcji elektronicznej), a co za tym idzie ostatecznej możliwości wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym w wyniku działania Zamawiającego Odwołujący ponieśli szkodę, co uzasadnia skorzystanie z prawa wniesienia odwołania w trybie art. 180 ust. 1 Pzp. Działanie Zamawiającego ponadto sprzeczne było również z podstawowymi zasadami funkcjonującymi w prawie zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający w różny sposób potraktował wykonawców, dopuszczając do dalszego etapu postępowania jedynie tych, którzy posiadali zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12, tj. wydane w czasie obowiązywania poprzedniego rozporządzenia z 2006 r.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 maja 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy i wyraźny dokonał oznaczenia rodzaju odpadów, wskazując konkretny kod odpadów, które będą przedmiotem odbioru i zagospodarowania przez Wykonawcę. Nie jest, zatem prawdą, jak podnosi Odwołujący na stronie 5 odwołania, że: „w treści SIWZ nie ma zapisu wskazującego, iż przedmiotem postępowania są odpady o kodzie nr 01 04 12 występujące we wszystkich formach tj. stałej jak i płynnej i półpłynnej”. Podkreślił, że w SIWZ wskazał nie tylko konkretny kod odpadu tj. 01 04 12, który zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Z 2014 r. poz. 1923), oznacza „odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11”, ale i zaznaczył, że przedmiotem odbioru i przetwarzania będą odpady niesortowane, a zatem stale zmieszane z mułem i szlamem, czyli o różnej zawartości wody (zawilgocenia).

Zamawiający podkreślił, iż Ruch Ziemowit oraz Ruch Piast, pomimo tego, iż zostały połączone, jako jeden Oddział Polskiej Grupy Gómiczej S.A. KWK Piast-Ziemowit, to jednak posiadają odrębne od siebie decyzje wydane przez Marszałka Województwa Śląskiego zezwalające na wytwarzanie odpadów. Oba Ruchy posiadają odmienne od siebie technologie przerobu węgla. Zakład przerobczy na Ruchu Piast potrafi produkować odpady stałe bez płynnych odpadów tj. szlamu i mułu, natomiast nie jest to możliwe na Ruchu Ziemowit, na którym odpady powstające podczas płukania i oczyszczania węgla są odpadami o zmieszanej konsystencji wraz z mułem i szlamem, które nie mogą zostać zakwalifikowane, jako odpad stały. Dla Ruchu Ziemowit w dniu 24 czerwca 2014 r. Marszałek Województwa Śląskiego wydał decyzję Nr 1229/OS/2014, następnie zmienioną decyzją nr 2145/OS/2016 z dnia 15 września 2016 r., która zezwala jej na wytwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12 tj. odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11. Ta właśnie decyzja stanowiła podstawę wszczęcia postępowania przetargowego nr 431801819.

Zgodnie z postanowieniami części XI. Pkt 2. SIWZ Zamawiający na potwierdzenie tego, że Wykonawca może przetwarzać odpady przekazywane przez Zamawiającego, wymagał, by Wykonawca przedłożył aktualne (ważne) zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane w oparciu o zapisy ustawy o odpadach lub informację o indywidualnym numerze rejestrowym w rejestrze podmiotów gospodarujących odpadami Marszałka Województwa.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunków z SIWZ, dołączył do oferty decyzję z 2018 r. na podstawie, której może przetwarzać odpady poza instalacjami i urządzeniami w procesie odzysku oznaczonym, jako R5, tj. do wypełniania w ramach robót rekultywacyjnych wyrobiska poeksploatacyjnego Zakładu Gómiczego „Dwory II”. Rodzaje i masa odpadów dopuszczonych do przetwarzania na podstawie tej decyzji wymienione zostały w pkt I. 1. decyzji, wśród których wymieniono odpad o kodzie ex 0104 12 tj. stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11.

Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o odpadach zasadą jest, iż odpady są przetwarzane w instalacjach lub urządzeniach, z kolei art. 30 ust. 1 w/w ustawy

wprowadza zakaz przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami, wprowadzając jednocześnie od tej zasady wyjątek, wskazując m.in. w art. 30 ust. 5 ustawy o odpadach, iż Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje odpadów oraz warunki ich odzysku w procesach odzysku R3, R5, R11 i R 12 wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy, poza instalacjami i urządzeniami, uwzględniając właściwości tych odpadów oraz możliwość bezpiecznego dla środowiska i zdrowia ludzi wykorzystania tych odpadów. Zgodnie z rozporządzeniem wydanym na tej podstawie prawnej, tj. Rozporządzeniem Ministra

Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz. U. z 2015 r. poz. 796), poza instalacjami lub urządzeniami mogą być przetwarzane m.in. odpady, o kodzie ex 01 04 12, pod którym to pojęciem rozumie się stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11, a które to rodzaje odpadów wymienione zostały w decyzji wydanej Odwołującemu. Podkreślił, że te właśnie odpady mogą być poddawane procesowi odzysku oznaczonym kodem R5 tj. do wypełniania terenów niekorzystnie przekształconych takich jak zapadliska, nieeksploatowane odkrywkowe wyrobiska lub wyeksploatowane części tych wyrobisk. Kod odpadu 01 04 12 nie jest, zatem tożsamy z kodem odpadu ex 01 04 12, gdyby, bowiem tak było niecelowym byłoby wprowadzanie przez ustawodawcę i organ wykonawczy rozróżnień w ich oznaczeniu. Różnice dotyczą także opisów obu tych odpadów, które występują w obu powołanych powyżej Rozporządzeniach Ministra Środowiska. Co więcej, Zamawiający podnosi, iż w tym samym Rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy o odpadach, w dalszej jego treści Załącznika nr 1 Lp. 3, pojawia się kod odpadu o oznaczeniu 01 04 12 (bez przedrostka ex), który to odpad również może być przetwarzany poza instalacjami lub urządzeniami, niemniej jednak w innych warunkach odzysku, a mianowicie m.in. „wykorzystanie w podziemnych technikach górniczych”, czy podobnie w pkt Lp. 10, gdzie również pojawia się kod odpadu 01 04 12 (bez przedrostka ex), który może być odzyskiwany, czyli wykorzystywany przy „budowie, przebudowie lub remoncie budowli kolejowych i podtorzy, wałów, nasypów kolejowych i drogowych, podbudowy dróg i autostrad (...).

Zamawiający wyjaśnił także, że zwrócił się do Marszałka Województwa Małopolskiego z prośbą o wydanie opinii czy na podstawie decyzji wydanej dla Odwołującego, Kopalnia Ziemowit może mu przekazywać odpady wydobywcze o kodzie 01 04 12. W odpowiedzi Urząd wydał opinię, zgodnie, z którą Frakcja sp. z o. o. na podstawie wydanej decyzji może przetwarzać wyłącznie odpad o kodzie ex 01 04 12. Urząd wyjaśnił, że poprzedzenie kodu odpadu literami „ex” oznacza, że kod z tym oznaczeniem obejmuje wyłącznie odpady określone w kolumnie trzeciej Załącznika do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami, w tym konkretnym przypadku mogą to być wyłącznie stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11. Powyższe oznacza, zatem, iż Frakcja sp. z o. o. w Brennej posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów wyłącznie poza instalacjami i urządzeniami o kodzie ex 01 04 12, który to kod obejmuje wyłącznie „stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11”, a zatem jest to pojęcie węższe niż odpad o kodzie 01 04 12, które obejmują nie tylko formę stałą odpadu, ale i zmieszaną tj. stałą z mulem i szlsem o określonym stopniu zawilgocenia, czyli taką, jaka występuje w Kopalni Ziemowit.

Zamawiający podniósł, iż na podstawie decyzji przedłożonej przez Odwołującego, nie może on odbierać odpadów niesortowanych, jakie wytwarza Kopalnia, bowiem nie będzie miał możliwości ich przetwarzania, gdyż takimi odpadami nie może wypełnić wyrobiska poeksploatacyjnego Zakładu Górniczego „DWORY II”.

Nie jest, zatem prawdą, jak wskazuje na to Odwołujący na stronie 4 odwołania, iż brak jest uzasadnienia by wykonawca musiał legitymować się zezwoleniem na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12, skoro wystarczające do realizacji zamówienia jest zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie ex 01 04 12, bowiem Zamawiający wyjaśniał, że przedmiotem umowy objęte będą odpady stałe o wilgotności maksymalnie do 7%. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 12 lutego 2019 r., w sposób wyczerpujący wyjaśnił, iż odpad o kodzie 01 04 12 nie jest tożsamy z odpadem o kodzie ex 01 04 12.

Nie jest również prawdą, na co wskazuje Odwołujący na stronie 5 i 7 odwołania, iż podmioty, które uzyskały zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakresie kodu 01 04 12 na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, a które to złożyły oferty w tym postępowaniu, są uprzywilejowane w stosunku do podmiotów, które uzyskały takie zezwolenie pod rządami przepisów aktualnych, a to z uwagi na fakt, że aktualnie obowiązujące Rozporządzenie z 2015 r., zastąpiło poprzednio obowiązujące rozporządzenie Ministra Środowiska, z dnia 21 marca 2006 r. w sprawie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów poza instalacjami i urządzeniami, które to rozporządzenie z 2006 r. wskazywało wyłącznie kod 01 04 12 bez przedrostka „ex”.

Zamawiający stwierdził, że różnicę pomiędzy odpadami o kodzie 01 04 12 a odpadami o kodzie ex 01 04 12 wyjaśnił w sposób dostateczny. Wskazał ponadto, że aktualnie obowiązujące przepisy dopuszczają możliwość przetwarzania odpadów o kodzie 01 04 12 również poza instalacjami i urządzeniami, tyle, że Odwołujący nie posiada decyzji zezwalającej na przetwarzanie takich odpadów. Podkreślenia wymaga, że pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, legitymowali się decyzjami, wydanymi już pod

razdami nowej ustawy o odpadach i nowych aktów wykonawczych, na przetwarzanie odpadów o kodzie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ, czyli 01 04 12, a zatem nie można tu skutecznie zarzucać niezachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Brak również możliwości, co Odwołujący zarzuca na stronie 6 odwołania, składania ofert częściowych na odpady w formie stałej oraz pozostałe, a to z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie sortuje odpadów. Zamawiający posiada zezwolenie wyłącznie na wytwarzanie odpadów, a nie na ich przetwarzanie, czyli m.in. sortowanie na różne rodzaje odpadów. Odpady wydawane są w stanie zmieszanym (stałe z mułem i szlamem), zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ pkt. 11 ppkt 1.

Z powyższych, zatem względów, zdaniem Zamawiającego, nie mogło dojść do naruszenia przez niego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 91b ust. 1 jak i art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał, iż wbrew zarzutom Odwołującego dotyczącym naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z ust. 1a Pzp, Zamawiający w sposób wyczerpujący wskazał podstawy prawne i faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Brak natomiast po stronie Zamawiającego obowiązku wynikającego z ustawy w przedmiocie pouczenia o prawie do wniesienia odwołania.

Przystępujący w piśmie z dnia 21 maja 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania, stwierdzając, że zarzuty w nim zawarte nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Na rozprawie Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego w swej istocie dotyczą treści SIWZ i z tego względu należy je uznać za spóźnione. Zauważył, że co prawda w odwołaniu wskazano na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91b ust. 1 Pzp jednakże z uzasadnienia tych zarzutów jasno wynika, że Odwołujący dopatruje się naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i odnosi to wprost do zapisów specyfikacji. Skład orzekający podzielił stanowisko Przystępującego, iż zarzuty odwołania kwestionujące postanowienia SIWZ są zarzutami spóźnionymi. Wskazać bowiem należy, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 29 stycznia 2019 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Od tego dnia wykonawcom stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp przysługiwało prawo do zaskarżenia zawartych tam postanowień. Kwestionowanie więc przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania treści SIWZ jest zatem działaniem jednocześnie niedopuszczalnym i spóźnionym. Wskazać, jednakże należy, że w sytuacji kiedy w postępowaniu odrzuceniu podlega tylko część zarzutów to odwołanie jako całość nie podlega odrzuceniu, a rozpoznaniu podlegają pozostałe (nie podlegające odrzuceniu) zarzuty. Tym samym Izba rozpoznała zarzut Odwołującego dotyczący podjętej przez Zamawiającego czynności z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła:

I. Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę prawną czynności przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadniając powyższą czynność wskazał, że:

„1. Zgodnie z Częścią II ust. 1 oraz załącznikiem nr 1 pkt 11.1 SIWZ „Zakres zamówienia obejmuje odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych niesortowanych o kodzie 010412 — odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin, inne niż wymienione w 010407 i 010411 z ZPMW Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit”.

2. Wykonawca przedstawił decyzję z Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 28.03.2018 r. o udzieleniu zezwolenia dla Wykonawcy Frakcja Sp. z o.o. na przetwarzanie odpadów o kodzie m.in. ex 010412 - stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11, natomiast brak w w/w decyzji zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 010412 wymaganym przez Zamawiającego. Wyjaśnienia wymaga, iż kod ex 010412 obejmuje odpad o węższym zakresie niż kod 010412, z uwagi na fakt, iż ex 010412 ogranicza się wyłącznie do odpadów stałych, a przedmiotem umowy będzie odbiór odpadów powstających przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin nie tylko stałych ale również innych o znacznej zawartości wilgoci.

3. Zamawiający wysłał do Wykonawcy pismo z prośbą o wyjaśnienie i uzupełnienie oferty o decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 0412.

4. Wykonawca nie uzupełnił oferty o decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 010412.

5. Zamawiający zwrócił się do Marszałka Województwa Małopolskiego o opinię czy na podstawie przedłożonej przez Wykonawcę decyzji, Kopalnia może przekazywać firmie odpady wydobywcze o kodzie 01 04 12. Z udzielonej przez Urząd Marszałkowski informacji, wynika iż, Firma może przetwarzać wyłącznie odpad o kodzie ex 01 04 12, tj., „mogą to być wyłącznie stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11”.

Mając powyższe na uwadze stwierdza się, że oferta w/w Wykonawcy podlega odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.

II. W załączniku nr 1 do SIWZ zawierającym Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w punkcie II ppkt 1 wskazano, iż „Zakres zamówienia obejmuje odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych niesortowanych o kodzie 010412 - odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin, inne niż wymienione w 010407 i 010411 (...)”.

III. W dniu 12 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wskazując między innymi:

Pytanie nr 1

Czy odpad w kodzie 01 0412 będący przedmiotem ww. przetargu będzie odpowiadał specyfikacji odpadów w kodzie ex 01 0412?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie nr 2

Czy odpad o kodzie 01 04 12 będący przedmiotem ww. przetargu jest odpadem stałym?

Odpowiedź: Tak.

Pytanie nr 7

Czy jeżeli odpad w kodzie 01 04 12 będzie odpowiadał specyfikacji odpadów w kodzie ex 01 04 12 to czy prefiks ex zostanie uwzględniony w umowie oraz w kartach przekazania odpadu?

Odpowiedź: Nie. Prefiks ex nie zostanie uwzględniony w umowie oraz w kartach przekazania odpadu. Zamawiający nie posiada zezwolenia na wytwarzanie odpadów o kodzie

ex01 04 12.

Pytanie nr 15

Jaka będzie maksymalna wilgotność (oddzielnie dla każdej części zamówienia) przekazywanych wykonawcy do odzysku odpadów wydobywczych?

Odpowiedź: Wilgotność maksymalna odpadów zarówno dla zadania nr 1, jak i zadania nr 2 będzie wynosiła do 7%.

Pytanie nr 16

W SZCZEGÓŁOWYM OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający podaje, że przedmiotem poszczególnych zadań są odpady o kodzie 01 04 12. Jednocześnie, Zamawiający wymaga od Wykonawców posiadania zdolności prawnej do gospodarowania odpadami (aktualnego ważnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów...), o których mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach. Czy odpad o kodzie 01 04 12, będący przedmiotem postępowania, odpowiada specyfikacji odpadów o kodzie ex 01 04 12?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie nr 17

Czy Wykonawca posiadający wyłącznie decyzję na odpad o kodzie ex 01 04 12, zostanie uznany przez Zamawiającego jako posiadający zdolność do gospodarowania odpadami, o których mowa w art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie nr 18

Czy Zamawiający, w oparciu o posiadane decyzje na wytwarzanie odpadów, będzie wystawiał KARTY PRZEKAZANIA ODPADÓW dla kodu odpadu ex 01 04 12?

Odpowiedź: Nie.

IV. Pismem z dnia 11 marca 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2f, 3 i 4 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydane w oparciu o zapisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. - o odpadach lub informacji i indywidualnym numerze rejestrowym w rejestrze podmiotów gospodarujących odpadami Marszałka województwa i/lub pozwolenia zintegrowanego, decyzji zatwierdzającej program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych wydanego w oparciu o przepisy ustawy prawo ochrony środowiska lub ustawy o odpadach wydobywczych.

Odwolujący odpowiadając na powyższe wezwanie przedłożył Zamawiającemu decyzję Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 28 marca 2018 r., nr SP-III.7244.3.15.2016.AS orzekającą o udzieleniu Frakcja sp. z o.o. zezwolenia na przetwarzanie odpadów w procesie odzysku do wypełniania w ramach robót rekultywacyjnych wyrobiska poeksploatacyjnego Zakładu Górniczego „Dwory II”. Z powyższej decyzji wynikało, że Frakcja sp. z o.o. może przetwarzać odpady poza instalacjami i urządzeniami w procesie odzysku oznaczonym jako R5. Ponadto decyzja wskazywała na rodzaje i masę odpadów dopuszczonych do przetwarzania na podstawie tej decyzji, wśród których wymieniono odpad o kodzie ex 01 04 12, tj. stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2019r. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego o wydanie opinii, czy na podstawie przedłożonej przez Odwołującego decyzji z 2018r. Zamawiający może przekazać firmie Frakcja sp. z o.o. odpady wydobywcze o kodzie 01 04 12.

Odpowiadając na powyższe Marszałek Województwa Małopolskiego w piśmie z dnia 5 kwietnia 2019 r. wskazał, że Frakcja sp. z o.o. na podstawie decyzji z 2018 r. może przetwarzać wyłącznie odpad o kodzie ex 010412. Wyjaśnił, że poprzedzenie kodu literami „ex” oznacza, że kod z tym oznaczeniem obejmuje wyłącznie odpady określone w kolumnie trzeciej załącznika do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami (Dz. U. z 2015 r. poz. 796), w tym konkretnym przypadku mogą to być wyłącznie „Stałe odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11”.

Izba zważyła:

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

W ocenie składu orzekającego w przedstawionym wyżej stanie faktycznym, Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zauważyć bowiem należy, że z załącznika nr 1 do SIWZ zawierającym Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w punkcie II ppkt 1 Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że zakres zamówienia obejmuje odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych niesortowanych o kodzie 010412 - odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalni, inne niż wymienione w 010407 i 010411. Ponadto w części XI pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona przedstawił wykaz miejsc i/lub instalacji i/lub obiektów unieszkodliwiania, w których Wykonawca zamierza przetwarzać odpady wydobywcze o kodzie określonym w załączniku nr 1 pkt II ppkt 1 SIWZ (tj. o kodzie 01 04 12 - przyp. Izby), zgodnie z Załącznikami nr 4a, 4b, 4c do SIWZ. Do wykazu należy dołączyć następujące dokumenty, o których mowa w Ustawie o odpadach z dnia 14.12.2012r. (Dz. U. z 2013, poz. 21 z późniejszymi zmianami):

- 1) aktualne (ważne) zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane w oparciu o zapisy ustawy z dnia 14.12.2012r. - ustawy o odpadach lub informacja o indywidualnym numerze rejestrowym w rejestrze podmiotów gospodarujących odpadami Marszałka województwa i/lub
- 2) pozwolenie zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych wydane w oparciu o przepisy Ustawy prawo ochrony środowiska lub Ustawy o odpadach wydobywczych i/lub
- 3) zaświadczenie o wpisie do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) wydane w oparciu o zapisy ustawy z dnia 14.12.2012r. - Ustawa o odpadach lub informacja o indywidualnym numerze rejestrowym w rejestrze podmiotów gospodarujących odpadami Marszałka województwa.

Ponadto udzielając odpowiedzi na pytania nr 1, 7, 16, 17 oraz 18 Zamawiający ponownie wskazał, iż postępowanie dotyczy odpadów o kodzie 01 04 12 nie zaś odpadów oznaczonych kodem ex01 04 12.

W konsekwencji w ocenie składu orzekającego, posiadana przez Odwołującego decyzja z 2018 r. zezwalająca na przetwarzanie odpadów w procesie odzysku do wypełnienia w ramach robót rekultywacyjnych wyrobiska poeksploatacyjnego Zakładu Górniczego „Dwory II” dotyczy wyłącznie odpadów o kodzie ex01 04 12 nie zezwala, jak tego wymagał Zamawiający, do przetwarzania odpadów o kodzie 01 04 12. Na podstawie bowiem decyzji z 2018r. Odwołujący nie może odbierać odpadów niesortowanych, jakie wytwarza kopalnia, gdyż nie będzie miał możliwości ich przetwarzania, ponieważ takimi odpadami nie może wypełnić wyżej wskazanego wyrobiska.

W ocenie Izby Zamawiający w trakcie postępowania w sposób wyczerpujący wyjaśnił, że odpad o kodzie 010412 nie jest tożsamy z odpadem o kodzie ex 01 04 12. Z dokumentacji postępowania w sposób bezsporny wynikało co jest przedmiotem zamówienia i jakie warunki wykonawca musi spełnić, aby ten przedmiot zamówienia zrealizować. Tym samym skoro Odwołujący nie posiadał decyzji zezwalającej mu na przetwarzanie odpadów o wymaganym przez Zamawiającego kodzie wskazanym w sposób wyraźny w dokumentacji postępowania to uznać należało, że jego oferta była niezgodna z treścią SIWZ.

Nie sposób ponadto zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie wymagał aby wykonawcy posiadali zezwolenie na przetwarzanie odpadów płynnych jak i stałych jak również, że Zamawiający dopiero na etapie badania ofert wskazał, że zamówienie ma dotyczyć odpadów nie tylko w formie stałej ale także o znacznej wilgotności, bowiem powyższy wymóg wynika wprost z pkt 11 ppkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający wskazał na kod odpadów będących przedmiotem zamówienia czyli 01 04 12. Wskazać więc należy, że na podstawie wydanej decyzji z 2018r. Odwołujący może przetwarzać wyłącznie odpad o kodzie ex 01 04 12, co oznacza, że kod z tym oznaczeniem obejmuje wyłącznie odpady określone w kolumnie trzeciej Załącznika do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami, w tym

konkretnym przypadku mogą to być wyłącznie stale odpady powstające przy płukaniu i oczyszczaniu kopalin inne niż wymienione w 01 04 07 i 01 04 11. Natomiast odpady o kodzie 01 04 12 obejmują nie tylko formę stałą odpadu, ale i zmieszana tj. stałą z mułem i szlamem o określonym stopniu zawilgocenia. Z powyższego wynika więc, że Odwołujący wbrew wymogom SIWZ nie posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12.

Odnosząc się do pytań powoływanych przez Odwołującego to po pierwsze wyjaśnić należy, że nie sposób uznać, iż odpad zawierający w składzie różnej wielkości kamienie połączone z mułem i szlamem jest odpadem o charakterze płynnym. W ocenie Izby odpad ten jest odpadem o charakterze stałym, zmieszany z mułem i szlamem, dlatego też odpowiedzi Zamawiającego w tym zakresie nie sposób uznać na wprowadzającą w błąd. Podkreślić ponadto należy, że Odwołujący zdaje się nie zauważać, iż Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 wprost wskazał, że odpad o kodzie 01 04 12 będący przedmiotem przetargu nie będzie odpowiadał odpadowi o kodzie ex 01 04 12. Powyższe potwierdził w odpowiedziach na pytania nr 16, nr 17 oraz nr 18.

Izba odmówiła wnioskowanego przez Odwołującego przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka na okoliczność rodzaju odpadów będących przedmiotem niniejszego postępowania uznając, że skoro Zamawiający wskazał na konkretny rodzaj odpadów będących przedmiotem postępowania, jednocześnie w sposób wyraźny podkreślając w jaki sposób realizacja zamówienia jest możliwa, tj. poprzez posiadanie decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów o kodzie 01 04 12, to już z tego wynikało, że przedmiot zamówienia obejmuje odpady nie tylko w formie stałej ale i zmieszanej z mułem i szlamem.

W konsekwencji uznania, iż Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z pkt II ppkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, skład orzekający za nieuzasadniony uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Odnosząc się do zaniechania pouczenia Odwołującego o przysługującym mu prawie do wniesienia odwołania, to wskazać należy, że żaden przepis Pzp nie nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku. Niemniej jednak informacja o środkach ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się w części XXVIII SIWZ. Ponadto skład orzekający uznał, iż uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego było wyczerpujące, bowiem umożliwiło Odwołującemu zapoznanie się z przyczyną dokonania tej czynności i jej zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania do Izby.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:.....