

Sygn. akt: KIO 775/20

## WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik  
Anna Packo  
Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę EKO-CARBO J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i unieważnić umowę zawartą w dniu 12 marca 2020 r. przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu z PHU REMIX-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jankowicach na wykonanie zadania pn. „Transport mułów węglowych zlokalizowanych w Nowej Rudzie na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec, w tym roboty przygotowawcze, załadunek, transport, formowanie w miejscu składowania” w zakresie zobowiązań niewykonanych oraz nakłada na zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu karę finansową w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy);

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu na rzecz odwołującego EKO-CARBO J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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: .....

Sygn. akt: KIO 775/20

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu w trybie z wolnej ręki udzielił zamówienia pn. „Transport mułów węglowych zlokalizowanych w Nowej Rudzie na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec, w tym roboty przygotowawcze, załadunek, transport, formowanie w miejscu składowania dla SRK S.A. Oddział KWK w Całkowitej Likwidacji.” Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2020 r. pod numerem 510053930-N-2020. Postępowanie prowadzone było na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 kwietnia 2020 wykonawca EKO-CARBO J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy nie miała miejsca wyjątkowa sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, skutkiem której miało być rzekome wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia oraz niemożność zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia, z uwagi na to, że:

- sytuacja zagrożenia pożarem endemicznym w obrębie hałdy nr 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie znana jest Zamawiającemu, co najmniej od kilkunastu lat i jest stanem dla takiego obiektu zwykłym,
- sytuacja panująca w obrębie hałdy nr 7/4 nie wymagała podjęcia przez Zamawiającego szczególnie szybkich działań celem jej odwrócenia, co stanowi o braku konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia publicznego, albowiem odmiennie niż wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na hałdzie nie występuje dynamicznie rozprzestrzeniający się pożar, w szczególności zagrażający mułom węglowym znajdującym się w osadniku nr 3,
- zaleganie mułów węglowych w osadniku nr 3 w obrębie hałdy nr 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie nie stwarza zagrożenia pożarowego, jak również nie uniemożliwia wygaszenia pożaru endemicznego hałdy, którego brak trwałego ugaszenia (w tym wyeliminowania przyczyn powstawania pożaru endemicznego) do dnia dzisiejszego jest wyłącznie skutkiem zaniedbań Zamawiającego,
- Zamawiający nie posiada wymaganych prawem zgód i zezwoleń na dokonanie prac, których wykonanie powierzył poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy zawartej z PHU

REMX-SPRZĘT sp. z o.o. lub ewentualnie o unieważnienie tej umowy w części zobowiązań niewykonanych i nałożenie na Zamawiającego kary finansowej.

Odwołujący złożył również wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności szczegółowo opisane przy wnioskach dowodowych, jak również wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie górnictwa i bezpieczeństwa pożarowego w górnictwie na okoliczność daty powstania zagrożenia pożarowego na hałdzie 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie, braku wyjątkowości sytuacji panującej na ww. hałdzie, braku wpływu mułów węglowych znajdujących się w osadniku nr 3 na występowanie zagrożenia pożarowego, zaniedbań Zamawiającego w zakresie eliminacji pożarów na ww. hałdzie oraz na okoliczność czasu trwania tych zaniedbań.

W kwestii legitymacji do wniesienia odwołania, Odwołujący wskazał, iż wskutek niezgodnej z ustawą Pzp czynności Zamawiającego nie miał możliwości ubiegania się o pozyskanie takiego zlecenia. Wskazał, iż jest przedsiębiorcą, który od samego początku swojego istnienia zajmuje się pozyskiwaniem odpadów wydobywczycych, w tym przede wszystkim mułów węglowych. Z materiałów takich produkuje ekologiczne, powstające z zalegających odpadów, paliwo dla zakładów energetycznych. Etapem produkcji takiego paliwa jest wydobywanie i pozyskiwanie mułów węglowych z miejsc ich składowania oraz transport do miejsca przetworzenia. Tym samym roboty zlecone przez Zamawiającego odpowiadają pracom wykonywanym przez Odwołującego, na potwierdzenie czego Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej, a także informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego potwierdzającą przedmiot działalności. Podkreślił, że posiada interes w udzieleniu zamówienia (dąży do pozyskania zamówienia) i poniósł/mógł ponieść szkodę wynikającą z naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1

pkt 3 ustawy Pzp polegającą na utrudnieniu w dostępie do zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2933/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt KIO XII Ga 92/12.

Uzasadniając podniesiony zarzut Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie żadna z przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie została spełniona.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na okoliczność, że sytuacja, na którą powołuje się w uzasadnieniu zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki Zamawiający pozbawiona jest charakteru wyjątkowości. Sytuacja istnienia zagrożenia pożarowego, w tym migracja ognisk pożarowych na hałdach pokopalnianych nie jest w ocenie Odwołującego niczym niezwykłym, nie ma też jakichkolwiek cech gwałtowności. Na obiektach tych, tzn. hałdach, zgromadzone są odpady skalne powstające głównie w trakcie udostępniania pokładów węgla, jego eksploatacji i procesów jego wzbogacania. W masie odpadów znajdujących się na zwalowisku występuje znaczna zawartość składników palnych, przede wszystkim węgla i piryty. Zawartości głównych składników palnych w odpadach kopalnianych mogą dochodzić nawet do 30% substancji węglowej oraz do 8% piryty. Są to składniki, które w kontakcie z tlenem ulegają naturalnemu procesowi utleniania, czemu towarzyszy wydzielanie się ciepła, a to z kolei prowadzi w sprzyjających warunkach do samozagrzewania, a następnie samozapalenia odpadów powęglowych. Odwołujący wyjaśnił, iż pożary powstające w ten sposób nazywa się pożarami endogenicznymi. Ich powstanie warunkowane jest czynnikami wewnętrznymi związanymi z własnościami materiału odpadowego, dostępem tlenu do wnętrza hałdy i istnieniem warunków uniemożliwiających odprowadzanie powstającego ciepła. Do zapłonu materiału odpadowego może również dojść na skutek działania zewnętrznych źródeł ciepła (np. rozpalane ogniska, wypalanie traw). Jako dowód Odwołujący wskazał na załączony do odwołania artykuł naukowy „Zagrożenia pożarowe na zwalowiskach odpadów powęglowych.”

W konsekwencji, jak zauważył Odwołujący, stan zagrożenia pożarowego, istniejący na hałdzie odpadów pokopalnianych jest stanem stałym istniejącym od chwili powstania zwalowiska takich odpadów. Jest on doskonale znany naukom górniczym. Na powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje także treść uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdzie wskazano, iż „wykonawca ww. specjalistycznej ekspertyzy stwierdził, że brak interwencji może w konsekwencji spowodować powstanie pożaru endogenicznego”. Odwołujący podkreślił, że na hałdzie 7/4 istnieje zwykły stan zagrożenia pożarowego, a w czasie udzielenia zamówienia publicznego i podjęcia decyzji o trybie, w jakim zostało ono udzielone, nie miały miejsca żadne zdarzenia losowe takie jak katastrofy lub klęski żywiołowe, które skutkowałyby koniecznością podjęcia przez Zamawiającego natychmiastowych działań zaradczych. Odwołujący zakwestionował aby na hałdzie występował dynamicznie rozprzestrzeniający się pożar mogący stanowić jakiekolwiek zagrożenie wobec mułów węglowych znajdujących się w osadniku nr 3. Podkreślił, że przez kilkadziesiąt lat istnienia tego zagrożenia pożar endogeniczny nigdy nie zmienił się w otwarty pożar zagrażający życiu lub zdrowiu ludzi, środowisku lub mieniu. Odwołujący wskazał na orzecznictwo odnoszące się do rozumienia pojęcia „wyjątkowej sytuacji”, w tym uchwałę KIO z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 29/17, wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt II GSK 688/10.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający o ryzyku wystąpienia zjawisk pożarowych na hałdzie 7/4 wiedział zaś na długi czas przed udzieleniem zamówienia, którego niniejsze odwołanie dotyczy. Jako dowód załączył wystąpienie pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli z dnia 28 czerwca 2018 r., z którego wynika, że Zamawiający już w 2017 r. prowadził działania mające - w jego zamierzeniach - doprowadzić do ograniczenia zagrożenia pożarowego w rejonie hałdy 7/4 w Nowej Rudzie. Skoro zatem już w 2017 r. w obrębie hałdy 7/4 istniało zagrożenie pożarowe - i jak wynika z uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki - w 2020 r. nadal ono istnieje to w ocenie Odwołującego nie sposób uznać, że mamy do czynienia z nagłą sytuacją wyjątkową. Zamawiający miał co najmniej trzy lata aby zagrożenie pożarowe usunąć lub przynajmniej zminimalizować. Istnienie takiego czasookresu, w którym podjęcie działań było możliwe samo w sobie według Odwołującego wykluczało zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący zauważył także, że nawet gdyby hipotetycznie założyć, że od roku 2017 nastąpiło zwiększenie się zagrożenia pożarowego na hałdzie 7/4, to i tak zdarzenie takie nie uzasadniałoby zastosowania trybu z wolnej ręki, albowiem Zamawiający jako podmiot profesjonalnie działający na rynku odpadów pokopalnianych i rekultywacji terenów pogórnich już w 2017 r. powinien zdawać sobie sprawę, że do powstania pożaru lub zwiększenia się zagrożenia może dojść.

Następnie Odwołujący wskazał, że nie została także spełniona druga przesłanka wymagana w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. powstania wyjątkowej sytuacji z przyczyn niezależnych po stronie Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że już w 2017 r. Zamawiający podejmował czynności mające na celu ograniczenie zagrożenia pożarowego na hałdzie 7/4

w Nowej Rudzie. Czynności te zostały następnie skontrolowane przez NIK, która w wystąpieniu pokontrolnym oceniła sposób i zasadność ich przeprowadzenia. Odwołujący zauważył, że w wystąpieniu pokontrolnym NIK wskazano, iż „Spółka nie podejmowała należytych (wystarczających i skutecznych) działań dla zniwelowania negatywnego wpływu jej (hałdy) zapożarowania na środowisko. Zrealizowane w 2017 r. zadanie pn. „Wykonanie w trybie awaryjnym powierzchniowej okrywy izolacyjnej na powierzchniowo zapożarowanej części hałdy 7/4 na Polu Stupiec w Nowej Rudzie” było działaniem doraźnym, które nie doprowadziło do ugaszenia pożaru”. Odwołujący zwrócił także uwagę, że we wnioskach pokontrolnych NIK nakazał podjęcie przez Zamawiającego skutecznych działań zmierzających do zniwelowania zagrożeń dla środowiska związanych z zapożarowaniem hałdy 7/4. Tym samym już w 2018 r. stwierdzono dokumentem urzędowym powstałym w wyniku przeprowadzenia kontroli przez wyspecjalizowany organ, że działania prowadzone przez Zamawiającego, co najmniej od 2017 r., były nieskuteczne i niewystarczające. Zalecono szybkie podjęcie działań bardziej zdecydowanych. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, rzekomy wzrost zagrożenia pożarowego wynika tylko i wyłącznie z zaniedbań

Zamawiającego, który już od ponad trzech lat właściwych czynności nie podejmuje lub podejmuje działania pozorne i w żaden sposób nie dąży do opanowania sytuacji pożarowej na hałdzie 7/4.

Odwołujący podkreślił, że działania podejmowane przez Zamawiającego w odniesieniu do terenu hałdy 7/4 są niezrozumiałe, nieracjonalne i chaotyczne. Wyjaśnił, iż Zamawiający dopiero w marcu 2019 roku podjął działania rekomendowane przez NIK ogłaszając przetargi na wykonanie następujących projektów:

- a) postępowanie nr. ZP-KCL-0006/19, data otwarcia ofert z dnia 03.04.2019 r. „Wykonanie projektu gaszenia hałdy 7/4 w Nowej Rudzie - Słupcu w zakresie obejmującym identyfikację obszarów zagrożonych, likwidację ognisk pożarowych, zabezpieczenie przed rozprzestrzenieniem się pożaru” Etap I, Etap II dla SRK S.A.” Przy czym pomimo podpisania umowy i realizowania jej przez wybranego oferenta, z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że Zamawiający niezasadnie odstąpił od umowy w lutym 2020 r.;
- b) postępowanie nr. ZP-KCL-0024/19 data otwarcia ofert z dnia 28.01.2020 r. „Wykonanie projektu gaszenia hałdy 7/4 w Nowej Rudzie - Słupcu w zakresie obejmującym identyfikację obszarów zagrożonych, likwidację ognisk pożarowych, zabezpieczenie przed rozprzestrzenieniem się pożaru” Etap I, Etap II dla SRK S.A.”;
- c) postępowanie nr. ZP-KCL-0024/19-1 data otwarcia ofert z dnia 17.02.2020 r. „Wykonanie projektu gaszenia hałdy 7/4 w Nowej Rudzie - Słupcu w zakresie obejmującym identyfikację obszarów zagrożonych, likwidację ognisk pożarowych, zabezpieczenie przed rozprzestrzenieniem się pożaru” Etap I, Etap II dla SRK S.A. wraz z przeprowadzoną licytacją elektroniczną.

Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do postępowań z lit. b i c powyżej, Zamawiający zbyt nisko wycenił koszt projektu (najniższa oferta przetargowa dwukrotnie przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na projekt) i unieważnił przetargi na wykonanie projektu gaszenia hałdy Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że Zamawiający dotychczas wręcz jedynie pozorował działania mające na celu wykonanie rekomendowanych działań NIK, zaś ostatecznie zdecydował się na podjęcie działań pozostających w sprzeczności z wytycznymi NIK (w ocenie NIK obecność mutów w osadnikach nie uniemożliwia prowadzenia prac związanych ze skutecznym gaszeniem hałdy). Jako dowód na powyższe Odwołujący załączył informację z otwarcia ofert z dnia 3 kwietnia 2019 r. dot. postępowania nr ZP-KCL0006/19, informację o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 21 lutego 2020 r. dot. postępowania ZP-KCL-0024/19-1, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11 marca 2020 r. dot. postępowania ZP-KCL-0024/19-1. Odwołujący podkreślił ponadto, że zaniedbania Zamawiającego sięgają okresu znacznie wcześniejszego niż rok 2017 r. Jak wynika bowiem z wypowiedzi zastępcy dyrektora SRK S.A. z 2008 r. podczas obrad Komisji Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej Sejmiku Województwa Dolnośląskiego do gaszenia hałdy Zamawiający powinien przystąpić już kilkanaście lat temu (Odwołujący załączył jako dowód Protokół nr 17/2008 z obrad ww. Komisji). Dodał, że w 2016 r. na zlecenie Zamawiającego, powstało zaś opracowanie Głównego Instytutu Górniczego wskazujące na zakres prac do wykonania celem zabezpieczenia hałdy. Prace mające doprowadzić do ugaszenia hałdy nie zostały jednak nigdy przez Zamawiającego wykonane. Powyższe obrazuje zakres zaniedbań Zamawiającego w wykonaniu obowiązku zabezpieczenia hałdy (Odwołujący załączył jako dowód projekt techniczny awaryjnego zabezpieczenia północno-zachodniej części palącej się hałdy 7/4 na Polu Stupiec w Nowej Rudzie). W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, nawet gdyby Zamawiający potrafił wykazać, że w 2020 r. nastąpiło zwiększenie się zagrożenia pożarowego na hałdzie 7/4 to i tak nie byłby on uprawniony do skorzystania z trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdyż rzekome zwiększenie się stanu zagrożenia

wynikałoby tylko i wyłącznie z jego własnych wieloletnich zaniedbań.

Odwołujący podkreślił, iż na hałdzie 7/4 nie doszło do żadnych zjawisk, które Zamawiający musiałby natychmiast odwrócić, a zagrożenie pożarowe jest co najmniej od kilku lat podobne. W kontekście natychmiastowego wykonania zamówienia wskazał na uchwałę KIO z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt KIO/KD 26/12 oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podniósł, iż odmiennie niż wskazał Zamawiający w uzasadnieniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, na hałdzie nie występuje dynamicznie rozprzestrzeniający się pożar, w szczególności zagrażający mułom węglowym znajdującym się w Osadniku Nr. 3 (zdaniem Odwołującego zapalenie się mułów węglowych zdeponowanych w osadniku nr 3 jest fizycznie niemożliwe). W ocenie Odwołującego Zamawiający nie zмага się ze stanem klęski żywiołowej bądź katastrofy i nie próbuje gasić hałdy, lecz stara się zabezpieczyć przed ewentualnym pojawieniem się takiego stanu (zapaleniem mułów węglowych), wobec czego winien był udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii braku wpływu mułów węglowych na bezpieczeństwo pożarowe, wskazując, że usunięcie mułów z osadnika nr 3 nie ma związku z sytuacją pożarową na hałdzie 7/4. Wskazał na fragment wystąpienia pokontrolnego NIK, gdzie wskazano, iż podnoszone przez Zamawiającego „argumenty w postaci mułów zdeponowanych w osadnikach nr 3 i 4 stanowiących własność obcego podmiotu, nie stanowią bariery w skutecznym gaszeniu hałdy. Hałda, jak i przedmiotowe osadniki stanowią odrębne obiekty, tym samym obecność mułów w osadnikach nie uniemożliwia prowadzenia prac związanych z skutecznym gaszeniem hałdy.” Odwołujący podkreślił, że obecność mułów w osadnikach nie przyczynia się do zwiększenia zagrożenia pożarowego, ponadto muł węglowy zdeponowany w osadniku jest niepalny, a przeniesienie ognia z terenów hałdy do osadników jest nieprawdopodobne z uwagi na znaczną odległość między nimi (są to odrębne, oddalone od siebie obiekty budowlane). Tym samym prace zlecone poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pozostają bez związku z sytuacją zagrożenia pożarowego na hałdzie 7/4.

W ocenie Odwołującego, twierdzenia Zamawiającego co do rzekomego zagrożenia pożarem mułów węglowych są całkowicie gołostowne, aktywność endemiczna hałdy jest zjawiskiem występującym co najmniej od kilkudziesięciu lat i w żaden sposób nie zagraża mułom węglowym zdeponowanym w stawach osadowych, które są zupełnie odrębnymi obiektami od hałdy (nie ma możliwości przeniesienia zapożarowania). Co więcej w opinii Odwołującego z uwagi na właściwości fizykochemiczne mułów węglowych, ich zapalenie się w stawie osadowym jest niemożliwe. W ocenie ECJ działanie Zamawiającego jest powodowane dążeniem do wykorzystania nieruchomości na której posadowiony jest osadnik nr 3 do innych celów niż unieszkodliwianie odpadów wydobywczych. Zauważył, iż jak dostrzegł także NIK w wystąpieniu pokontrolnym, że osadnik, w którym muły są zdeponowane jest odrębnym obiektem przeznaczonym do bezpiecznego przechowywania tego rodzaju materiałów. Konstatacja NIK jest zaś zgodna z regulacją ustawy o odpadach wydobywczych. Muły węglowe zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 7) ustawy o odpadach wydobywczych to odpad wydobywczy, czyli odpad pochodzący z poszukiwania, rozpoznawania, wydobywania, przeróbki i magazynowania kopalin ze złóż. W myśl przepisów tej ustawy osadnik nr 3 (z którego muły są obecnie wydobywane celem ich przeniesienia) stanowi obiekt unieszkodliwiania odpadów wydobywczych tj. staw osadowy wyposażony w odpowiednie bariery umożliwiające składowanie takich odpadów.

Odwołujący wskazał także na brak posiadania przez Zamawiającego wymaganych zgód i zezwoleń. Zauważył, że przedmiot zamówienia stanowi czynności regulowane przez ustawę o odpadach wydobywczych polegające na pozyskaniu (tj. wydobywaniu) odpadów wydobywczych z obiektu unieszkodliwiania (art. 18 ustawy o odpadach wydobywczych) oraz ich złożeniu w miejscu docelowym, którym jest - jak wynika z obserwacji Odwołującego - osadnik nr 4 położony w obrębie tej samej hałdy. Dokonanie tych czynności możliwe jest zaś tylko i wyłącznie po uprzednim pozyskaniu zgody na wydobywanie odpadów wydobywczych (w przypadku wydobywania mułów z osadnika) oraz zezwolenia na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych (art. 16 ustawy o odpadach wydobywczych). Wyżej wymienione zgody i zezwolenia wydawane są w formie decyzji po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego. Odwołujący wskazał, iż z załączonego do odwołania jako dowód wniosku Zamawiającego i pisma Marszałka Województwa Dolnośląskiego wynika, że

Zamawiający zgód takich nie posiada, gdyż dopiero w dniu 6 marca 2020 r. zgłosił (do niewłaściwego organu) wnioski o wydanie jednej z nich. Zamawiający nie ma prawnej możliwości legalnego wykonania prac zleconych poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Skoro zatem przepisy prawa powszechnie obowiązującego wykluczają przeprowadzenie prac w obecnym stanie faktycznym, to zdaniem Odwołującego nie można mówić o potrzebie natychmiastowego wykonania zamówienia. Wskazał także na uchwałę KIO

z dnia 27 lipca 2015 r., KIO/KD 39/15 oraz wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02. Podkreślił, że roboty powierzone do wykonania w trybie udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki wykonywane są bezprawnie, co skutkuje niemożnością uznania że istniała konieczność natychmiastowego ich wykonania.

W podsumowaniu Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 lutego 2018 r., KIO 138/18 i uchwałę KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., KIO/KD 14/18. Podkreślił także, że tezy uzasadnienia ogłoszenia o udzielaniu zamówienia nie znajdują potwierdzenia w faktach tj. że odmiennie niż wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu ogłoszenia na hałdzie nie ma rozprzestrzeniającego się dynamicznie pożaru, który zagrażałby mułom węglowym. Wskazał, że Zamawiający nie podejmuje żadnych działań w celu ugaszenia lub zabezpieczenia pożaru a chce usunąć z osadnika 3, muł węglowy który tam zdeponowany jest, po pierwsze, zabezpieczony przed czynnikami zewnętrznymi a po drugie niepalny w warunkach naturalnych. Ponadto zauważył, że wbrew temu co sugeruje Zamawiający muł węglowy w osadniku 3 nie znajduje się na głębokości 30 metrów, co miałoby utrudnić gaszenie, a jedynie na głębokości około 5 metrów. Tezy uzasadnienia co do rzekomego zagrożenia pożarem mułów węglowych są zdaniem Odwołującego całkowicie bezzasadne, aktywność endemiczna hałdy jest zjawiskiem występującym co najmniej od kilkudziesięciu lat i w żaden sposób nie zagraża mułom węglowym zalegającym w stawach osadowych, które są zupełnie odrębnymi obiektami od hałdy (nie ma możliwości przeniesienia zapożarowania). Co więcej w opinii Odwołującego, z uwagi na właściwości fizykochemiczne mułów węglowych, ich zapalenie się w stawie osadowym jest praktycznie niemożliwe. Odwołujący podkreślił także, że nie jest prawdą stwierdzenie, że nie deklaruje chęci rozwiązania sytuacji związanej z zalegającym mułem węglowym na nieruchomości Zamawiającego, w sposób polubowny. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego jest powodowane dążeniem do wykorzystania nieruchomości, na której posadowiony jest osadnik nr 3 z mułem węglowym do innych celów niż unieszkodliwianie odpadów wydobywczych, a udzielone zamówienie w bezprawny sposób ma pozwolić na usunięcie mułu węglowego i swobodne korzystanie z nieruchomości.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie oraz dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na

odwołanie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał na brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania. Podkreślił, że Odwołujący pominął informację, iż jest właścicielem mułów węglowych, których transport jest przedmiotem zamówienia udzielonego przez Zamawiającego w trybie postępowania z wolnej ręki. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nabył przedmiotowe muły węglowe na podstawie umowy z dnia 8 kwietnia 2013 r., sporządzonej w formie aktu notarialnego, który załączył jako dowód. Zgodnie z ww. umową Odwołujący nabył od spółki „EKOPOL” Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Warszawie przedsiębiorstwo, w którego skład wchodziły zapasy surowca poflotacyjnych mułów węglowych w ilości 673.492,25 ton, zgromadzonych w osadnikach nr 3 i 4, w tym ilość mułu węglowego w osadniku nr 3 szacowana jest na 177.972 ton. Zamawiający wyjaśnił, iż wielokrotnie zwracał się do Odwołującego o przeniesienie mułów węglowych, przy czym wezwania te nie doczekały się reakcji. W wezwaniu z dnia 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający zwracał już Odwołującemu uwagę na fakt, iż brak zastosowania się do jego treści będzie wyłączać odpowiedzialność SRK S.A za szkody powstałe w wyniku ewentualnego zapożarowania zdeponowanych mułów, w wezwaniu zaś z dnia 10 lutego 2020 r. wskazywał na konieczność powierzenia prac w tym zakresie na koszt i ryzyko podmiotu trzeciego, w razie dalszej odmowy zastosowania się do jego treści. (jako dowód złożył ww. wezwania). Zamawiający podniósł, iż z uwagi na fakt, że od początku 2020 r. Odwołujący nie reagował na wezwania Zamawiającego, nie udzielając odpowiedzi, mając na uwadze konieczność podjęcia natychmiastowych działań z uwagi na zaniechania Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o zastępczym wykonaniu zobowiązania Odwołującego do przeniesienia jego własności. Podkreślił, że wystosowane przez Odwołującego wezwanie do zaprzestania samowolnych naruszeń z 10 kwietnia 2020 r. (załączone jako dowód) oraz odwołanie świadczą jednoznacznie o odmowie współpracy w zakresie usunięcia mułów węglowych. Zamawiający wskazał ponadto, że nawet gdyby Odwołujący brał udział w postępowaniu to Zamawiający nie mógłby udzielić mu zamówienia, gdyż oznaczałoby to konieczność zapłaty za wykonanie czynności, do których Odwołujący jest zobowiązany na własną rękę i przy udziale własnych zasobów. W ocenie Zamawiającego przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia nie może być spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, aby uzyskać dane zamówienie (powołał się na wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., sygn. akt KIO 921/17).

Zdaniem Zamawiającego, działanie Odwołującego, który nie zastosował się do wezwań

Zamawiającego, może budzić uzasadnione wątpliwości w kontekście oceny, czy obecne działania Odwołującego zasługują na jakąkolwiek ochronę pławną i czy nie stanowią próby wykorzystania uregulowań ustawy Pzp i kodeksu cywilnego do działań niezgodnych z prawem. Wskazał na niezgodność działań Odwołującego z art. 5 k.c. - Odwołujący zmierza do tego, by być podwójnie wzbogacony (jeśli wygrałby postępowanie, to otrzymałby wynagrodzenie, a równocześnie nie poniesie kosztów usunięcia mułów węglowych, co jest jego obowiązkiem).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia wynika z gwałtowności zjawisk zachodzących na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec (zgodnie z Ekspertyzą Głównego Instytutu Górnicztwa, którą załączono jako dowód), braku kontaktu z Odwołującym, unikania przez Odwołującego podjęcia jakiejkolwiek odpowiedzialności za materiały będące jego własnością oraz z uwagi na warunki meteorologiczne — panującą suszę i zbliżające się lato. Zamawiający wskazał, iż w perspektywie wystąpienia gwałtownych zjawisk na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec nikt nie podejmie odpowiedzialności za możliwe wystąpienie samozapłonu mułów węglowych, znaczne skażenie środowiska oraz zagrożenie zdrowia i życia ludzkiego. Zamawiającemu nie wolno pozostawić takich zagrożeń bez reakcji. Mając na uwadze unikanie przez Odwołującego podjęcia jakiejkolwiek odpowiedzialności, brak kontaktu z jego przedstawicielami, istniejącą uprzednio możliwość swobodnego zabrania złożonych mułów węglowych od dnia ich nabycia, tj. od roku 2013r., w ocenie Zamawiającego należy uznać, że wykonanie zastępcze czynności przeniesienia przedmiotowych mułów węglowych, zrealizowane przez Zamawiającego w trybie z wolnej ręki, jest w pełni uzasadnione i konieczne. W sytuacji, gdy Odwołujący nie usunął swoich niebezpiecznych materiałów oraz w okolicznościach gwałtownego rozwoju pożaru Zamawiający był zobligowany do podjęcia adekwatnych czynności.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z ekspertyzą stanu termicznego hałdy 7/4 panująca tam sytuacja ma charakter intensywny, zaś pożar cechuje się gwałtownością. Ekspertyza przedstawia o wiele głębszą analizę, aniżeli przywołany w odwołaniu artykuł, mający charakter ogólny i nie odnoszący się do konkretnej sytuacji jaka ma miejsce na Polu Słupiec, a walor tego dokumentu w aspekcie dowodowym zdaje się być wątpliwy. Zamawiający wskazał, iż ekspertyza dotyczy wyłącznie konkretnych okoliczności i analizowanej sytuacji na moment jej sporządzenia, ma charakter wybitnie naukowy i jest poparta przeprowadzonymi badaniami odnoszącymi się do konkretnego miejsca i konkretnego zagrożenia. Wzmocnieniem stanowiska zawartego w Ekspertyzie jest wezwanie Starosty Kłodzkiego z dnia 31 grudnia 2019 r. skierowane do Zamawiającego, który w punkcie 4 swojego pisma wskazuje, że „proces ten postępuje dynamicznie, a ogień w dalszym ciągu trawi wcześniej wykonane nasadzenia oraz stwarza zagrożenie dla środowiska i jego mieszkańców. Należy niezwłocznie przystąpić do gaszenia hałdy wraz z przedstawieniem szczegółowego harmonogramu gaszenia”. Zamawiający dodał, że sam proces gaszenia byłby faktycznie bezcelowy, gdyby doszło do zapalenia mułów węglowych, co doprowadziłoby najprawdopodobniej do braku możliwości jego opanowania. Zauważył ponadto, że w punkcie 6 pisma Starosty Kłodzkiego nałożono na Zamawiającego zobowiązania do uregulowania spraw własnościowych z przedłożeniem zawartych stosownych umów i porozumień z Odwołującym, który jest właścicielem mułów węglowych na konieczność usunięcia mułów z osadników wstępnego klarowania nr 3 i 4 co ma bardzo istotny wpływ na dalsze rozprzestrzenianie się dynamicznego procesu technicznego hałdy 7/4 na Polu Słupiec. Starosta ma więc świadomość zagrożenia, które wynika z płonącej hałdy 7/4, jak również dostrzega dynamizm zmian, wraz z ryzykiem zapalenia mułów węglowych. Nawet zatem, gdyby pożar trwał przez dłuższy czas, to należy przyjąć, że w chwili jego gwałtownego rozprzestrzenienia się obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie adekwatnych środków (jako dowód złożono wezwanie Starosty Kłodzkiego z dnia 31 grudnia 2019 r.)

Z powyższych względów Zamawiający uznał za niezrozumiałe i nieprawdziwe stanowisko Odwołującego, który wielokrotnie podnosił, że zebrane muły węglowe są niepalne. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie chce przyjąć żadnej odpowiedzialności w zakresie zabezpieczenia aktualnej sytuacji i uniknięcia zagrożeń, można się zatem zastanawiać, dlaczego Odwołujący nie zobowiązał się na piśmie, a najlepiej w formie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, że pokryje wszelkie koszty związane z ewentualnym gaszeniem jego mułów węglowych oraz podejmie wszelką odpowiedzialność, zarówno za ugaszenie pożaru, ewentualne skutki dla środowiska, jak i zabezpieczenie zdrowia i życia ludzkiego, w sytuacji, gdy posiada wiedzę, że jego muły węglowe są niepalne. Tymczasem Zamawiający musi zastępczo zlecać usunięcie mułów w trybie z wolnej w sytuacji, gdy zagrożenie pożarowe wynika bezpośrednio z zaniedbań i braku jakiejkolwiek reakcji Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego nie sposób dać wiarę podrostowi, który od 2013 roku utrzymuje stan zagrożenia, nie reagując na wezwania Zamawiającego do przeniesienia mułów węglowych z hałdy 7/4.

Zamawiający zaznaczył, iż Odwołujący nie sprostął obciążającemu go ciężarowi dowodowemu, ponieważ podnoszone przez niego twierdzenia i wywody nie zostały poparte odpowiednimi środkami dowodowymi. Nie sposób uznać za takowy artykuł „Zagrożenia pożarowe na zwalówiskach powęglowych”, który w przeciwieństwie do Ekspertyzy GiG nie stanowiącego analizy sytuacji na hałdzie 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie. Powoływany dowód w postaci opinii biegłego, w świetle jednoznacznych wniosków płynących z Ekspertyzy, spowodować może jedynie przedłużenie postępowania i próbę dalszego utrudniania wykonania koniecznych prac zabezpieczających przed zagrożeniem. Z powyższych względów

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Ponadto Zamawiający nie zgodził się z tym, że przyczyny powstania rzekomo wyjątkowej sytuacji leżą po stronie Zamawiającego. Wskazał na szereg działań i zaniechań Odwołującego, które doprowadziły do konieczności ogłoszenia przez Zamawiającego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Decyzją z dnia 17.04.2014 r. znak OŚR.6122.2.2014.RL5 oraz decyzją z dnia 17.10.2014 r. znak OŚR.6122.2.2014.RL5 wraz ze zmianami z dn.24.11.2014 r. stanowiących zmianę orzeczenia decyzji nr OŚR.60191-I-3/02 z dnia 23.07.2002 r. Zamawiający został zobowiązany do rekultywacji dla gruntów przekształconych w wyniku działalności górniczej byłej KWK „Wałbrzych- Nowa Ruda” w obszarze hałdy 7/4 na Polu Słupiec i hałdy 6/4 na Polu Piast. Wnioskiem z dnia 16.12.2019 r. Zamawiający zwrócił się o zmianę terminu zakończenia rekultywacji hałdy 7/4 i hałdy 6/4 ustalonego wyżej wskazanymi decyzjami. Powodem niemożności dotrzymania pierwotnych terminów wynikających z decyzji w przedmiocie rekultywacji był fakt odmowy usunięcia zdeponowanych na hałdzie 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie mułów węglowych będących własnością Odwołującego. Co więcej na skutek tego działania Zamawiający poniósł szkodę, w postaci odmowy dofinansowania tego zadania ze środków NFOŚiGW. Złożony w tym zakresie wniosek został przez NFOŚiGW oceniony negatywnie, a uzasadnieniu takiego rozstrzygnięcia wskazano, iż „ocena negatywna wynika z faktu, że osiągnięcie efektu rzeczowego i ekologicznego nie może być warunkowe, a w omawianym przypadku jest warunkowane opróżnieniem osadników z mułów węglowych przez Eko-Carbo J. sp. z o.o. Brak wiążącego terminu usunięcia tych mułów uniemożliwia zatem przeprowadzenie rekultywacji, w terminach wskazanych we wniosku o dofinansowanie (jako dowód Zamawiający złożył pismo NFOŚiGW z dnia 20 marca 2015 r.). Zamawiający dodał, iż wobec odmowy zawarcia umowy dzierżawy terenu, na którym Odwołujący zdeponował muły węglowe, Zamawiający był zmuszony dochodzić z tego tytułu odszkodowania bezumowne korzystanie nieruchomości, co zostało prawomocnie przesądzone wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 8 lutego 2018 r., sygn. akt: I AGa 16/18 (załączonym jako dowód).

Zamawiający podkreślił, iż ponadto mimo wielokrotnych wezwań do usunięcia zalegających mułów nie doczekały się one jakiegokolwiek reakcji. Obecne działania podjęte przez Spółkę są bezpośrednią konsekwencją wniosków płynących z Ekspertyzy GiG, które przywołano w odpowiedzi na odwołanie. W kontekście powyższych wniosków zdaniem Zamawiającego nie sposób zrozumieć, na jakiej podstawie Odwołujący opiera stwierdzenie, iż sytuacja zagrożenia pożarem endemicznym w obrębie hałdy nr 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie znana jest Zamawiającemu, co najmniej od kilkunastu lat i jest stanem dla takiego obiektu zwykłym. Zamawiający spostrzegł, iż pożar, wydzielanie trujących substancji zagrażających bezpośrednio zdrowiu i życiu ludzi, nie może być w żaden sposób ujmowany przez Odwołującego jako stan „zwykły.” Z przeprowadzonych obserwacji i badań termowizyjnych części terenu hałdy 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie wynika w sposób jednoznaczny, iż zjawiska termiczne zachodzące we wnętrzu hałdy w rejonach położonych w bezpośrednim sąsiedztwie osadnika nr -3. a nawet na skarpach stanowiących jego obwałowanie, wykazują na istnienie niebezpieczeństwa migracji zjawisk pożarowych w kierunku warstwy mułów węglowych zdeponowanych w osadniku. Wobec całkowitego pomijania tej kwestii przez Odwołującego Zamawiający podkreślił, iż jednocześnie ukształtowanie terenu w analizowanej części hałdy (stromie skarpy, wykluczające dojazd sprzętu oraz brak półek technologicznych), w aspekcie zidentyfikowanych miejsc zapożarowania w bezpośrednim sąsiedztwie osadnika nr 3 powoduje, że skuteczne i trwałe zabezpieczenie zalegających w osadniku mułów przed możliwą migracją zjawisk pożarowych od strony północnej wydaje się technicznie niewykonalne. Brak interwencji Zamawiającego mógłby w konsekwencji spowodować powstanie zagrożenia pożaru endogenicznego, któremu towarzyszy intensywne wydzielanie się trujących gazów. Co więcej mogłoby także nastąpić niekontrolowane zapalenie się zdeponowanych mułów, w tym rozprzestrzenianie się otwartego ognia na niezapożarowane jeszcze obszary hałdy. To z kolei skutkowałoby skażeniem środowiska i wystąpienia bezpośredniego zagrożenia zdrowia i życia ludzi. Jednocześnie Zamawiający zauważył, iż proces likwidacji zapożarowanych mułów, przy maksymalnej głębokości posadowienia do 30 m byłby niezwykle trudny, długotrwały a także niezwykle kosztowny. Z dużą dozą prawdopodobieństwa zdaniem Zamawiającego należy wskazać, iż w przypadku wystąpienia pożaru skuteczne zgaszenie mułu węglowego, zdeponowanego w tak ukształtowanym obszarze i na takiej głębokości byłoby niemożliwe.

Zamawiający wskazał, iż w sytuacji, gdy po uzyskaniu ekspertyzy w lutym 2020 r., z której w sposób jednoznaczny wynika konieczność natychmiastowego podjęcia działań, przy jednoczesnym bezskutecznym wzywaniu Odwołującego do usunięcia mułów, Zamawiający nie podjął kroków w postaci ogłoszenia postępowania o wykonanie tego zadania z wolnej ręki, naraziłby się na zarzut narażenia na niebezpieczeństwo życia i zdrowia ludzkiego, do czego nie mógł dopuścić. W ramach przeciwdziałania zapożarowania zmagazynowanych mułów węglowych, przystąpiono do przewozu mułów z osadnika nr 3 (zagrożonego zapożarowaniem) do osadnika nr 4 (gdzie zmagazynowane są większe ilości mułów węglowych). Pożar mułów węglowych mógłby spowodować znaczne straty materialne oraz zagrożenie skażenia środowiska, w tym znacznego zanieczyszczenia powietrza (poprzez emisję gazów, odorów, sadzy), zanieczyszczenie gleby i wód podziemnych (poprzez metale ciężkie, chlorki i siarczany) i dotknęłyby nie tyle samego zamawiającego, ale przede wszystkim mieszkańców, za skutki których odpowiadałby Zamawiający. Zamawiający podkreślił, że natychmiastowe wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zapożarowania i zagrożenia skażenia środowiska miałyby znamiona poważnej awarii i mogłoby się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców. Zamawiający dodał, że nie pozostawał bierny i podejmował wszelkie konieczne czynności celem wywiązania się z decyzji w przedmiocie obowiązku rekultywacji, a główne przeszkody które uniemożliwiały jego ukończenie wiązały się z brakiem woli jakiegokolwiek współpracy po stronie Odwołującego. O fakcie utrudniania czynności Zamawiającego podejmowanych. w tym zakresie i próbie realizowana wyłącznie partycularnych interesów, z zupełnym pominięciem kwestii bezpieczeństwa i ochrony środowiska zdaniem Zamawiającego świadczy także fakt, iż Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę zakupu zalegających mułów, na co jednak nie wyraził on zgody (jako dowód załączył ofertę zakupu mułów z dnia 2 października 2019 r.). Zamawiający zastanawia się jaka jest rzeczywista intencja Odwołującego wobec faktu, iż najpierw odmówił uregulowania kwestii korzystania z nieruchomości Zamawiającego poprzez zawarcie umowy dzierżawy, następnie podejmował próby sprzedaży zalegających mułów Zamawiającemu, wielokrotnie ignorował wezwania do ich usunięcia, wzywał do zaprzestania naruszeń jego posiadania, a obecnie podnosi, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający przywołał ponadto wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2770/13, odnoszący się do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Wskazał, iż za całkowicie bezpodstawny uznać należy zarzut, iż Zamawiający nie posiada prawem wymaganych zgód i zezwoleń na wydobycie mułów węglowych. Takowe musi posiadać wykonawca, a nie sam Zamawiający, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

W ostatniej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił szczegółową chronologię wydarzeń, które legły o podstaw konieczności zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki:

1. Decyzja Starosty Kłodzkiego znak OŚR.60191-I-3/02 z dnia 23.07.2002 roku w sprawie ustalenia leśnego kierunku rekultywacji dla gruntów przekształconych w wyniku działalności górniczej byłej Kopalni Węgla Kamiennego „Wałbrzych-Nowa Ruda” w obszarze: Pola Słupiec, w Nowej Rudzie na działkach nr 1/28, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 obręb 8 Słupiec AM5, działce nr 7/9 - obręb Czerwienicy AM1 Pola Piast na działkach nr 165/7 i 165/15 obrębu ewidencyjnego 4, Nowa Ruda, jednostka ewidencyjna Nowa Ruda, osadnika Wolibórz KWK Nowa Ruda cz. I, 11/1, 11/2, 11/3.
2. Pismo od Odwołującego z dnia 14.04.2014r. do SRK S.A. dotyczące umowy dzierżawy działek gruntu o numerach 1/32, 1/43, 1/42 położonych w Nowej Rudzie w rejonie ul. Kłodzkiej i działki nr 63 położonej w Woliborzu oraz zawarcia porozumienia dotyczącego przekazania do eksploatacji osadników poflotacyjnych. Odwołujący przedstawił propozycję harmonogramu eksploatacji osadników (zał. do pisma) oraz zaproponował zmiany w projekcie porozumienia.
3. Pismo od SRK SA. z dnia 31.07.2014 r. do Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego z dnia 14.04.2014r. Zamawiający w piśmie tym odniósł się do propozycji zmian w projekcie Umowy dzierżawy oraz do przedłożonego przez Odwołującego harmonogramu eksploatacji. Zamawiający przekazał Porozumienie dotyczącego przekazania do eksploatacji osadników mułowych oraz umowę dzierżawy do podpisania oraz notę księgową do zapłaty za bezumowne korzystanie z terenu.
4. Pismo od Odwołującego z dnia 14.04.2014r. stanowiące odpowiedź na pisma z dnia 2.10.2014 oraz wezwanie z dnia 30.09.2019 dotyczące wezwania do zapłaty noty księgowej za bezumowne korzystanie z terenu - Odwołujący odmówił zapłaty i nie uznał zobowiązania okresowego w Nocie z dnia 31.07.2017 r.. Odmówił również podpisania Porozumienia dotyczącego przekazania do eksploatacji osadników mułowych oraz nie zaakceptowała treści projekt Umowy dzierżawy.
5. Pismo Zamawiającego. znak SRK/TP/7575/2017 z dnia 3.11.2017r. informujące o braku możliwości zakupu mułów węglowych zlokalizowanych w osadnikach nr 3 i nr 4 na hałdzie

7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie, ponownie wezwano do usunięcia materiałów z osadników oraz poinformowano, że brak działań spowoduje wystąpienie SRK na drogę sądową.

6. Pismo od Starosty Kłodzkiego znak OŚR.6122.12.2019 ŚW3 z dnia 12.07.2019 roku z informacją o wzmożonej aktywności termicznej na hałdzie 7/4 z wezwaniem do podjęcia działań oraz do zorganizowania spotkania.

7. Pismo Zamawiającego do Starosty Kłodzkiego z dnia 31.07.2019r. informujące o podjętych przez SRK działaniach w związku z wzmożoną aktywnością termiczną hałdy 7/4.

8. Pismo Zamawiającego z dnia 2.08.2019r. wzywające Odwołującego do natychmiastowego usunięcia mułów węglowych składowanych w osadnikach ziemnych w rejonie hałdy 7/4 w Nowej Rudzie w związku z zagrożeniem pożarowym występującym na hałdzie.

9. Pismo Odwołującego z dnia 22.08.2019r. informujące, że Zamawiający jako zarządca hałdy zobowiązany jest utrzymywania jej w stanie niestwarzającym zagrożenia dla zdrowia i mienia innych osób oraz braku wyrażenia zgody na ingerencję w muły węglowe wraz z apelem o bezwzględne podjęcie działań zabezpieczenia hałdy 7/4, aby nie doszło do zapożarowania mułów będących własnością Odwołującego.

10. Pismo Odwołującego z dnia 2.10.2019r. do SRK S.A. - oferta sprzedaży mułów węglowych znajdujących się w osadniku nr 3 i nr 4 w rejonie hałdy 7/4 oraz dzierżawy działki 1/26 w Nowej Rudzie - Słupiec.

11. Pismo Zamawiającego z dnia 10.02.2020r. wzywające Odwołującego do usunięcia mułów węglowych składowanych w osadnikach w rejonie hałdy 7/4 w Nowej Rudzie, w związku z zagrożeniem pożarowym występującym na hałdzie, w tym niezwłocznego przystąpienia do opróżnienia osadnika nr III w ciągu 14 dni, dokonania opróżnienia osadnika w terminie 3 miesięcy. Poinformowano, że brak przystąpienia do usunięcia mułów węglowych z osadnika nr 3 skutkowało będzie zleceniem wykonania robót podmiotowi trzeciemu na koszt Odwołującego.

12. Pismo Zamawiającego z dnia 14.02.2020r. do GIG w sprawie zlecenia wykonania ekspertyzy stanu termicznego hałdy 7/4, w tym wykonanie badań.

13. Ekspertyza stanu termicznego hałdy 7/4 na polu Słupiec w Nowej Rudzie. Wynik przeprowadzonych badań oraz wnioski zawarte w dokumentacji stanowiły dowód na wysokie ryzyko zapalenia się mułów oraz zawierały rekomendację dla wdrożenia działań prewencyjnych w postaci usunięcia mułów i ich przewiezienia poza teren zagrożony zjawiskami pożarowymi.

14. Pismo Zamawiającego z dnia 02.03.2020r. do Starosty Kłodzkiego - informacja na temat podjętych przez SRK działań na terenie hałdy 7/4 w Nowej Rudzie, w tym o działaniach zmierzających do przeniesienia mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4. Poinformowano również o przystąpieniu do prac przetargowych dla wyłonienia Wykonawcy projektu gaszenia hałdy 7/4.

15. Pismo Zamawiającego z dnia 04.03.2020 r. do pełnomocnika Odwołującego będące odpowiedzią na pismo z dnia 28.02.2020r. Zamawiający poinformował, że w związku z brakiem działań po stronie Odwołującego i dalszym uchylaniem się od usunięcia mułów SRK zamierza przystąpić do realizacji zadania „Transport mułów...” na koszt i ryzyko Odwołującego.

16. Pismo Zamawiającego z dnia 06.03.2020r. do Starosty Kłodzkiego z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie przeniesienia mułów węglowych stanowiących własność Odwołującego z osadnika nr 3 do osadnika nr 4.

17. Pismo Starosty Kłodzkiego z 16.03.2020r. do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego - przekazanie przez Starostę do organu właściwego sprawy wydania pozwolenia na przeniesienie mułów przez Zamawiającego.

Powyższy przebieg zdarzeń w ocenie Zamawiającego obrazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowej sprawie zmaterializowały się przesłanki uzasadniające sięgnięcie przez Zamawiającego do trybu postępowania z wolnej ręki, a twierdzenia zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W dniu 3 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył replikę na odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał wnioski i zarzuty odwołania oraz przedstawił argumentację w celu odparcia twierdzeń Zamawiającego, popartą dalszymi dowodami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący ww. przesłanek nie spełnił.

Jak wynika z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują nie tylko wykonawcy czy uczestnikowi konkursu, ale również innemu podmiotowi. Takim innym podmiotem będzie m.in. przedsiębiorca, który mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania prowadzonego w jednym z trybów konkurencyjnych określonych ustawą Pzp, a który z uwagi na udzielenie zamówienia z wolnej ręki nie mógł ubiegać się o to zamówienie. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie. Jak wskazał m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12, w rozumieniu tego przepisu „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. W ocenie składu orzekającego żadnemu podmiotowi, który potencjalnie mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, nie można odmówić interesu we wniesieniu odwołania na czynność udzielenia zamówienia w trybie wyłączającym czy ograniczającym konkurencję. Zamawiający nie kwestionował okoliczności, że Odwołujący nie posiada potencjału do wykonania roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia, a fakt istnienia takiego potencjału po stronie Odwołującego potwierdzają złożone przez niego na powyższą okoliczność dowody.

Stanowisko Zamawiającego o braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania zostało oparte wyłącznie na tym, że Odwołujący jest właścicielem mułów węglowych będących przedmiotem transportu. Okoliczność ta sama w sobie jednak nie wyłącza możliwości ubiegania się przez Odwołującego o udzielenie zamówienia. Izba miała na względzie specyficzny stan faktyczny, jaki ma miejsce w niniejszej sprawie, w tym fakt, że muły węglowe będące własnością Odwołującego były zgodnie z przepisami prawa zdeponowane w osadniku będącym obiektem unieszkodliwiania odpadów wydobywczych w myśl ustawy z dnia 10 lipca 2008 r. o odpadach wydobywczych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1849), a potrzeba ich przeniesienia do innego osadnika (położonego na tym samym terenie, znajdującego się w bardzo bliskiej odległości - wg twierdzeń Odwołującego ok. 50m) wynikała z działań zarządczych i rekultywacyjnych, będących obowiązkiem Zamawiającego. Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko potwierdza, że potrzeba transportu mułów węglowych do innego osadnika była związana z działaniami prewencyjnymi mającymi zapobiegać ich zapożarowaniu i ryzyku dalszego rozwoju pożaru na terenie hałdy 7/4 oraz przygotowaniu terenu do prowadzenia prac mających na celu gaszenie ognisk pożarowych, czyli służyła realizacji obowiązków nałożonych przez organy władzy publicznej na Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, aby obowiązek przetransportowania mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4 miał obciążać Odwołującego i na jakiej podstawie. Zamawiający nie kwestionował podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń, że podczas sprzedaży mułów węglowych nie uregulowano kwestii obowiązków Odwołującego związanych z opróżnieniem osadników. Potwierdza to fakt, iż Zamawiający był wzywany przez Starostę Kłodzkiego do uregulowania spraw własnościowych z Odwołującym, w tym związanych z usunięciem mułów węglowych z obu osadników (nr 3 i nr 4). Kwestia wzajemnych obowiązków Stron jest od wielu lat przedmiotem sporów sądowych, a ich rozstrzygnięcie nie leży w kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast na potrzeby oceny spełnienia przez Odwołującego materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie jest wystarczająca, aby skutecznie zakwestionować legitymację Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej, w szczególności nie daje podstaw do przesądzenia, że to Odwołujący, na własną rękę i przy udziale własnych zasobów, powinien przetransportować muły węglowe z osadnika nr 3 do osadnika nr 4.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej

przez Zamawiającego, w tym w szczególności ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz umowy zawartej w dniu 12 marca 2020 r. z PHU REMIX-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jankowicach. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 czerwca 2020 roku. Izba przeprowadziła ponadto dowody:

1. z dokumentów załączonych do odwołania.:

- a) wydruk ze strony internetowej Odwołującego wraz z informacją z KRS;
- b) artykuł naukowy „Zagrożenia pożarowe na zwałowiskach odpadów powęglowych”;
- c) informacja z otwarcia ofert z dnia 3 kwietnia 2019 r. dot. postępowania nr ZP-KCL-0006/19;
- d) informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 21 lutego 2020 r., dot. postępowania ZP-KCL-0024/19-1;
- e) zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11 marca 2020 r., dot. postępowania ZP-KCL-0024/19-1;
- f) protokół nr 17/2008 Komisji Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej Sejmiku Województwa Dolnośląskiego;
- g) projekt techniczny awaryjnego zabezpieczenia północno-zachodniej części palącej się hałdy 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie;
- h) wystąpienie pokontrolne NIK;
- i) informacja od Marszałka Województwa Dolnośląskiego;
- j) wniosek Zamawiającego z dnia 6 marca 2020 r. do Starosty Kłodzkiego o wydanie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody na przeniesienie mułów węglowych.

2. Z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie:

- a) akt notarialny Rep A 560/2013 z 8 kwietnia 2013 r.
- b) wezwanie z dnia 2 sierpnia 2019 r. do usunięcia mułów węglowych;
- c) wezwanie z dnia 10 lutego 2020 r. do opróżnienia nieruchomości;
- d) wezwanie z dnia 10 kwietnia 2020 r. do zaprzestania samowolnych naruszeń;
- e) wezwanie Starosty Kłodzkiego z dnia 20 stycznia 2020 r.;
- f) wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 lutego 2018 r., sygn. akt I Aga 16/18;
- g) informacja z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej z dnia 20 marca 2015 r.;
- h) zlecenie ekspertyzy stanu technicznego hałdy 7/4 z dnia 14 lutego 2020 r.;
- i) ekspertyza stanu technicznego hałdy 7/4 wykonana przez Główny Instytut Górnictwa Zakład Monitoringu Środowiska;
- j) pismo Odwołującego z dnia 2 października 2019 r.;
- k) decyzja ustalająca obowiązek rekultywacji gruntów z dnia 23 lipca 2002 r.;
- l) pismo Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2014 r.;
- m) pismo Zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r.;
- n) pismo Odwołującego z dnia 17 października 2014 r.;
- o) pismo Zamawiającego z dnia 3 listopada 2017 r.;
- p) pismo Zamawiającego z dnia 31 lipca 2019 r. do Starostwa Powiatowego w Kłodzku;
- q) wezwanie z dnia 2 sierpnia 2019 r. do usunięcia mułów węglowych;

- r) pismo Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2019 r.;
  - s) oferta sprzedaży mułów węglowych z dnia 2 października 2019 r.;
  - t) wezwanie z dnia 10 lutego 2020 r. do opróżnienia nieruchomości;
  - u) informacja Zamawiającego z 2 marca 2020 r. do Starosty Kłodzkiego;
  - v) odpowiedź Odwołującego z dnia 4 marca 2020 r. na pismo z 28 lutego 2020 r.;
  - w) wniosek Zamawiającego z dnia 6 marca 2020 r. do Starosty Kłodzkiego o wydanie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody na przeniesienie mułów węglowych;
  - x) pismo Starosty Kłodzkiego z dnia 16 marca 2020 r. o przekazaniu ww. wniosku wg właściwości.
3. Z dokumentów załączonych przez Odwołującego do pisma procesowego z dnia 3 czerwca 2020 r.:
- a) ogłoszenie o zamówieniu nr 510201-N-2020;
  - b) pomiary termowizyjne osadników wraz z obwałowaniem;
  - c) pismo Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2020 r.;
  - d) pismo Odwołującego z dnia 28 lutego 2020 r.;
  - e) pismo Zamawiającego z dnia 5 listopada 2019 r.;
  - f) porozumienie z dnia 26 lipca 2019 r.;
  - g) porozumienie z dnia 19 listopada 2019 r.;
  - h) oświadczenie z dnia 11 lutego 2020 r. o odstąpieniu do umowy;
  - i) odpowiedź na oświadczenie z dnia 25 lutego 2020 r.;
  - j) postanowienie Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 30 kwietnia 2020 r.;
  - k) pismo Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 23 kwietnia 2020 r.;
  - l) postanowienie o zabezpieczeniu z dnia 11 maja 2020 r.
4. z dokumentów, fotografii oraz filmu z badań termowizyjnych przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie:
- a) odpowiedź Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2020 r. na pismo DKZP (WK/119/20/DKZP) - dowód 1;
  - b) fotografie miejsc, w których zachodzą zjawiska pożarowe - dowód 2;
  - c) film z badań termowizyjnych z użyciem drona wraz z informacją dodatkową z pomiarów kontrolnych (płyta CD) - dowód 3;
  - d) postanowienie Sądu Rejonowego w Dzierżonowie z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt V GCo 25/20 uchylające postanowienie o zabezpieczeniu roszczenia Odwołującego wraz z zażaleniem Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 r. - dowód 4;
  - e) zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez zarząd Odwołującego z dnia 13 maja 2020 r. - dowód 5;
  - f) postanowienie Sądu Rejonowego w Dzierżonowie z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt V GCo 29/20 o udzieleniu zabezpieczenia roszczenia Zamawiającego wraz z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia z dnia 19 maja 2020 r. - dowód 6.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii

biegłego w zakresie górnictwa i bezpieczeństwa pożarowego w górnictwie. Zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu

faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Z kolei zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie składu orzekającego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwalał na dokonanie oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bez odwoływania się do wiadomości specjalnych, wobec czego przeprowadzenie wnioskowanego dowodu zmierzałoby do nieuzasadnionego przedłużenia przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2020 r. pod numerem 510053930-N-2020. Zamówienie zostało udzielone w dniu 12 marca 2020 r. wykonawcy PHU REMIX-SPRZĘT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jankowicach. Cena wybranej oferty wynosiła 1 773 135,04 zł brutto.

Przedmiotem zamówienia jest „Transport mułów węglowych zlokalizowanych w Nowej Rudzie na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec, w tym roboty przygotowawcze, załadunek, transport, formowanie w miejscu składowania” dla SRK S.A. Oddział KWK w Całkowitej Likwidacji” Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wydobycie mułów węglowych zdeponowanych w Osadniku nr 3 na terenie działki nr 1/32 obręb 8 Słupiec, arkusz mapy 5 w Nowej Rudzie oraz transport do wskazanego nowego miejsca składowania, w tym: 1) wykonanie drogi dojazdowej / transportu mułów na długości ~700mb i szerokości ~4m o nawierzchni z płyt żelbetowych typu drogowego, 2) przygotowanie terenu pod składowanie mułów węglowych poprzez przemieszczenie spycharkami mas ziemnych i plantowanie terenu - szacunkowy zakres ~30000m<sup>3</sup>, 3) załadunek, wydobycie z osadnika i transport mułów węglowych w miejsce składowania docelowego poprzez roboty ziemne wykonywane koparkami z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km - szacunkowy zakres ~177 972 Mg, 4) formowanie i pryzmowanie mułów węglowych w miejscu ich docelowego składowania spycharkami, 5) rozbiórka dróg o nawierzchni z płyt żelbetowych typu drogowego na długości ~700mb i szerokości ~4m. Po zakończeniu ww. prac Wykonawca zobowiązany jest do uporządkowania terenu. Szacunkowy przewidywany zakres prac na transport mułów węglowych zlokalizowanych w Nowej Rudzie (z Osadnika nr 3), w tym roboty przygotowawcze, załadunek, transport, formowanie w miejscu składowania przedstawiono w Przedmiarze robót (Obmiar) w Załączniku 1.

W uzasadnieniu udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał jako podstawę prawną działania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując co następuje:

„Hałda 7/4 na Polu „Słupiec” zlokalizowana jest w województwie dolnośląskim, w obszarze miasta Nowa Ruda w powiecie Kłodzkim. Jest obiektem stanowiącym składowisko odpadów pogórnich górnictwa węgla kamiennego zlikwidowanego Zakładu Górniczego KWK „Nowa Ruda”. Zgromadzone na terenie hałdy odpady wydobywcze charakteryzują się dużą zawartością części palnych, biorących udział w procesie samozagrzewania, samozapalania i w konsekwencji do powstawania pożaru endogenicznego. Na terenie hałdy w ostatnim okresie zaobserwowano wzmożoną aktywność termiczną i liczne ogniska pożarowe. W związku, z tym Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. wielokrotnie wzywała firmę Eko Carbo - J. Sp. z o.o. do usunięcia zdeponowanych na hałdzie mułów i tym samym umożliwienia przeprowadzenia gaszenia hałdy oraz kompleksowej rekultywacji. Jednocześnie informowano przedstawicieli Eko Carbo-J. Sp. z o.o. o ryzyku zapalenia się mułów wynikającym ze stanu zapożarowania hałdy. Firma ta do dnia dzisiejszego nie podjęła żadnych działań zmierzających do usunięcia mułów z hałdy, a ponadto unika odpowiedzialności i nie deklaruje chęci współpracy. W związku z zagrożeniem i w celu rozpoznania skali zagrożenia SRK S.A. zlecała opracowanie specjalistycznej ekspertyzy, której celem było określenie prawdopodobieństwa migracji zjawisk pożarowych z północnej części hałdy do osadników z mułem. W oparciu o przeprowadzone obserwacje realizowane w ramach prac eksperckich oraz badania termowizyjne części terenu hałdy 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie, a także w oparciu o wykonane badania wstępne stanu termicznego obiektu, Główny Instytut Górnictwa - wykonawca ww. specjalistycznej ekspertyzy stwierdził, że brak interwencji może w konsekwencji spowodować powstanie pożaru endogenicznego, któremu towarzyszy intensywne wydzielanie się trujących gazów. Może także nastąpić niekontrolowane zapalenie się zdeponowanych mułów w tym rozprzestrzenienie się otwartego ognia na niezapożarowane jeszcze obszary hałdy. Powyższe będzie skutkowało skażeniem środowiska i spowoduje bezpośrednie zagrożenie zdrowia i życia ludzi. GIG Stwierdził jednocześnie, że sam proces likwidacji zapożarowanych mułów, przy maksymalnej głębokości posadowienia do 30m, jest niezwykle trudny, długotrwały i tym samym niezwykle kosztowny, a w przypadku pożaru

skuteczne zgłoszenie mułu węglowego, zdeponowanego w tak ukształtowanym obszarze i na takiej głębokości, jest niemożliwe. Ponadto Główny Instytut Górnictwa stwierdził w ekspertyzie, że prawdopodobieństwo migracji ognisk pożarowych z obszaru hałdy do osadników mułów jest bardzo wysokie, najbardziej efektywnym działaniem prewencyjnym jest usunięcie mułów z osadnika i wywiezienie ich poza teren zagrożony zjawiskami pożarowymi. Dynamiczne tempo rozprzestrzeniania się pożaru stanowi wyjątkową sytuację wymagającą natychmiastowego działania, obligującą Zamawiającego do wykonania prac transportowych usunięcia mułów węglowych z osadnika na teren bezpieczny od zapożarowania, co zabezpieczy środowisko i ludzi od ewentualnej katastrofy ekologicznej. Ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia pn: „Transport mułów węglowych zlokalizowanych w nowej Rudzie na terenie hałdy 7/4 Pole Słupiec, w tym roboty przygotowawcze, załadunek, transport, formowanie w miejscu składowania”. Biorąc pod uwagę powyższe przesłanki w oparciu o przepisy art. 67 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp oraz po przeprowadzonych negocjacjach z wykonawcą który po uprzednim rozeznaniu cenowym zaoferował najniższe wynagrodzenie za realizację zadania objętego przedmiotowym zamówieniem udzielenie zostało zamówienia w trybie z wolnej ręki Wykonawcy pod nazwą: PHU REMIX-SPRZĘT Sp. z o.o.”

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 12 marca 2020 r. Zamawiający zawarł umowę z PHU REMIX-SPRZĘT Sp. z o.o. W § 2 umowy określono termin realizacji zamówienia do 6 miesięcy od daty zawarcia umowy. W § 3 ust. 1 umowy wskazano, iż wynagrodzenie wykonawcy za całość realizacji zamówienia nie może przekroczyć: wynagrodzenie netto 1 441 573,20 zł; wynagrodzenie brutto 1 773 135,04 zł.

Na podstawie oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie Izba ustaliła, iż ww. umowa była wykonywana od dnia jej zawarcia do czasu wydania przez Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie w dniu 11 maja 2020 r. postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt V GCo 25/20 uchylonego postanowieniem Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt V GCo 25/20 na skutek zażalenia Zamawiającego. Do tego czasu przetransportowano ok. 70% mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4. Według wiedzy Zamawiającego na dzień rozprawy prace nie zostały jeszcze wznowione.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, że ustawa Pzp w art. 10 ustanawia zasadę prymatu podstawowych trybów udzielenia zamówienia, tj. przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, dopuszczalnym tylko i wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. W konsekwencji przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu powinny być interpretowane ściśle, a ich wykładnię rozszerzającą uznać należy za niedopuszczalną (por. m.in. uchwała KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 6/18). Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt II GSK 2371/14, skoro tryby udzielania zamówień publicznych, wymienione w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp mają charakter wyjątkowy, to nie tylko powinny być interpretowane ściśle przesłanki ich zastosowania, ale i na korzystającym z tych trybów ciąży obowiązek wykazania, że musiał je zastosować zamiast trybów podstawowych. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt KIO 328/17, w którym stwierdzono, iż przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny

być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie Pzp. To na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania tego trybu, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości.

Powyższa okoliczność ma kluczowe znaczenie, ponieważ tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki w największym stopniu ogranicza konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skorzystanie przez zamawiającego z tego trybu, w sytuacji niespełnienia przesłanek umożliwiających jego zastosowania, prowadzi do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, czyli fundamentalnej zasady systemu zamówień publicznych. W konsekwencji możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów przetargowych, traktować należy jako wyjątek i sytuację szczególną, co wiąże się z obowiązkiem wykazania przez zamawiającego wszystkich przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, to zamawiający bowiem na taki wyjątek się powołuje i z tego faktu wywodzi skutek prawny. W przedmiotowym przypadku Zamawiający zobligowany był zatem wykazać ziszczenie się wszystkich okoliczności wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. że:

- a) miała miejsce wyjątkowa sytuacja;
- b) tej wyjątkowej sytuacji Zamawiający nie mógł przewidzieć;
- c) ta wyjątkowa sytuacja nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;
- d) ze względu na tę wyjątkową sytuację wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;

e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Co istotne, wszystkie ww. przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie, a między nimi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt V SA/Wa 3975/15, przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy występują łącznie wszystkie wymienione w nim przesłanki, to jest gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że w przedmiotowym przypadku miała miejsce wyjątkowa sytuacja, a w dodatku, że tej wyjątkowej sytuacji Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Jak wskazano m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 29/17, przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, którym posłużono się w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Zgodnie ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt V SA/Wa 3975/15, specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że „wyjątkowa sytuacja”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym.

Tymczasem stan zapożarowania hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie jest stanem istniejącym od wielu lat, co potwierdza dokumentacja sprawy i co w zasadzie nie było sporne. Już w wystąpieniu pokontrolnym NIK, które odnosiło się do okresu 2015-2018 r.

wskazano na istniejące zapożarowanie tej hałdy i wpływ tego zapożarowania na środowisko. Zagrożenie pożarowe występujące na zwalówiskach odpadów powęglowych, tj. na hałdach, nie jest zjawiskiem niezwykłym i bierze swoje źródło z zawartości składników palnych w odpadach pokopalnianych. Powstawanie ognisk pożarowych, również w sposób endogeniczny, jest naturalne i nie stanowi okoliczności wyjątkowej, nadzwyczajnej. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że istniejące wieloletnie zapożarowanie hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie powinno być przez Zamawiającego monitorowane i kontrolowane, a ryzyko

wzrostu aktywności termicznej hałdy i rozwoju ognisk pożarowych stanowiło okoliczność, z którą Zamawiający powinien się liczyć. Ryzyko to było obiektywnie przewidywalne, zwłaszcza w obliczu faktu, że podejmowane przez Zamawiającego doraźne działania gaśnicze nie przynosiły zamierzonych efektów. Jak wynika chociażby z wezwania Starosty Kłodzkiego skierowanego do Zamawiającego w styczniu 2020 r., ww. hałda „co najmniej od pięciu lat pali się w sposób niekontrolowany”, a „ogień w dalszym ciągu trawi wcześniej wykonane nasadzenia.” Również NIK zwrócił uwagę, że podejmowane przez Zamawiającego działania w przypadku hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie nie były wystarczające i skuteczne, przez co nie ograniczyły negatywnego wpływu jej zapożarowania na środowisko. W świetle powyższego, ryzyko zwiększenia się aktywności termicznej hałdy nie stanowiło wyjątkowej, niemożliwej do przewidzenia sytuacji dla Zamawiającego, który profesjonalnie zajmuje się zarządzaniem i rekultywacją terenów zwałowisk odpadów powęglowych. Powyższe potwierdza także treść artykułu naukowego złożonego przez Odwołującego, w którym stwierdzono, iż „niepodjęcie działań związanych w profilaktyką przeciwpożarową, zazwyczaj prędzej czy później, powoduje pojawienie się zjawisk termicznych.”

Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów mających potwierdzać, że wzrost aktywności termicznej hałdy w okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia był zjawiskiem nadzwyczajnym i niemożliwym do przewidzenia, czy też że wpływ na ten wzrost mogły mieć akcydentalne, losowe czynniki. Samo ewentualne zwiększenie się dynamiki zapożarowania, w obliczu braku wykazania, że wynikało ono ze ściśle określonych, ekstrapolacyjnych i niespodziewanych przyczyn, nie jest wystarczające do uznania, że mamy do czynienia z wyjątkową sytuacją, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nie sprecyzował nawet okresu, w jakim zaobserwowano wzmogoną aktywność termiczną hałdy. Z kolei prezentowane przez niego w postępowaniu odwoławczym stanowisko jest niespójne, na rozprawie wskazywał bowiem, że sytuacja pogorszyła się na przełomie 2019 i 2020 r., natomiast w odpowiedzi udzielonej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w związku z prowadzonym postępowaniem wyjaśniający, które to pismo złożył jako dowód, Zamawiający wskazał, że pożar zaczął przybierać na sile z początkiem lutego.

W aktach sprawy brak jest dowodów potwierdzających, że w okresie bezpośrednio poprzedzającym udzielenie zamówienia faktycznie doszło do istotnego, niezakładanego, niemożliwego do przewidzenia, zwiększenia się ognisk pożarowych. Brak jest także jakiegokolwiek materiału porównawczego w stosunku do okresu wcześniejszego. Z kolei przedstawiona przez Zamawiającego ekspertyza stanu termicznego hałdy wskazuje wyłącznie na istnienie stanu zapożarowania, a nie na okres jego powstania czy też dynamikę i rozwój zjawisk pożarowych w krótkim okresie przed sporządzeniem ekspertyzy. Złożone zaś przez Zamawiającego na rozprawie nagranie z badań termowizyjnych odnosi się do badań przeprowadzonych w dniu 21 kwietnia 2020 r., co powoduje, że ich wyniki są irrelewantne dla oceny spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dokonywanej na moment udzielenia zamówienia (w tym wypadku na dzień 12 marca 2020 r.).

Stanowiska Zamawiającego o tym, że mamy do czynienia z wyjątkową sytuacją, nie potwierdza także treść wezwania Starosty Kłodzkiego ze stycznia 2020 r., na którą powołał się Zamawiający, wynika z niej bowiem jedynie, że pożar (obserwowany już od wielu lat) postępuje dynamicznie, co jednak w obliczu braku podejmowania przez Zamawiającego stosownych działań przez długi okres, nie stanowi zdarzenia nadzwyczajnego, niemożliwego do przewidzenia. W ocenie Izby wskazanie przez Starostę Kłodzkiego w treści wezwania, że należy „niezwłocznie” przystąpić do gaszenia hałdy, było uzasadnione faktem, że Zamawiający miał wykonać rekultywację do 31 grudnia 2019 r., czego nie uczynił. Użycie tego sformułowania samo w sobie nie świadczy jednak o tym, że intensyfikacja zjawisk pożarowych przybrała charakter wyjątkowy, niemożliwy do przewidzenia i wymagający natychmiastowego działania. Ponadto zauważenia wymaga, że już w lipcu 2019 r. Starosta Kłodzki zwracał uwagę Zamawiającemu na wzmogoną aktywność termiczną na hałdzie 7/4 i już wtedy Zamawiający wzywał Odwołującego do natychmiastowego usunięcia mulów węglowych w związku z zagrożeniem pożarowym występującym na hałdzie. Zamawiający miał zatem świadomość, że wzmogona aktywność termiczna może prowadzić do dalszej intensyfikacji zjawisk pożarowych, a w świetle braku reakcji Odwołującego, na którą się obecnie powołuje, mógł już wówczas przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał także aby sytuacja, która stała się podstawą udzielenia zamówienia w tym trybie, nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co również stanowi jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wskazano już powyżej, stan zapożarowania hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie był stanem permanentnym od wielu lat. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek

dowodów, które potwierdzałyby, że podjął skuteczne działania w celu wygaszenia ognisk pożarowych. Wręcz przeciwnie, z dokumentacji zgromadzonej w sprawie wynika, że działania mające na celu gaszenie hałdy, za wyjątkiem działań o charakterze doraźnym i prewencyjnym, nie były w ogóle prowadzone. Zwrócić należy uwagę choćby na treść wystąpienia pokontrolnego NIK, gdzie stwierdzono, iż podejmowane przez Zamawiającego działania w okresie objętym kontrolą (tj. w latach 2015-2018) w przypadku hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie nie były wystarczające i skuteczne, przez co nie ograniczyły negatywnego wpływu jej zapożarowania na środowisko. W ocenie NIK Zamawiający nie podejmował należytych (wystarczających i skutecznych) działań dla zniwelowania negatywnego wpływu zapożarowania hałdy na środowisko, a jedynie działania doraźne, które nie doprowadziły do ugaszenia pożaru. Również Starosta Kłodzki w kierowanych do Zamawiającego wezwaniach jasno wskazywał, że hałda co najmniej od pięciu lat pali się w sposób niekontrolowany, a dotychczas prowadzone gaszenie awaryjne nie przyniosło zamierzonego efektu. Mimo wieloletniego stanu zapożarowania hałdy, Zamawiający dopiero w 2019 r. przeprowadził postępowanie mające na celu wykonanie projektu gaszenia hałdy, które obejmować miało identyfikację obszarów zagrożonych, likwidację ognisk pożarowych i zabezpieczenie przed rozprzestrzenianiem się pożaru. Umowa na wykonanie tego projektu ostatecznie nie została zrealizowana, a dwa kolejne postępowania w tym zakresie zostały unieważnione. Zamawiający nie tyle nie doprowadził do podjęcia faktycznych działań zmierzających do ugaszenia hałdy nr 7/4, co nawet nie doprowadził do uzyskania projektu gaszenia tej hałdy. Jak wynika zaś z treści wezwania Starosty Kłodzkiego Zamawiający miał wykonać rekultywację do 31 grudnia 2019 r. (pkt 1 wezwania).

Za niewykazane Izba uznała stanowisko Zamawiającego, jakoby zdeponowanie mułów węglowych w osadniku nr 3 miało stać na przeszkodzie podjęciu czynności gaszenia hałdy i konieczny był ich transport do osadnika nr 4. Twierdzenia, że muły węglowe znajdujące się w osadniku nr 3 uniemożliwiają wjazd sprzętu gaśniczego, nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Na przedstawionym przez Zamawiającego filmie z badań termowizyjnych widać drogę techniczną, zlokalizowaną wokół osadnika nr 3 oraz na obszarze hałdy. Sam transport mułów z jednego osadnika do drugiego również powoduje konieczność wjazdu sprzętu na ten teren, w związku z tym niezrozumiały jest argument o braku możliwości wjazdu sprzętu gaśniczego. Zamawiający nie wyjaśnił, jak kwestia znajdowania się mułów węglowych w osadniku ma w ogóle oddziaływać na możliwość wjazdu na teren hałdy sprzętu gaśniczego. Zważywszy na okoliczność, że staw osadowy stanowi dziurę w ziemi, to pojazdy gaśnicze i tak musiałyby osadnik ominąć, ewentualnie konieczne do podjęcia byłyby dalsze czynności zmierzające do likwidacji osadnika, powyższe stanowi jednak wyłącznie przypuszczenia Izby, bowiem Zamawiający nie wytłumaczył tej kwestii. Złożona ekspertyza GIG wskazuje zaś jedynie na zasadność prewencyjnego przeniesienia mułów w celu zapobieżenia ich zapłonowi z uwagi na zjawiska pożarowe na terenie hałdy, nie odnosi się natomiast do wpływu ich zdeponowania w osadniku nr 3 na możliwość podjęcia działań związanych z gaszeniem zapożarowania hałdy. Stanowisko Zamawiającego nie broni się także w zestawieniu z treścią wystąpienia pokontrolnego NIK, gdzie wprost stwierdzono, iż zdeponowanie w osadnikach nr 3 i 4 mułów węglowych stanowiących własność innego podmiotu, nie stanowi bariery w skutecznym ugaszeniu hałdy, a hałda, jak i przedmiotowe osadniki stanowią odrębne obiekty, wobec czego obecność mułów w osadnikach nie uniemożliwia prowadzenia prac.

W konsekwencji, w świetle braku inicjatywy dowodowej Zamawiającego, przedstawiona w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki argumentacja, jakoby to działanie właściciela mułów węglowych znajdujących się w osadniku nr 3 (Odwołującego) uniemożliwiało prowadzenie gaszenia hałdy, jawi się jako bezzasadna, skoro nie wykazano, aby przetransportowanie mułów węglowych w ogóle miało znaczenie dla samego podjęcia czynności gaszenia hałdy, tym bardziej, że Zamawiający - jak wskazano powyżej - nawet nie dysponuje jeszcze projektem gaszenia hałdy. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający, zamiast skupić się na wykazaniu przesłanek uprawniających go do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podjął szeroką polemikę mającą na celu wykazanie, że to po stronie Odwołującego leży obowiązek opróżnienia osadników, a przedmiotowe zamówienie stanowi wykonanie zastępcze. Tymczasem w ocenie składu orzekającego, powyższa okoliczność ma znaczenie drugorzędne. Izba ocenia wyłącznie legalność działania Zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp, w tym wypadku z art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś kwestię sporów właścicielskich i administracyjnych pomiędzy stronami czy też celowość i gospodarność działania Zamawiającego związanego z przeniesieniem odpadów pomiędzy osadnikami. Skoro Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki, to zobligowany był wykazać, że na moment udzielenia tego zamówienia, ziszczyły się przesłanki wskazane w przepisie, w oparciu o który zamówienia udzielono, tj. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Dowody przedstawione przez Zamawiającego służyły zobrazowaniu istniejącego pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym sporu oraz zarzucanego braku współpracy ze strony Odwołującego, podczas gdy Zamawiający w ogóle nie wykazał, aby kwestia zdeponowania mułów węglowych w osadniku nr 3 miała jakikolwiek związek z możliwością prowadzenia skutecznych działań w zakresie gaszenia ognisk pożarowych na terenie hałdy 7/4. Za gaszenie ognisk pożarowych odpowiedzialność zaś ponosił Zamawiający jako podmiot

zobowiązany do jego rekultywacji.

W ocenie Izby utrzymanie długotrwałego stanu zapożarowania hałdy nr 7/4 na Polu Słupiec w Nowej Rudzie i brak podjęcia skutecznych działań w kierunku wygaszenia zjawisk pożarowych, pomimo wielokrotnych wezwań organów kontroli i nadzoru, pozwala stwierdzić, że potencjalny wzrost dynamiki ognisk pożarowych jest efektem tych właśnie, wieloletnich zaniedbań Zamawiającego. Zamawiający jako podmiot, który profesjonalnie zajmuje się rekultywacją zwałowisk odpadów powęglowych, niewątpliwie miał, a przynajmniej powinien mieć świadomość, do czego doprowadzi brak podjęcia stosownych działań gaśniczych, jak również że pojawianie się zjawisk termicznych i ich rozprzestrzenianie się dodatkowo utrudni likwidację powstałego pożaru. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, który pozwalałby stwierdzić, że wzrost aktywności termicznej hałdy nr 7/4 był wynikiem niezależnych czynników, a nie zaniechań Zamawiającego.

Zamawiający nie wykazał ponadto, aby wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia na transport mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4. Jak słusznie zauważono w uchwale KIO z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 29/17 przesłanka „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających szczególnie szybkiej reakcji w celu ochrony jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, jak wskazano w wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 691/15, ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia określa zakres przedmiotowy zamówienia z wolnej ręki - zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja. Natychmiastowość wykonania musi być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.

W uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia Zamawiający, wskazując na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, powołał się na ekspertyzę Głównego Instytutu Górnictwa, mająca wskazywać na fakt, że prawdopodobieństwo migracji ognisk pożarowych z obszaru hałdy do osadników mułów jest bardzo wysokie. Tymczasem okoliczność taka z przedmiotowej ekspertyzy w ogóle nie wynika. Prawdą jest, że (jak wskazano w abstrakcie ekspertyzy) celem przeprowadzonej wizji oraz badań stanu termicznego części hałdy 7/4 było określenie prawdopodobieństwa migracji zjawisk pożarowych z północnej części hałdy w kierunku warstwy mułów węglowych zalegających w znajdującym się w sąsiedztwie osadniku, niemniej ekspertyza w żadnym miejscu nie odnosi się do tego, jak duże jest to prawdopodobieństwo, jaki jest jego stopień. Z treści ekspertyzy wynika jedynie, że stwierdzono miejscowo intensywne ogniska pożarowe, zwłaszcza w rejonie górnej skarpy północnej części hałdy, gdzie te zjawiska mają najbardziej intensywny charakter (temperatura powierzchni nasypu osiąga lokalnie wartości powyżej 100°C.). Podwyższone temperatury zaobserwowano co prawda także w sąsiedztwie północnych obwałowań osadnika nr 3 oraz na skarpie stanowiącej jego obwałowanie, ale

z ekspertyzy nie wynika, aby na tym obszarze występowały zjawiska pożarowe o intensywnym charakterze, temperatury wnętrza nasypu w rejonie skarpy stanowiącej północne obwałowanie osadnika oscyływały jedynie wokół 50°C, a w emitowanych gazach nie stwierdzono obecności tlenu węgla (w odniesieniu do południowego obwałowania badań wglębnych w ogóle nie wykonano). Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika jedynie, że bardziej intensywne zjawiska termiczne zachodzą w górnej części hałdy, na jej szczycie, czyli w stosunkowo dużej odległości od osadnika.

Ponadto w ekspertyzie stwierdzono, że opisana sytuacja może skutkować intensyfikacją procesów termicznych, ale nie dokonano oceny prawdopodobieństwa wystąpienia takiej intensyfikacji. Wskazano także, że taka intensyfikacja „może prowadzić do powstania intensywnych ognisk pożarowych, które z kolei mogą doprowadzić do pożaru mułów”, z czego wywieść można wniosek, że na moment opiniowania zjawiska w postaci ognisk pożarowych mogących prowadzić do zapłonu mułów nie zachodzą. Ekspertyza nie wyjaśnia nawet jakie temperatury powierzchni i wnętrza hałdy przesądzą o uznaniu, że zjawiska termiczne oznaczają za intensywne, a jakie nie. W tym stanie rzeczy wywodzenie przez Zamawiającego na podstawie treści ekspertyzy, że prawdopodobieństwo migracji zjawisk pożarowych z obszaru hałdy do osadników mułów jest „bardzo wysokie” stanowi nadinterpretację. We wnioskach ekspertyzy wskazano jedynie, że „istnieje niebezpieczeństwo migracji zjawisk pożarowych w kierunku warstwy mułów węglowych zdeponowanych w osadniku”, nie określono jednak stopnia tego niebezpieczeństwa, w tym takiego jego natężenia, które uzasadniałoby natychmiastowe przeniesienie mułów w inne miejsce.

Co równie istotne, w ekspertyzie nie wskazano, jakie jest prawdopodobieństwo, że w ogóle może dojść do zapłonu mułów węglowych zdeponowanych w osadniku nr 3, gdyby faktycznie wystąpiły intensywne ogniska pożarowe na obszarach zlokalizowanych w bliskiej odległości od osadnika nr 3 czy na jego obwałowaniach. Okoliczność ta ma o tyle ważne znaczenie, że Odwołujący kwestionował łatwopalność mułów węglowych z uwagi na ich skład oraz zawilgocenie (Odwołujący wskazywał, że jest to szlam, a w stawie osadowym na dnie znajduje się woda). Stanowisko Odwołującego znajduje oparcie w przepisach ustawy o odpadach wydobywczych. Zgodnie z definicją wskazaną w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpadach wydobywczych obiektem unieszkodliwiania odpadów wydobywczych jest obiekt przeznaczony do składowania odpadów wydobywczych w formie stałej, ciekłej, w roztworze lub zawiesinie, w tym hałdy i stawy osadowe, obejmujący tamy lub inne konstrukcje służące do powstrzymywania, zatrzymywania, ograniczania lub umacniania takiego obiektu. Jak wskazano w art. 3 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy, staw osadowy stanowi obiekt przeznaczony do składowania drobnociarnistych odpadów wydobywczych, w tym powstałych w wyniku przeróbki, wraz ze zmieniającą się ilością wody technologicznej, która pochodzi z przeróbki kopalin ze złóż, oraz z oczyszczania wody technologicznej. Z kolei hałda, zgodnie z pkt 2 ww. przepisu, jest obiektem przeznaczonym do składowania stałych odpadów wydobywczych na powierzchni ziemi. Skoro muły węglowe znajdują się w stawie osadowym, to potwierdza to argumentację Odwołującego, że stanowią one szlam (nie są stałym odpadem wydobywczym składowanych na hałdach), co niewątpliwie ma znaczenie dla oceny prawdopodobieństwa ich zapłonu w przypadku intensyfikacji zjawisk pożarowych w bezpośrednim sąsiedztwie osadnika. Ponadto skoro staw osadowy jest obiektem unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, to zdeponowanie w nim mułów węglowych wiązać się powinno do zasady z bezpieczeństwem ich przechowywania. Obiekt taki powinien spełniać bowiem funkcje, do których został przeznaczony (do unieszkodliwiania odpadów), co również nie jest bez znaczenia z perspektywy oceny prawdopodobieństwa ich zapłonu.

Ponadto w ocenie Izby Zamawiający (co sygnalizowano już powyżej) nie wykazał, aby tempo rozprzestrzeniania się zjawisk pożarowych faktycznie miało charakter dynamiczny, gwałtowny i przybrało na sile w niedługim okresie przed udzieleniem zamówienia w takim stopniu, który wymaga natychmiastowego przetransportowania mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4 w celu uniknięcia intensyfikacji pożaru i zminimalizowania jego szkodliwych efektów. W aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek materiału porównawczego, z którego wynikałoby, że aktywność termiczna hałdy 7/4 faktycznie wzrosła na początku 2020 r., w szczególności w miesiącu lutym. Wbrew stanowisku Zamawiającego, z ekspertyzy GIG nie wynika, aby panująca na terenie hałdy sytuacja miała charakter nadzwyczajny, a pożar cechował się znaczącą gwałtownością. Brak jest także jednoznacznych danych wskazujących na stopień prawdopodobieństwa migracji zjawisk pożarowych w kierunku mułów węglowych zdeponowanych w osadniku nr 3 i zapalenia się tych odpadów. Podkreślić należy, że konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia zachodzi wtedy, kiedy istnieje potrzeba natychmiastowego, szczególnie szybkiego usunięcia skutków wystąpienia wyjątkowej sytuacji lub zapobieżenia czy ograniczenia skutków takiego nadzwyczajnego zdarzenia, którego nie można było wcześniej przewidzieć.

Złożone przez Zamawiającego dowody, w tym treść wezwania Starosty Kłodzkiego, na którą powołał się Zamawiający, nie potwierdzają, że na moment udzielenia zamówienia z wolnej ręki zachodziła konieczność podjęcia natychmiastowej reakcji w celu usunięcia skutków czy zapobieżenia skutkom zdarzenia obiektywnie niemożliwego do przewidzenia. Co najwyżej dowody te świadczą mogą o istnieniu potrzeby prewencyjnego przeniesienia mułów węglowych, w celu ograniczenia potencjalnych skutków ewentualnej intensyfikacji zjawisk pożarowych i ich dalszego rozprzestrzeniania się, niemniej ocena charakteru tej potrzeby (w tym jej pilności) leży już poza zakresem rozpoznania Izby. Definitywnie należy jednak rozgraniczyć pilną potrzebę udzielenia zamówienia publicznego, o której mowa w art. 62 ust.

1 pkt 4 ustawy Pzp, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Słowo „natychmiast” oznacza podjęcie reakcji szczególnie szybkiej, szybszej niż „pilna”. W konsekwencji nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagać będą natychmiastowego wykonania (por. m.in. uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 2/15, uchwała KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 14/18). Tym samym przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo odnoszące się do rozumienia pojęcia „pilnej potrzeby” uznać należy za nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego.

Ponadto podkreślić należy, że Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że w przedmiotowym przypadku nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, która to okoliczność również stanowi przesłankę zastosowania trybu z wolnej ręki, wskazaną w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający ani w uzasadnieniu przedstawionym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym do powyższej kwestii w ogóle się nie odniósł. Tymczasem zauważenia wymaga,

że terminy składania ofert w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, są relatywnie krótkie (w przypadku robót budowlanych jest to 14 dni - por. art. 43 ust. 1 ustawy Pzp). Stanowisko Zamawiającego jest także niekonsekwentne, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że jeszcze w lutym 2020 r. wzywał Odwołującego do opróżnienia osadnika nr 3 w terminie trzech miesięcy, po czym w marcu 2020 r. udzielił zamówienia z wolnej ręki określając termin jego realizacji aż na 6 miesięcy. Już sam ten fakt poddaje w wątpliwość faktyczną konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Jedynie uzupełniająco, odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej niedysponowania przez Zamawiającego odpowiednią zgodą na transport mułów węglowych z jednego osadnika do drugiego, Izba wskazuje, iż kwestię tę uznała za drugorzędną dla rozstrzygnięcia. Natomiast przyznać należy rację Odwołującemu co do istotnej niespójności w stanowisku Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że zgodę taką musi posiadać wykonawca, a nie sam Zamawiający, z kolei na rozprawie twierdził, że zgoda na transport mułów węglowych pomiędzy osadnikami w ogóle nie jest wymagana, tymczasem w dniu 6 marca 2020 r. sam złożył wniosek o wydanie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie przez Zamawiającego przeniesienia mułów węglowych. Ponadto treść tego wniosku przeczy twierdzeniom Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, jakoby postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania o wydanie zezwolenia było efektem tego, że Zamawiający początkowo planował wywieźć muły węglowe poza teren hałdy - z przedmiotowego wniosku wynika wprost, że dotyczył on transportu mułów węglowych z osadnika nr 3 do osadnika nr 4, a nie ich wywiezienia poza teren hałdy.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż wobec braku wykazania zaistnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:
  - a) unieważnić umowę; albo
  - b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
  - c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo
- 3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Jedną z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, wskazującym sytuację, kiedy umowa ulega unieważnieniu, jest zastosowanie przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). W konsekwencji, mając na względzie, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przez Zamawiającego w dniu 12 marca 2020 r., a Zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zastosowanie w sprawie znalazł art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż co do zasady w takim przypadku zawarta umowa powinna zostać unieważniona. Stanowisko to jest zgodne z dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L Nr 335, str. 31, dalej jako „Dyrektywa odwoławcza”). Jak wskazano w motywie 13) Dyrektywy odwoławczej aby zwalczać bezprawne bezpośrednio udzielanie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości UE za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje. Dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie

powinna być automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji. Zgodnie zaś z motywem 14 Dyrektywy odwoławczej nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziału w procedurze udzielania zamówień.

Jednocześnie w motywie 21 i 22 Dyrektywy odwoławczej wskazano, iż jeżeli państwa członkowskie ustanawiają przepisy gwarantujące, że umowa zostanie uznana za nieskuteczną, celem tego jest, by prawa i obowiązki stron tej umowy przestały być egzekwowane i wykonywane. Konsekwencje uznania umowy za nieskuteczną powinny być określone w prawie krajowym. Prawo krajowe może zatem, na przykład, przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych (ex tunc) lub przeciwnie, ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należałoby jeszcze wykonać (ex nunc). Nie powinno to doprowadzić do braku skutecznych sankcji, jeżeli zobowiązania wynikające z umowy zostały już wykonane w całości lub prawie w całości. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny przewidzieć również inne kary uwzględniające zakres, w jakim umowa nadal obowiązuje, zgodnie z prawem krajowym. Zgodnie z art. 2d ust. 2 Dyrektywy odwoławczej konsekwencje wynikające z uznania umowy za nieskuteczną przewidziane są przez prawo krajowe. Prawo krajowe może przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych lub ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należy jeszcze wykonać. W tym drugim przypadku państwa członkowskie przewidują zastosowanie innych sankcji w rozumieniu art. 2e ust. 2. W art. 2e ust. 2 jest mowa o tym, że inne kary muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. Inne kary obejmują: nałożenie kar pieniężnych na instytucję zamawiającą lub skrócenie okresu obowiązywania umowy. Państwa członkowskie mogą przyznać organowi odwoławczemu szerokie uprawnienia do uwzględniania wszystkich istotnych czynników, w tym powagi naruszenia, zachowania instytucji zamawiającej oraz, w przypadkach, o których mowa w art. 2d ust. 2, zakresu, w jakim umowa nadal obowiązuje.

Kierując się ww. wytycznymi wynikającymi z Dyrektywy odwoławczej, ustawodawca krajowy, oprócz sankcji unieważnienia umowy, przyznał Krajowej Izbie Odwoławczej możliwość nałożenia alternatywnych sankcji opisanych w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że ich zastosowanie może mieć miejsce jedynie w określonych sytuacjach, tj. w przypadku sankcji wskazanej w lit. b - w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, zaś w odniesieniu do sankcji wskazanej w lit. c - w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W ocenie składu orzekającego okoliczności przedmiotowej sprawy uzasadniały zastosowanie sankcji unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, o której mowa w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Rozstrzygając w tym przedmiocie ocenie Izby podlegał całokształt okoliczności sprawy. Izba - zgodnie z art. 192 ust. 4 - uwzględniła wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy. W szczególności Izba miała na względzie, iż na skutek dotychczasowych działań wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, muły węglowe znajdujące się w osadniku nr 3 zostały już w ok. 70% przetransportowane do osadnika nr 4. W efekcie odpady wydobywcze z osadnika nr 3 zostały zmieszane z mułami węglowymi znajdującymi się w osadniku nr 4 (muły tam znajdujące zostały przykryte przetransportowanymi mułami). Zwrot spełnionego świadczenia (o ile w ogóle byłby możliwy) nie byłby celowy, bowiem wiązałby się z koniecznością przetransportowania mułów węglowych z powrotem, podczas gdy zostały one zdeponowane w miejscu do tego właściwym, tj. w zbiorniku służącym unieszkodliwianiu odpadów wydobywczych (osadniku nr 4), umożliwiającym ich bezpieczne przechowywanie zgodnie z przepisami ustawy o odpadach wydobywczych. Ponadto ich ponowne przetransportowanie wiązałoby się z kosztami porównywalnymi do wartości robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Mając na uwadze treść z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, Izba unieważniająca umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych, zobligowana jest nałożyć na Zamawiającego także karę finansową. Sankcje wymienione w tym przepisie określono używając spójnika koniunkcji („i”), w przeciwieństwie do art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, gdzie możliwe do nałożenia sankcje określono z użyciem spójnika alternatywy rozłącznej („albo”). Jak stanowi art. 193 ustawy Pzp kary finansowe, o których mowa w i c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Mając powyższe wytyczne na względzie, Izba uznała, że właściwe i proporcjonalne będzie nałożenie na Zamawiającego kary finansowej w wysokości 20 000 zł. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 195 ust. 1 ustawy Pzp karę finansową uiszcza się w terminie

30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary finansowej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) w zw. z § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....