

## WYROK

z dnia 28 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez odwołującego: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ( ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Głuszycza (ul. Parkowa 9, 58-340 Głuszycza),

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności unieważnienia podstępowania o udzielenie zamówienia publicznego; (2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy - Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego: Gminę Głuszycza (ul. Parkowa 9, 58-340 Głuszycza) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza na rzecz odwołującego: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa) od zamawiającego kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania w kwocie 7.500 zł 00 gr oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1524/22

### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 6 czerwca 2022 r. przez odwołującego: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego - Gminę Głuszycza na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Pełnienie funkcji Inżyniera Projektu przy

realizacji inwestycji pn.: „Wykonanie otworu badawczego Głuszycza GT-1 w celu ujęcia wód termalnych w miejscowości Głuszycza.” Numer referencyjny: NIBITZKiZP.271.3.6.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod nr 2022/BZP 00105282 w dniu 31 marca 2022 r. Odwołujący podał, że: (...) zaskarża czynność podjętą w dniu 1 czerwca 2022 r. przez Gminę Głuszycza w ramach Postępowania polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu a w konsekwencji unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP.

II. Zaskarżonej powyżej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

a) art. 253 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP poprzez brak należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego - jedynej oferty złożonej w Postępowaniu, a w konsekwencji unieważnienie Postępowania, gdyż zawiadomienie z 1 czerwca 2022 r. o unieważnieniu Postępowania zawierało jedynie lakoniczną informację o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu („SWZ”), tj. rzekomym brakiem wykazania przez Odwołującego, że dysponuje on osobą posiadającą kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorcze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami ustawy - Prawo geologiczne i górnicze, dalej jako „PGG”), posiadającą świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadającą doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t., podczas gdy uzasadnienie o odrzuceniu oferty Odwołującego powinno wskazywać jednoznacznie powody, dla których oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, a takiej roli nie pełni samo przytoczenie wymagań z treści SWZ, które, w ocenie Zamawiającego, nie zostały spełnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, z daleka posuniętej ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia przez Izbę powyższego, Odwołujący zarzuca także naruszenie:

b) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 255 pkt 2) PZP w zw. z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 2 pkt 2) PGG w zw. z art. 53 ust. 1 pkt 1) lit. j) oraz pkt 2) lit. e) PGG w zw. z art. 58 ust. 1 pkt 4) tiret 3 i pkt 8) lit. c) PGG w zw. z art. 210 ust. 1 PGG w zw. z § 3 pkt 5) w zw. z § 3d ust. 1 pkt 6) w zw. z § 3d ust. 2 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia w sprawie kwalifikacji z 1994 r. w zw. z § 2 Rozporządzenia w sprawie kwalifikacji z 2016 r., tj. Załącznikiem nr 1 - Część C pn. Otworowe zakłady górnicze oraz zakłady wykonujące roboty geologiczne, Tabela nr 2 Osoby wykonujące czynności w wyższym dozorcze ruchu w zakładach wykonujących roboty geologiczne - Lp. 1 oraz Tabela nr 5 Osoby wykonujące czynności kierownika i zastępcy kierownika działu ruchu zakładu w zakładach wykonujących roboty geologiczne - Lp. 1 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu i w konsekwencji unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP, podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, w tym spełnia warunek udziału dotyczący dysponowania osobą, o której mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, tj. dysponuje osobą posiadającą kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorcze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami PGG), posiadającą świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadającą doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t., w konsekwencji czego oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

III. W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty wniósł o:

- a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- c) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania,
- d) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny oferty Odwołującego,

e) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

(...)

Odwołujący wskazał, że (...) jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący poniósł szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo że jego oferta była jedyną ofertą w Postępowaniu i Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w Postępowaniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego zostanie ponownie oceniona, co pozwoli Odwołującemu na uzyskanie niniejszego zamówienia i osiągnięcie zakładanego w wyniku jego realizacji zysku”.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał:

(...)

1.4. W dniu 12 kwietnia 2022 r. nastąpiło otwarcie ofert. Jedyną ofertę złożył Odwołujący. Cena zaoferowana przez Odwołującego w Postępowaniu (tj. 539.970 zł brutto) była niższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia (tj. 762.600 zł brutto). DOWÓD: Informacja z otwarcia ofert z dnia 12 kwietnia 2022 r.

1.5. Pismem z dnia 4 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, m.in. w odniesieniu do warunku udziału określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ (nadzór wiertniczy). Wezwanie dotyczyło wyłącznie wskazania, jakie uprawnienia Pana W. D. zostały określone w treści świadectwa nr 0230/18/2002/EM. W wykazie osób wpisano bowiem samo oznaczenie świadectwa (nr 0230/18/2002/EM), bez wskazania treści tego świadectwa.

DOWÓD: Wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 4 maja 2022 r.

1.6. Odwołujący w dniu 9 maja 2022 r. złożył zatem wyjaśnienia wskazując, że Pan W. D. wskazany do pełnienia nadzoru wiertniczego legitymuje się świadectwem nr 0230/18/2002/EM stwierdzającym kwalifikacje do zatrudnienia na stanowisku kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m, wydanym przez Okręgowy Urząd Górniczy w Warszawie.

DOWÓD: Odpowiedź Odwołującego z dnia 9 maja 2022 r. na wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

1.7. W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący nie był już wzywany do dalszych wyjaśnień dotyczących kwalifikacji Pana W. D. .

1.8. W dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania z uwagi na fakt, że jedyna złożona oferta, tj. oferta Odwołującego, podlegała odrzuceniu z powodu niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ. Według Zamawiającego, Odwołujący nie dysponuje osobą posiadającą kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami PGG), posiadającą świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadającą doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t. W treści zawiadomienia Zamawiający nie wyjaśnił jednak w żaden sposób, dlaczego uznał, że Pan W. D. nie posiada ww. kwalifikacji do pełnienia nadzoru wiertniczego. DOWÓD: Zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania z dnia 1 czerwca 2022 r.

1.9. Z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia decyzji Zamawiającego, Odwołujący po dacie unieważnienia Postępowania wystąpił o udostępnienie mu dokumentacji Postępowania.

1.10. Analiza przekazanej Odwołującemu dokumentacji Postępowania wykazała, że Zamawiający zwrócił się do Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie z pytaniem, czy

kwalifikacje wymagane przez Zamawiającego, tj. kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi są równoważne z kwalifikacjami posiadanymi przez Pana W. D. . Na tak zadane pytanie, Okręgowy Urząd Górniczy w Warszawie odpowiedział, że ww. kwalifikacje nie są sobie równoważne.

DOWÓD: Korespondencja z okresu 23-25 maja 2022 r. prowadzona przez Zamawiającego i Okręgowy Urząd Górniczy w Warszawie

1.11. Poza wskazaną powyżej korespondencją, Odwołujący nie zidentyfikował innych podstaw, które mogłyby doprowadzić Zamawiającego do przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ (nadzór wiertniczy).

(...)

2. Uzasadnienie zarzutu dot. braku uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego

2.1. Zamawiający - jak już wyżej wskazano - w żaden sposób nie uzasadnił czynności z 1 czerwca 2022 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego skutkującej następnie unieważnieniem Postępowania.

2.2. Zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 pkt 2) PZP zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zważywszy na wiążącą zamawiającego zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP) oraz zasadę jawności (art. 18 ust. 1 PZP) w szczególności uzasadnienie faktyczne jego decyzji powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u jej podstaw, tak aby wykonawcy mieli możliwość w pełni ustosunkować się do stanowiska zamawiającego wnosząc ewentualne odwołanie. Pogląd ten nie budzi wątpliwości w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej : uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie.

2.3. Brak należytego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy czyni całą czynność Zamawiającego wadliwą już tylko z formalnego punktu widzenia przy istotnym jednak wpływie powyższego na sytuację prawną wykonawcy: skoro bowiem zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty podał bardzo ogólnikowe twierdzenia, np. "nie spełnia wymagań SIWZ - oferowane urządzenie posiada zupełnie inne parametry, aniżeli wymagane to było w dokumentacji projektowej", bez podania jakichkolwiek konkretnych stwierdzonych naruszeń, to nie sposób uznać, aby odwołujący posiadał pełną wiedzę o podstawach stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2.4. Powyższe znajduje także potwierdzenie w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do przepisów PZP: podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty (.) i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.

2.5. Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy zauważyć, że Zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego przytoczył jedynie zapis SWZ, stwierdzając, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, tj. nie dysponuje osobą do pełnienia nadzoru wiertniczego. Zamawiający nie wskazał już jednak, dlaczego uznał, że warunek ten nie został spełniony.

2.6. Co więcej, Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących kwalifikacji Pana W. D. (oprócz ww. wezwania opisanego w ppkt 1.5 powyżej), a takie wezwanie byłoby dla Odwołującego wskazówką, co budziło / mogło budzić wątpliwości Zamawiającego i nie zostało wyjaśnione.

2.7. W konsekwencji, Odwołujący korzysta obecnie z przysługujących mu środków ochrony prawnej czyniąc to z daleko posuniętej ostrożności procesowej, pomimo że nie dysponuje on pełną wiedzą w zakresie tego, dlaczego (w ocenie Zamawiającego) Pan W. D. nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ.

2.8. W tym sensie, cała dalsza polemika Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego

zawarta w kolejnym punkcie uzasadnienia niniejszego odwołania opiera się na przyjętych przez Odwołującego samodzielnie założeniach co do rzeczywistych powodów odrzucenia jego oferty. Biorąc pod uwagę naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności zasadę przejrzystości i jawności) taka sytuacja nie powinna mieć miejsca.

2.9. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie już tylko na tej podstawie, że Odwołujący nie uzyskał od Zamawiającego czytelnej informacji w zakresie podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty.

2.10. Co bardzo ważne, próba skutecznego konwalidowania tej czynności na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (np. próba doprecyzowania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego) nie powinna mieć miejsca. Działanie takie byłoby niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów PZP, a także stanowiłoby jaskrawe ograniczenie praw Odwołującego do wnoszenia środków ochrony prawnej (zob. wyrok KIO 2028/11).

2.11. Z powyższych względów, odwołanie zasługuje na uwzględnienie już tylko na podstawie potwierdzenia się omawianego zarzutu.

3. Uzasadnienie zarzutu dot. nieprawidłowej oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie osoby wskazanej do pełnienia nadzoru wiertniczego

#### Wprowadzenie

3.1. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący (choć nie zna rzeczywistych powodów, dla których jego oferta została przez Zamawiającego odrzucona) kwestionuje także samą czynność uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, tj. nie dysponuje osobą do pełnienia nadzoru wiertniczego.

3.2. Na wstępie Odwołujący zauważa, że mając na uwadze treść pierwszego zarzutu (punkt 2 powyżej) oraz uwzględniając bardzo ogólną korespondencję Zamawiającego i Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie, Odwołujący może się jedynie domyślać przyczyn uznania, że Pan W. D. nie legitymuje się kwalifikacjami wymaganymi przez Zamawiającego do pełnienia nadzoru wiertniczego. Wobec powyższego, Odwołujący z ostrożności odniesie się do kwestii:

- a) daty uzyskania kwalifikacji przez Pana W. D. i ich aktualności,
- b) poziomu kwalifikacji określonych w świadectwie Pana W. D. a wymaganych przez Zamawiającego (kierownik ruchu a wyższy dozór),
- c) rodzaju robót geologicznych, do których wykonywania uprawnia świadectwo Pana W. D. .

#### Wymagania SWZ dla osoby pełniącej nadzór wiertniczy

3.3. Zamawiający w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ wskazał, że wykonawca musi dysponować do realizacji nadzoru wiertniczego minimum jedną osobą posiadającą kwalifikacje do wykonywania czynności:

- a) w wyższym dozorze ruchu, w specjalności wiertniczej,
- b) w zakładach wykonujących roboty geologiczne, służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi, zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021r., poz. 1420), posiadająca świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje.

#### Kwalifikacje osoby wskazanej przez Odwołującego do pełnienia nadzoru wiertniczego

3.4. Odwołujący jako osobę mającą pełnić nadzór wiertniczy wyznaczył Pana W. D. posiadającego świadectwo nr 0230/18/2002/EM, wydane przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie, w którym wskazano, iż Pan D. posiada kwalifikacje do zatrudnienia na stanowisko:

- a) kierownika ruchu,
- b) w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m („Świadectwo”).

3.5. Świadcstwo wydane zostało 6 maja 2002 r., tj. w okresie obowiązywania ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze. Ustawa z 1994 r. została zastąpiona przepisami PGG w dniu 1 stycznia 2012 r.

DOWÓD: Świadcstwo z dnia 6 maja 2002 r. nr 0230/18/2002/EM (W. D.) stanowiące Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania.

3.6. Powyższy fakt nie wpływa jednak negatywnie na ocenę kwalifikacji Pana W. D., gdyż zgodnie z art. 210 ust. 1 PGG pozostają w mocy decyzje, świadectwa, zaświadczenia oraz inne dokumenty dotyczące kwalifikacji osób oraz ograniczeń dotyczących ich wykonywania, wydane na podstawie dotychczasowych przepisów, a uprawnienia uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy uznaje się za odpowiadające uprawnieniom tej samej kategorii uzyskanym po dniu wejścia w życie ustawy.

3.7. Innymi słowy, Pan W. D. jest w pełni uprawniony do posługiwania się Świadectwem i wykonywania na jego podstawie wszelkich prac czy robót geologicznych określonych w ówczesnych przepisach. W przypadku zaś nomenklatury odmiennej niż aktualna, należy zbadać, jakim obecnym uprawnieniom odpowiadają uprawnienia z czasów obowiązywania poprzedniej ustawy.

3.8. W świetle powyższego, najprawdopodobniej istotą wadliwości stanowiska Zamawiającego była podjęta przez niego niefortunna próba ustalenia powyższej kwestii w drodze korespondencji z Okręgowym Urzędem Górniczym. Pytanie, które powinien zadać

Zamawiający Okręgowemu Urzędowi Górniczemu powinno dotyczyć tego, czy na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów Pan W. D. uzyskując uprawnienia do wykonywania wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m mógł (a tym samym może teraz - mając na uwadze ww. art. 210 ust. 1 PGG) poszukiwać i rozpoznawać wody termalne, których dotyczy przecież przedmiot zamówienia w Postępowaniu.

3.9. Zamiast jednak pytania o treści jak wyżej, Zamawiający zadał pytanie o równoważność kwalifikacji do wykonywania czynności:

a) w wyższym dozorcze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w

celu wykorzystania ciepła Ziemi, oraz

b) kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500.

3.10. Na tak zadane pytanie Okręgowy Urząd Górniczy nie mógł udzielić odpowiedzi, że ww. kwalifikacje są równoważne, gdyż w rzeczywistości kwalifikacje te nie są równoważne. Pan W. D. - jako uprawniony do pełnienia czynności kierownika ruchu - posiada bowiem wyższe kwalifikacje niż wymagane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą uprawnioną do pełnienia czynności wyższego dozoru ruchu, podczas gdy Pan W. D. może realizować czynności kierownika ruchu, czyli osoby będącej w hierarchii uprawnień wyżej niż osoba wyższego dozoru ruchu.

3.11. Dla zobrazowania przedmiotowej hierarchii Odwołujący załącza artykuł dotyczący kwalifikacji kierownictwa i dozoru ruchu zawierający rysunek nr 2 przedstawiający Przykład hierarchii czynności kierownictwa i dozoru ruchu w odkrywkowym zakładzie górniczym. Z rysunku tego wynika jednoznacznie, że kierownik ruchu plasuje się na najwyższym szczeblu struktury organizacyjnej kierownictwa i dozoru ruchu w zakładzie.

DOWÓD: Artykuł Kwalifikacje kierownictwa i dozoru ruchu w odkrywkowych zakładach górniczych, mgr inż. Tadeusz Kaczmarek, Wyższy Urząd Górniczy „Bezpieczeństwo Pracy i Ochrona Środowiska w Górnictwie” (numer 10/2017) stanowiący Załącznik nr 7 do

niniejszego odwołania.

3.12. Zauważyć trzeba, że zgodnie z art. 53 ust. 1 pkt 1) lit. j) oraz pkt 2) lit. e) PGG w zw.

z art. 58 ust. 1 pkt 4) tiret 3 i pkt 8) lit. c) PGG, stwierdzenie posiadania kwalifikacji do wykonywania czynności:

a) kierownika i zastępcy kierownika ruchu zakładu w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi,

b) w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej, w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi,

następuje w drodze świadectwa wydanego przez dyrektora okręgowego urzędu górniczego.

3.13. Zarówno kwalifikacje wymagane przez Zamawiającego (punkt 3.12 lit. b) powyżej), jak i kwalifikacje posiadane przez Pana W. D. (punkt 3.12 lit. a) powyżej) stwierdzane są zatem w drodze świadectwa wydawanego przez ten sam organ - dyrektora okręgowego urzędu górniczego.

3.14. Ponadto - na dowód słuszności powyższej tezy dotyczącej wyższości kwalifikacji posiadanych przez kierownika ruchu - wystarczy odwołać się do Rozporządzenia w sprawie kwalifikacji z 2016 r. Przedmiotowe rozporządzenie utraciło wprawdzie moc z dniem 30 sierpnia 2020 r., jednak - jak dotąd - nie zostało zastąpione nowym rozporządzeniem .

3.15. Zgodnie z § 2 Rozporządzenia w sprawie kwalifikacji z 2016 r., szczegółowe wymagania dotyczące kwalifikacji w zakresie przygotowania zawodowego oraz w zakresie doświadczenia zawodowego, które są obowiązane posiadać osoby wykonujące czynności, o których mowa w art. 53 ust. 1 pkt 1-3 PGG, są określone w załączniku nr 1 do rozporządzenia.

3.16. Z Załącznika nr 1 do Rozporządzenia w sprawie kwalifikacji z 2016 r. - Część C pn. Otworowe zakłady górnicze oraz zakłady wykonujące roboty geologiczne, Tabela nr 2 Osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w zakładach wykonujących roboty geologiczne - Lp. 1 oraz Tabela nr 5 Osoby wykonujące czynności kierownika i zastępcy kierownika działu ruchu zakładu w zakładach wykonujących roboty geologiczne - Lp. 1 wynika, że:

- uzyskanie kwalifikacji przez kierownika ruchu wymaga odbycia praktyki zawodowej w zakresie obejmującym czynności w wyższym dozorze ruchu otworowego zakładu górniczego w specjalności górniczej lub zakładu wykonującego roboty geologiczne w specjalności wiertniczej,
- uzyskanie kwalifikacji przez osobę wykonującą czynności w wyższym dozorze ruchu wymaga odbycia praktyki zawodowej w zakresie obejmującym czynności w dozorze ruchu otworowego zakładu górniczego w specjalności górniczej albo zakładu wykonującego roboty geologiczne w specjalności wiertniczej.

Tabela nr 2. Osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w zakładach wykonujących roboty geologiczne

| Lp. | Specjalność | Tytuł zawodowy    | Zakres ukończonych studiów wyższych           | Zakres ukończonych studiów podyplomowych | Kwalifikacje zawodowe w zawodzie | Czas trwania praktyki zawodowej | Rodzaj wykonywanych czynności             |
|-----|-------------|-------------------|-----------------------------------------------|------------------------------------------|----------------------------------|---------------------------------|-------------------------------------------|
|     |             | magister inżynier | 1. górnictwo<br>2. wiertnictwo<br>3. geologia |                                          |                                  | 18 miesięcy                     |                                           |
|     |             | magister          | geologia                                      |                                          |                                  | 2 lata                          | praktyka                                  |
|     |             | inżynier          | 1. górnictwo<br>2. wiertnictwo<br>3. geologia |                                          |                                  | 30 miesięcy                     | zawodowa w zakresie obejmującym czynności |
|     |             | licencjat         | geologia                                      |                                          |                                  | 30 miesięcy                     |                                           |

|   |            |                                  |  |                                      |                                                                                                                                                                                                                                        |             |                                                                                                                     |
|---|------------|----------------------------------|--|--------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   |            | magister<br>inżynier<br>inżynier |  | górnictwo<br>otworowe<br>wiertnictwo |                                                                                                                                                                                                                                        | 30 miesięcy | w dozorze ruchu<br>otworowego<br>zakładu<br>górniczego                                                              |
| 1 | wiertnicza |                                  |  |                                      | kwalifikacje<br>zawodowe w<br>zawodach<br>dających<br>przygotowanie<br>do<br><br>pracy w<br>górnictwie<br>otworowym<br><br>lub<br><br>wiertnictwie,<br>określone w<br>klasyfikacji<br>zawodów<br>szkolnictwa<br>zawodowego<br><b>W</b> | 3 lata      | w specjalności<br>górnicznej albo<br>zakładu<br>wykonującego<br>roboty geologiczne<br>w specjalności<br>wiertniczej |
|   |            |                                  |  |                                      | grupie<br>"technicy i<br>inny średni<br>personel"                                                                                                                                                                                      |             |                                                                                                                     |

Tabela nr 5. Osoby wykonujące czynności kierownika i zastępcy kierownika działu ruchu zakładu w zakładach wykonujących roboty geologiczne

| Lp. | Dział      | Tytuł<br>zawodowy             | Zakres<br>ukończonych<br>studiów<br>wyższych | Zakres<br>ukończonych<br>studiów<br>podyplomowych | Kwalifikacje<br>zawodowe w<br>zawodzie | Czas<br>trwania<br>praktyki<br>zawodowej | Rodzaj<br>wykonywanych<br>czynności                                                                  |
|-----|------------|-------------------------------|----------------------------------------------|---------------------------------------------------|----------------------------------------|------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.  | wiertnicza | magister<br>inżynier          | 1. górnictwo<br>2. wiertnictwo               |                                                   |                                        | 12<br>miesięcy                           | praktyka<br><br>zawodowa w<br>zakresie<br>obejmującym<br><br>czynności w<br>wyższym<br>dozorze ruchu |
|     |            | inżynier                      | 1. górnictwo<br>2. wiertnictwo               |                                                   |                                        | 16<br>miesięcy                           |                                                                                                      |
|     |            | magister inżynier<br>inżynier |                                              | górnictwo<br>otworowe<br>wiertnictwo              |                                        | 18<br>miesięcy                           |                                                                                                      |

|  |  |  |  |  |                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                        |
|--|--|--|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  |  |  |  | kwalfikacje zawodowe w zawodach dających przygotowanie do<br><br>pracy w<br><br>górnictwie<br><br>otworowym<br><br>lub<br><br>wiertnictwie, określone w klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego w<br><br>grupie "technicy i inny średni personel" | otworowego zakładu górniczego w specjalności<br><br>górnictwej lub zakładu wykonującego roboty geologiczne w specjalności wiertnictwej |
|  |  |  |  |  |                                                                                                                                                                                                                                                       | 2 lata                                                                                                                                 |

3.17. Innymi słowy, jak wynika z powyższego, kierownik ruchu - aby uzyskać uprawnienia - zobowiązany jest legitymować się doświadczeniem w rzeczywistym wykonywaniu wyższego dozoru ruchu, a nie jedynie posiadać świadectwo uprawniające do wykonywania wyższego dozoru ruchu, dla którego wydania wystarcza praktyka w „zwykłym” dozorze ruchu. Oznacza to, że kierownik ruchu posiada praktyczne umiejętności w realizacji czynności, które są wymagane przez Zamawiającego.

3.18. Powyższe można porównać do sytuacji magistra i doktora - aby uzyskać tytuł doktora, należy najpierw uzyskać tytuł magistra. Nie sposób przy tym jednak przyjąć, że wymogu co do wyższego wykształcenia nie spełnia osoba posiadająca tytuł doktorski albo że tytuł doktorski można uzyskać bez wcześniejszego uzyskania tytułu magistra. Analogiczna sytuacja ma miejsce w Postępowaniu - aby uzyskać kwalifikacje kierownika ruchu, należy uprzednio posiadać praktykę w wyższym dozorze ruchu (a zatem i stosowne ku temu kwalifikacje). W tym sensie, kwalifikacje ruchu są kolejnym etapem w nabywaniu doświadczeń w stosunku do kwalifikacji dla wyższego dozoru ruchu. Także Pan W. D. najpierw uzyskał kwalifikacje do zatrudnienia na stanowisku osoby w wyższym dozorze ruchu (co nastąpiło w 1998 r.) a dopiero pod odbyciu niezbędnej praktyki uzyskał w 2002 r. kwalifikacje dla kierownika ruchu.

DOWÓD: Świadectwo z dnia 6 maja 2002 r. nr 0230/18/2002/EM (W. D.) stanowiące

Załącznik nr 5 do odwołania.

Świadectwo z dnia 31 sierpnia 1998 r. nr 0230/52/98 (W. D.) stanowiące Załącznik nr 6 do

niniejszego odwołania.

3.19. Skoro już wiadomo, że kwalifikacje kierownika ruchu są „wyższe” niż kwalifikacje osoby wykonującej czynności w wyższym dozorze ruchu, należy zastanowić się dodatkowo, czy rodzaj robót geologicznych objęty kwalifikacjami Pana D. pozostaje zgodny z wymaganiami SWZ.

3.20. Odnosząc się do powyższej kwestii Odwołujący wskazuje, że Pan D. uprawniony jest do wykonywania robót geologicznych służących poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych, jak wymaga tego Zamawiający.

3.21. Wody podziemne to m.in. wody termalne, stanowiące kopaliny (art. 5 ust.

1 PGG w zw. z art. 5 ust. 2 pkt 2) PGG).

3.22. Jak już wyżej wskazano, art. 210 ust. 1 PGG wprowadza zasadę kontynuacji, ciągłości nabytych uprawnień. Wobec powyższego, należy przeprowadzić analizę, co oznacza sformułowanie prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m.

3.23. Powyżej wyjaśniono już, że wody termalne w obecnie obowiązującej ustawie to kopaliny. Należy zatem sięgnąć do regulacji obowiązujących w dacie wydania Świadectwa, tj. w dniu 6 maja 2002 r. celem potwierdzenia, czy ówczesne kopaliny inne niż ropa i gaz ziemny obejmowały wody podziemne, a dokładnie wody termalne.

3.24. We wskazanej dacie obowiązywało Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 10 października 1994 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych oraz mierniczego górniczego i geologa górniczego. Rozporządzenie to zostało uchylone z dniem 1 lipca 2002 r. i zastąpione Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 11 czerwca 2002 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji.

3.25. W obu wskazanych powyżej rozporządzeniach poszukiwanie i rozpoznawanie kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m obejmuje poszukiwanie i rozpoznawanie wód termalnych.

3.26. Zgodnie z § 3 pkt 5) ww. rozporządzenia z dnia 10 października 1994 r., dla określenia wymagań przewidzianych do stwierdzenia kwalifikacji osób kierownictwa i dozoru ruchu oraz miernicznych górniczych i geologów górniczych ustala się następujące rodzaje zakładów górniczych:

1) (.),

5) zakłady górnicze wydobywające kopaliny otworami wiertniczymi.

3.27. Z kolei w § 3d ust. 1 i 2 tego samego rozporządzenia wskazano, że dla określenia wymagań przewidzianych do stwierdzania kwalifikacji osób kierownictwa i dozoru ruchu w zakładach górniczych wydobywających kopaliny otworami wiertniczymi, o których mowa w § 3 pkt 5, ustala się następujący wykaz rodzajów wykonywanych robót:

1) wydobywanie ropy naftowej i gazu ziemnego,

2) wydobywanie ropy naftowej i gazu ziemnego ze złóż w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej,

3) wydobywanie metanu z węgla kamiennego,

4) wydobywanie siarki rodzimej,

5) wydobywanie soli kamiennej,

6) wydobywanie solanek, wód leczniczych i termalnych.

Dla określenia wymagań przewidzianych do stwierdzania kwalifikacji osób kierownictwa i dozoru ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne, obejmujące roboty wykonywane w granicach obszaru górniczego utworzonego dla kopaliny podstawowej lub przy użyciu materiałów wybuchowych albo gdy projektowana głębokość wyrobiska przekracza 30 m, w tym również zakładach wykonujących takie prace geologiczne w obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej, ustala się następujący wykaz rodzajów robót:

1) wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania złóż ropy naftowej i gazu ziemnego,

2) wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania innych kopalin niż wymienione w pkt 1 do głębokości:

a) 500 m,

b) głębszych niż 500 m.

3.28. Jak wynika z powyższego, Pan W. D. - jako kierownik ruchu - uzyskał prawo wykonywania wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania innych kopalin niż ropa naftowa i gaz ziemny, czyli m.in. wód podziemnych (w tym wód termalnych), skoro wydobywanie tych wód zostało zakwalifikowane jako rodzaj robót wykonywanych w zakładach wydobywających kopaliny (por. ww. § 3d ust. 1 ww. rozporządzenia z 1994 r.).

3.29. W konsekwencji powyższego, bezsprzecznie Pan W. D. posiada kwalifikacje wymagane przez Zamawiającego, co przedstawia poniższa tabela podsumowująca argumentację prezentowaną przez Odwołującego:

Pan W. D. | Wymagania Zamawiającego

| Kierownik ruchu                                                                                           | Wyższy dozór ruchu                                                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Wody termalne, lecznicze, solanki                                                                         | Wody podziemne (czyli wody termalne, lecznicze i solanki)                                                       |
| wykonywanie wierceń w zakładach wykonujących prace geologiczne w ramach poszukiwania i rozpoznawania (..) | specjalność wiertnicza w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu (...) |

3.30. Przesądzający charakter w omawianej sprawie ma informacja pozyskana przez Odwołującego w dniu 6 czerwca 2022 r. z Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie. W jej treści wskazuje się, że odnosząc się do przedstawionego przypadku osoby, która uzyskała w 2002 kwalifikacje kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m, tutejszy organ nadzoru górniczego stoi na stanowisku, że może być ona zatrudniona jako osoba wyższego dozoru ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi.

3.31. Dodatkowo, w treści przywołanej informacji Okręgowy Urząd Górniczy odniósł się wprost do korespondencji prowadzonej z Zamawiającym (zob. punkt 3.8 - 3.10 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) wskazując, że odpowiedź przekazana Zamawiającemu była jedynie negatywną odpowiedzią na pytanie dotyczące równoważności uprawnień osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi z uprawnieniami kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa naftowa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 metrów. DOWÓD: Informacja z 6 czerwca 2022 r. z Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie pozyskana przez Odwołującego stanowiąca Załącznik nr 8 do odwołania.

3.32. Tym samym, nawet jeżeli by uznać (z czym Odwołujący się nie zgadza), że Zamawiający dopełnił obowiązku informacyjnego w zakresie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (punkt 2 treści uzasadnienia niniejszego odwołania), to i tak dokonana przez niego ocena kwalifikacji Pana W. D. była nieprawidłowa.

3.33. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji nie zaistniała w Postępowaniu okoliczność uzasadniająca unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20 czerwca br) wniósł o oddalenie odwołania i wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

(...)

Oferta Odwołującego była jedyną Ofertą, która została złożona w postępowaniu. Złożona oferta została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z uwagi na to, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący został poinformowany pismem z dnia czerwca 2022 r. Odwołujący Odwołaniem wniesionym w dniu 6 czerwca 2022 r. zaskarżył powyższą czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnieniu postępowania."

(...)

Ad I. Zarzut braku należytego uzasadnienia faktycznego Odrzucenia oferty Odwołującego

2. W ocenie Odwołującego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 1 czerwca 2022 r. zawierało jedynie lakoniczną informację o odrzuceniu Oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XVI pkt 2 pkt 2 lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako: „SWZ”), podczas gdy uzasadnienie o odrzuceniu Oferty powinno wskazywać jednoznacznie powody, dla których oferta wykonawcy podlegała Odrzuceniu. Zamawiający ustosunkowując się do powyższego zarzutu wskazuje w pierwszej kolejności, że Odwołujący w toku postępowania został kilkakrotnie wezwany zarówno do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak i wyjaśnienia ich treści, tj. odpowiednio w dniu:

1) 15 kwietnia 2022 r. (w aktach Postępowania);

2) 25 kwietnia 2022 r. oraz (w aktach Postępowania);

3) 4 maja 2022 r. (w aktach Postępowania)

O czym szerzej w dalszej części odwołania stanowiącej ustosunkowanie się do zarzutu ewentualnego, która stanowi również immanentną część uzasadnienia dla odpowiedzi na zarzut nr I

W ramach złożonych podmiotowych Środków dowodowych i wyjaśnień Odwołujący miał m.in. wykazać, że zgodnie z zapisami SWZ, a dokładnie rozdziałem XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c), w zakresie nadzoru wiertniczego dysponuje minimum 1 osobą posiadającą kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021 r., poz. 1420)), posiadającą Świadectwo (wydane przez Okręgowy urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadane doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 1 czerwca 2022 r. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym przywołał okoliczności związane z kilkukrotnym wzywaniem Odwołującego do złożenia podmiotowych Środków dowodowych i wyjaśnień ich treści, w szczególności w zakresie dotyczącym kwalifikacji i uprawnień posiadanych przez Pana W. D., który zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego uzupełnionym wykazem osób miał pełnić funkcję nadzoru wiertniczego. W uzasadnieniu zawiadomienia wskazane zostało wyraźnie, że badanie przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wykazało, że Odwołujący nie dysponuje osobą, o której mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ. Zamawiający nie ograniczył się zatem jedynie do wskazania, że Odwołujący nie spełnia wymagań SWZ. Na szczególną uwagę - w ocenie Zamawiającego - zasługuje również fakt, że przepisy Ustawy nie określają w jakim stopniu konieczne jest szczegółowe uzasadnienie faktyczne decyzji (por. wyrok KIO 2741/21).

W ocenie Zamawiającego z uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia wyraźnie wynikało, dlaczego w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego podmiotowe Środki dowodowe oraz wyjaśnienia nie dawały podstaw do uznania, że wskazana przez Odwołującego osoba mająca pełnić nadzór wiertniczy — Pan W. D., posiada kwalifikacje i uprawnienia zgodne z wymaganiami Zamawiającego sprecyzowanymi w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, tj. że nie jest to w ocenie Zamawiającego osoba, która może pełnić nadzór wiertniczy w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi.

3. Dla potwierdzenia, że treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia nie była dla Odwołującego zbyt lakoniczna wskazać należy na pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego w dniu 2.06.2022 r. — wniosek o przekazanie dokumentacji przetargowej (w aktach Postępowania), w którym to już Odwołujący powołuje się wprost na prowadzoną przez Zamawiającego korespondencję z Urzędem Górniczym w Warszawie, o której nie mógł mieć wiedzy z uwagi na to, że korespondencja ta nie była nigdzie, ani nikomu ujawniana. Zamawiający nie umieszczał również w toku postępowania żadnych informacji zarówno na temat prowadzenia takiej korespondencji, jak i samego wystąpienia z zapytaniem do Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie. Odwołujący zatem na podstawie treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania musiał być świadomy powodów, dla których Zamawiający uznał, że wskazana przez niego osoba (Pan W. D.) nie posiada wymaganych kwalifikacji i uprawnień do pełnienia funkcji nadzoru wiertniczego. Odwołujący musiał być również świadomy tego, że chodzi dokładnie o tę osobę.

W ocenie Zamawiającego również sama treść uzasadnienia zarzutu ewentualnego pozwala sugerować, że treść uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie była lakoniczna i umożliwiała Odwołującemu wniesienie odwołania, podnoszenie zarzutów, a także ustosunkowanie się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego przyczyn odrzucenia Oferty Odwołującego i stwierdzenia, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 1 czerwca 2022 r. nie miała negatywnego wpływu na możliwość prezentacji argumentacji przez Odwołującego. Zamawiający nie ujawnia - również na obecnym etapie - żadnych innych powodów unieważnienia postępowania, które nie zostały podane w ramach okoliczności będących podstawą kwestionowanej czynności, a czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego nie nosiła znamion uznaniowości. Wobec powyższego

uznać należy, że Zamawiający zrealizował obowiązki wynikające z treści art. 260 ust. 1 Ustawy, co powinno skutkować oddaleniem przedmiotowego zarzutu (por. wyrok KIO 1343/21).

Ad II. Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji unieważnienia postępowania

4. Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych w zw. z przepisami Prawa geologicznego i górniczego oraz aktów wykonawczych odrzucenie Oferty, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji unieważnienie postępowania i kwestionuje również tę czynność. W ocenie Odwołującego spełniał on wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, w tym również warunek Określony przez Zamawiającego w Rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ (Nadzór wiertniczy). Odwołujący podnosi, że dysponował osobą, która: (i) posiadała kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorroze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami Prawa geologicznego i górniczego); (ii) posiadała Świadectwo (wydane przez Okręgowy urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje Oraz (iii) posiadała doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego 0 głębokości minimum 1 500 m p.p.t. W konsekwencji powyższego, w Ocenie Odwołującego, złożona przez niego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu Zamawiający podnosi, jak to już zostało wskazane wyżej, że Odwołujący został kilkakrotnie wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a także wyjaśnienia ich treści m.in. w zakresie dotyczącym kwalifikacji i uprawnień posiadanych przez Pana W. D., który zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego uzupełnionym wykazem osób miał pełnić funkcję nadzoru wiertniczego.

5. Pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r. Odwołujący wezwany został do złożenia podmiotowych Środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SWZ w terminie do dnia 22 kwietnia 2022 r. W celu potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, Zamawiający zażądał przedłożenia m.in. wykazu osób, skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności Odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Odwołujący nie złożył żądanych przez Zamawiającego podmiotowych Środków dowodowych w wyznaczonym terminie.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r., po raz kolejny wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 29 kwietnia 2022 r., w tym również do złożenia wykazu osób, skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia publicznego, W szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył w dniu 29 kwietnia 2022 r. m.in. żądany przez Zamawiającego wykaz osób, o którym mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 SWZ.

Przedłożony wykaz osób nie zawierał jednak, w ocenie Zamawiającego, wystarczających informacji potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. Z uwagi na powyższe pismem z dnia 4 maja 2022 r. Odwołujący wezwany został przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści podmiotowych Środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w terminie do dnia 9 maja 2022 r. Zamawiający wskazał wyraźnie w wezwaniu, że z przedłożonego przez Odwołującego wykazu osób, nie wynika wprost, iż osoby te posiadają wymagane kwalifikacje i uprawnienia, w tym m.in. osoba wskazana w kolumnie 2 wykazu osób mająca pełnić funkcję nadzoru wiertniczego — W. D. . Odwołujący wezwany został m.in. do wyjaśnienia, czy wskazane w wykazie Osoby, w tym W. D., posiadają wymagane uprawnienia i kwalifikacje.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący w dniu 9 maja 2022 r., przedłożył uzupełniony

wykaz osób, o których mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 SWZ ograniczając się wyłącznie nie do wskazania w kolumnie 2. „określenie posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego”, że wskazany tam W. D. legitymuje się świadectwem nr 023018/2002 EM stwierdzającym kwalifikację do zatrudnienia na stanowisku kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m wydane przez Urząd Górniczy w Warszawie. Poza powyższym Odwołujący nie złożył w tym zakresie bardziej szczegółowych wyjaśnień, co na przykład uczynił już w treści odwołania.

Odwołujący nie przedłożył również świadectw uzyskanych przez Pana W. D. potwierdzających posiadane przez niego kwalifikacje i uprawnienia, co również uczynił

dopiero na etapie wnoszenia odwołania. w ocenie Zamawiającego złożone na tym etapie

wyjaśnienia winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi m.in. w SWZ. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, ponieważ na podstawie złożonych wyjaśnień, Zamawiający dokonywać miał oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego efektem składanych wyjaśnień powinno być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Podkreślić trzeba, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością Odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie przedłożył również dowodów potwierdzających doświadczenie w

nadzorowaniu prac wiertniczych opisanych w SWZ.

6. Z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w dalszym ciągu budziły wątpliwości, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 Ustawy zwrócił się bezpośrednio do Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie, jako do podmiotu, który w ocenie Zamawiającego był w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym

zakresie dla Oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Uzyskane od Okręgowego Urzędu Górniczego informacje miały stanowić dla Zamawiającego podstawę do pozytywnej, bądź negatywnej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uzależnił zatem bądź negatywną ocenę przedłożonych przez Odwołującego dokumentów od informacji uzyskanych od takiego podmiotu. W Odpowiedzi na pismo Zamawiającego Okręgowy Urząd Górniczy w Warszawie wskazał w pierwszej kolejności, że kwalifikacje kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m nie są równoważne z kwalifikacjami uzyskanymi w trybie aktualnie obowiązującego stanu prawnego - do wykonywania czynności w wyższym dozoru ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi. Okręgowy Urząd Górniczy w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego wskazał również, że to nie poziom dozoru ruchu (osoba wyższego dozoru a kierownik ruchu) ma największe znaczenie, a rozróżnienie rodzajów zakładów wykonujących roboty geologiczne, które zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze tj. z dnia 2022.05.20) (dalej jako: „Prawo geologiczne i górnicze”) dzielą się na zakłady geologiczne wykonujące roboty geologiczne:

- a) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż węglowodorów;
- b) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne będące kopalinami;
- c) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi oraz;
- d) w ramach poszukiwania i rozpoznania kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla.

Zgodnie z informacją udzieloną przez Okręgowy urząd Górniczy „zakłady wykonujące prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m” odpowiadają w aktualnie obowiązującym stanie prawnym „zakładom wykonującym roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne

będące kopalinami (wody termalne, lecznicze). Dla lepszego zobrazowania Zamawiający przedstawia w tabeli poniżej jakiemu rodzajowi zakładu wykonującego prace geologiczne odpowiada zakład, w którym osoba wskazana przez Odwołującego mogła wykonywać nadzór wiertniczy na gruncie ustawy Prawo geologiczne i górnicze Obowiązującej w dacie otrzymania Świadectwa, zakład, w którym osoba wskazana przez Odwołującego może wykonywać nadzór wiertniczy na gruncie ustawy Prawo geologiczne i górnicze obowiązującej w dacie udzielania zamówienia oraz rodzaj zakładu określony w wymaganiach Zamawiającego w Rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ.

Tabela 1

| Rodzaj zakładu na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze obowiązującej w dacie wydania Świadectwa                                       | Rodzaj zakładu na gruncie obecnie Obowiązującej ustawy z dnia 9 czerwca 2022 r. prawo geologiczne i górnicze                                                                      | Rodzaj zakładu określony w wymaganiach Zamawiającego zgodnie z rozdziałem XVI pkt 2 ppkt 2 swz                                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Zakład wykonujący prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m. | Zakład wykonujący roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne będące kopalinami (wody termalne, lecznicze). | Zakład wykonujący roboty geologiczne poszukiwaniu lub rozpoznawaniu podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi. |

7. Jak wynika z powyższego, posiadane przez wskazaną przez Odwołującego osobę kwalifikacje do pełnienia nadzoru wiertniczego w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m nie są tożsame z kwalifikacjami do pełnienia nadzoru wiertniczego w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi. Wręcz przeciwnie posiadane przez wskazaną przez Odwołującego osobę kwalifikacje uprawniają ją co najwyżej do pełnienia nadzoru w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne będące kopalinami (wody termalne, lecznicze) i tym samym wykluczają możliwość pełnienia przez tę osobę nadzoru wiertniczego w zakładach wskazanych przez Zamawiającego w SWZ, tj. zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi.

W tym miejscu wskazać należy również, że w powoływanym przez Odwołującego piśmie Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2022 r. urząd ten odpowiadając na zadane przez Odwołującego pytanie nie wskazuje, tak jak to uczynił w piśmie adresowanym do Zamawiającego, na różnice pomiędzy zakładami wykonującymi roboty geologiczne wprowadzone na gruncie ustaw, 'Prawo geologiczne i górnicze. W tym zakresie uznać należy, że pismo urzędu z dnia 6 czerwca 2022 r. również nie stanowi odpowiedzi na powstałe w toku badania i analizowania składanych przez Odwołującego wyjaśnień wątpliwości.

8. Wobec powstałych wątpliwości Zamawiający podjął również kroki w celu ustalenia we własnym zakresie jakie dokładnie kwalifikacje posiada wskazana przez Odwołującego osoba — Pan W. D. . Z informacji umieszczonych na stronie Wyższego Urzędu Górniczego wynika, że Pan W. D. uzyskał w roku 2017 stwierdzenie kwalifikacji do wykonywania czynności kierownictwa i dozoru ruchu w Okręgowym Urzędzie Górniczym w Warszawie w zakresie kierownika ruchu w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż węglowodorów, co tym bardziej nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego SWZ w stosunku do Osoby mającej pełnić funkcję nadzoru wiertniczego w wykonywaniu Otworu badawczego w celu ujęcia wód termalnych. Zamawiający przedkłada powoływany wykaz w załączeniu do niniejszej Odpowiedzi. Zamawiający podziela w tym zakresie stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia KIO 28/22, że ocena spełniania przez wykonawcę ustanowionych przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu winna być oceniana ściśle według reguł, zasad wyartykułowanych przez zamawiającego w postanowieniach SWZ i to tak co do odczytywania samych warunków, jak i sposobu wykazywania ich spełniania, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja Opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia

warunku udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO 1299/21).

9. Jak to już zostało wskazane powyżej złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w dniu 9 maja 2022 r. poprzez uzupełnienie wykazu Osób o treść udzielonego panu W. D. świadectwa nie były dla Zamawiającego wystarczające do uznania, że Osoba ta spełnia i posiada wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje i uprawnienia. Jak wynika z samej treści odwołania, Odwołujący dostrzega co najmniej trzy płaszczyzny, na których Zamawiający mógł mieć wątpliwości, co do spełniania i posiadania przez Pana W. D. wymaganych kwalifikacji i uprawnień (str. 11 odwołania). Odwołujący jednocześnie bardzo dokładnie wyjaśnia w treści odwołania, że wskazana przez niego osoba — Pan W. D., posiadała wymagane przez Zamawiającego uprawnienia i kwalifikacje. Odwołujący rozpisuje się m.in. na temat: (i) daty uzyskania kwalifikacji przez Pana W. D. i ich aktualności w związku z zastąpieniem przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze przepisami ustawy z dnia 1 stycznia 2012 r.; (ii) poziomu kwalifikacji określonych w świadectwie Pana W. D., a wymaganych przez Zamawiającego w związku ze zmianą nomenklatury C2y; (iii) rodzaju robót geologicznych, do których wykonywania uprawnia Świadectwo Pana W. D. . W ocenie Zamawiającego tak szczegółowe wyjaśnienia we wskazanych powyżej kwestiach powinny zostać złożone przez Odwołującego już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dopiero na etapie odwołania z uwagi na to, że

to na Odwołującym spoczywał obowiązek podania wszelkich konkretnych informacji

wskazujących na posiadane przez niego lub wskazywane przez niego Osoby wiedzę i doświadczenie.

W Ocenie Zamawiającego to właśnie na wykonawcy (Odwołującym), jako profesjonalście, do którego stosować należy podwyższony miernik należytej staranności spoczywa obowiązek udzielenia wyczerpujących wyjaśnień. Nie jest konieczne sugerowanie

wykonawcy w zadawanym pytaniu jakiej odpowiedzi Zamawiający oczekuje. Wykonawca na pytanie Zamawiającego winien udzielić odpowiedzi pełnej, umożliwiającej Zamawiającemu

zweryfikowanie oferty, a nie odpowiedzi lakonicznej stanowiącej przytoczenie treści

uzyskanego przez wskazaną osobę Świadectwa, które w dalszym ciągu nie rozwiewało

wątpliwości Zamawiającego. Wskazać należy również, że Zamawiający nie ma obowiązku

kilkukrotnego kierowania do wykonawcy pytań o te same kwestie, wręcz przeciwnie to na

wykonawcy spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności w wyjaśnianiu wątpliwości. Wykonawca udzielając już pierwszych wyjaśnień winien przedstawić Zamawiającemu żądane informacje. Dlatego też zarzut zaniechania kolejnego wezwania do wyjaśnień należy uznać za bezpodstawny. W takiej sytuacji podmiot, który należycie dba o swoje interesy,

powinien wystosować pismo ze wskazaniem okoliczności potwierdzających fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż w braku jakiegokolwiek reakcji zamawiający może

podjąć decyzję o wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania (por. wyrok KIO 3536/21). Wskazać należy ponadto, że wzorzec należytej staranności wymaga od wykonawcy, który

składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby posiadał wiedzę w zakresie, jaki niezbędny

jest do złożenia właściwych dokumentów w toku postępowania (por. wyrok KIO 91/20).

Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego był zainteresowany zbadaniem złożonej

oferty i wystosował do Odwołującego zapytanie o wyjaśnienie ujawnionych w toku analizy przedłożonych środków dowodowych wątpliwości, wyjaśnienia Odwołującego jednak jak to

już zostało wskazane wyżej nie były na tyle wystarczające, o ile w ogóle, do stwierdzenia, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu.

Zamawiający wskazuje również, że zawarte w treści uzasadnienia odwołania Okoliczności

mające na celu wykazanie, że Pan W. D. spełniał stawiane mu przez Zamawiającego wymagania, w dalszym ciągu w jego ocenie nie wskazują na to, że Pan W. D. jest uprawniony do sprawowania nadzoru wiertniczego przy robotach geologicznych służących poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi. Powoływanie się przez Odwołującego na nieobowiązujące już akty prawne czy nieistniejące jednostki redakcyjne (np. 3d ust. 1 i 2 przywoływanego rozporządzenia z 10 października 1994 r.) również nie jest w Ocenie Zamawiającego miarodajne do wykazania,

że Pan W. D. posiada niezbędne kwalifikacje i uprawnienia.

10. Należy także przychylić się do tezy, Zgodnie z którą zamawiający może żądać uzupełnienia dokumentu z tej samej przyczyny tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyr. KIO (....) KIO 282/22, KIO 211/22, KIO 2348/21, KIO 2100/21, publ. Legalis). W przeciwnym bowiem razie istniałoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania, co miałoby oczywisty negatywny wpływ na wydatkowanie środków publicznych oraz godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie braków. Ponowne wezwanie odwołującego do uzupełnienia bądź poprawienia dokumentu premiowałoby również w sposób nieuzasadniony wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku pomimo wcześniejszego wezwania. Za ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy również pogląd, że brak jest podstaw do ponownego wezwania w sytuacji, gdy uzupełnione dokumenty nie potwierdziły spełniania warunku udziału w postępowaniu.

11. Zamawiający podkreśla również, że postanowienia SWZ są wiążące zarówno dla niego samego, jak i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Istniejące ewentualne wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w nich postanowień powinny być wyjaśniane przed terminem składania ofert. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie wymagań zawartych w Rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c), co mogłoby umożliwić Odwołującemu ocenę czy wskazywana przez niego osoba spełnia stawiane przez Zamawiającego wymagania i czy wskazane tam pojęcia są rozumiane przez Zamawiającego i Wykonawcę w ten sam sposób. Odwołujący jednak nie zwrócił się do Zamawiającego z taką prośbą, co pozwalało przyjmować, że warunek ten jest dla Odwołującego jasny i zrozumiały. W tym miejscu Zamawiający zwraca również uwagę, że wymagania dotyczące osoby mającej pełnić nadzór wiertniczy sformułowane zostały przez Zamawiającego w SWZ w oparciu o przepisy Prawa geologicznego i górniczego i wprowadzone tam rozróżnienie zakładów wykonujących roboty geologiczne w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Interpretacja zapisów SWZ w tym zakresie nie pozwalała w ocenie Zamawiającego na ustalenie przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych, że ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych w przepisami i właściwymi normami rozwiązań. Na określenie warunków udziału w postępowaniu miała również wpływ sama specyfika prowadzonego postępowania, które miało na celu wyłonienie inżyniera projektu przy realizacji robót służących poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi. Istotnym w ocenie Zamawiającego jest również to, że wykonawca powinien literalnie spełniać warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania czy wskazywane przez wykonawcę kwalifikacje są równoważne z innymi. W przypadku wyboru oferty, której weryfikacja polegałaby na przypuszczeniach Zamawiającego lub bezpodstawnym zaliczeniu deklarowanych kwalifikacji pod inne mogące nie spełniać określonych przez Zamawiającego warunków, mogłoby to skutkować naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. W przypadku wskazania w warunkach zamówienia innego jeszcze rodzaju zakładu wykonującego roboty geologiczne, niż zakład wykonujący roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi

niewykluczone, że oferty mogłoby zostać złożone przez więcej podmiotów, spełniających również i ten warunek. Jak wynika powyższego, Zamawiający nie mógł dokonywać swobodnej interpretacji spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie dotyczącym kwalifikacji i uprawnień posiadanych przez Pana W. D., który zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego uzupełnionym wykazem osób miał pełnić funkcję nadzoru wiertniczego.

12. W ocenie Zamawiającego brak możliwości rzeczywistego zweryfikowania posiadanych przez Odwołującego zasobów na podstawie składanych przez niego wyjaśnień w pełni uzasadniał podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że Odwołujący nie spełniał postawionego warunku udziału w Postępowaniu. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie tylko nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale też nie przedłożył podmiotowego Środka dowodowego, z którego spełnianie tego warunku mogłoby wynikać. Nie można w ocenie Zamawiającego uznać za prawidłowe wykazanie warunku udziału lub przedłożenie prawidłowego podmiotowego Środka dowodowego, w którym Odwołujący powtarza jedynie treść świadectwa uzyskanego przez wskazywaną przez niego osobę. Przekazane Zamawiającemu dokumenty, a nawet dodatkowe wyjaśnienia, nie pozwoliły Zamawiającemu ocenić i potwierdzić spełniania warunku Określonego w Rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ. Odwołujący nie wykazał w dokumentach przekazanych Zamawiającemu, ani w kolejnych wyjaśnieniach, że spełnia wymagany w SWZ warunek dysponowania określoną osobą z określonymi uprawnieniami i kwalifikacjami. Skoro uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy wykaz nie zawierał adekwatnych i wystarczających informacji dla pozytywnego zweryfikowania spełniania przez

Odwołującego warunku udziału, Zamawiający w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy zdecydował o odrzuceniu Oferty (por. wyrok KIO 1299/21). Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy zamawiający Odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy Czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to również sytuację niewykazania spełnienia tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 Prawa Zamówień publicznych (por. wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn.

KIO 3511/21). W ocenie Zamawiającego sama procedura uzupełniania Środków dowodowych i wyjaśniania ich treści doprowadziła do oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, które jednak W połączeniu z informacjami uzyskani od Okręgowego Urzędu Górniczego w trybie art. 128 ust. 5 Ustawy, nie pozwalały na stwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

13. Zamawiający podkreśla również, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu — obowiązujące regulacje prawne Są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Jednocześnie właśnie te określone ustawą zasady stanowią gwarancję udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak również pozwalają na ocenę czynności podmiotów biorących udział w postępowaniu stawiając wszystkie podmioty w równej sytuacji. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy — to Odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która zostaje oceniona niezgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego, które to sobie sam zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania (por. wyrok KIO 1862/21).

14. Zamawiający wskazuje również, że do oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, możliwości wyboru jego Oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji jej odrzuceniu podchodził ze szczególną ostrożnością także z uwagi na dofinansowanie przedmiotu zamówienia ze Środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach programu priorytetowego nr 2.10 „Racjonalne gospodarowanie odpadami i ochrona powierzchni ziemi. Udostępnianie wód termalnych w Polsce”. Wybór przez Zamawiającego Oferty Odwołującego, która mogłaby zostać uznana przez podmiot dotujący za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu skutkowałaby nałożeniem na Zamawiającego korekt zobowiązujących do zwrotu nawet całości wypłaconych środków, bez których realizacja przedmiotu zamówienia nie byłaby możliwa.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu dotyczą okoliczności wskazanych w Zawiadomieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, którego

przedmiotem jest „Pełnienie funkcji Inżyniera Projektu przy realizacji inwestycji pn.: „Wykonanie otworu badawczego Głuszycy GT-I w celu ujęcia wód termalnych w miejscowości Głuszycy”. ” W tym piśmie Zamawiający podaje: (.) Gmina Głuszycy, działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, dalej „PZP”, zawiadamia o unieważnieniu ww. postępowania”. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał:

„W ramach przedmiotowego postępowania została złożona oferta firmy: Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, która podlega odrzuceniu. Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP, pismem z dnia 15.04.2022 r., wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z uwagi, iż w terminie wyznaczonym, wykonawca nie przedłożył wymaganych dokumentów i oświadczeń,

zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, wezwał ponownie wykonawcę do ich złożenia. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przedłożył wymagane dokumenty i oświadczenia. W toku ich badania, zamawiający, zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu osób, z którego wprost nie wynikało, iż osoby te, posiadają wymagane kwalifikacje i uprawnienia oraz brak było osób, które miałyby pełnić funkcję dozoru geologicznego. Wykonawca, przedłożył wykaz z uzupełnionymi danymi. Badanie przedmiotowego wykazu osób wskazało, iż wykonawca nie dysponuje osobą, o której mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 lit. C tj. minimum 1 osoba posiadająca kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorcze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021r., poz. 1420), posiadająca świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadająca doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.

Wobec powyższego, wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, przez co jego oferta podlega odrzuceniu”. W ostatnim akapicie oznaczonym jako uzasadnienie prawne wskazał: „Podstawą prawną unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest art. 255 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, który stanowi: zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.”

W odpowiedzi na odwołanie (pkt II.4) Zamawiający stwierdził, że Odwołujący był kilkakrotnie wzywany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a także wyjaśnienia ich treści m.in. w zakresie dotyczącym kwalifikacji i uprawnień posiadanych przez Pana W. D., który zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego uzupełnionym wykazem osób miał pełnić funkcję nadzoru wiertniczego. To twierdzenie, co do kilkakrotnych wezwań o wyjaśnienia jest niezgodne ze stanem faktycznym tej sprawy. Do wykonawcy w istocie skierowane zostały 3 wezwania. Ale jak przyznał Zamawiający (pkt II.5) wezwanie z dnia 15 kwietnia 2022 r. dotyczyło złożenia (na podstawie art. 274 ust.1 Pzp i w terminie do dnia 22 kwietnia 2022 r.) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SWZ Odwołujący w tym przypadku nie złożył żądanych środków w wyznaczonym terminie i stąd drugie wezwanie z dnia 25 kwietnia 2022 r., tym razem na podstawie art. 128 ust.1 Pzp z terminem do dnia 29 kwietnia 2022r., które dotyczyło podobnie (jak poprzednie) złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym również do złożenia wykazu osób, skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia publicznego Niewątpliwie - tak jak twierdził Odwołujący - tylko trzecie wezwanie z dnia 4 maja 2022 r. oparte na art. 128 ust.4 Pzp dotyczyło wezwania do wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych. W tym wezwaniu Zamawiający wskazał:

(...)

(...) na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11.09.2019 wzywa wykonawcę, do

wyjaśnienia treści złożonych n/w podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w terminie do 9.05.2022 r.

Zgodnie z SWZ, wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu miał wykazać, że dysponuje następującymi osobami:

a) Nadzór geologiczny - minimum 1 osoba posiadająca kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w zakresie IV kategorii (zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021 r., poz. 1420), posiadająca świadectwo (wydane przez Ministra Środowiska) potwierdzające

wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji nadzoru geologicznego podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.

b) Dozór geologiczny — minimum 4 osoby — wszystkie osoby posiadają kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w zakresie IV lub XIII kategorii, posiadać świadectwo (wydane przez Ministra Środowiska lub właściwego

marszałka województwa) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje. Każda z osób musi posiadać doświadczenie w sprawowaniu dozoru geologicznego podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.

c) Nadzór wiertniczy - minimum 1 osoba posiadająca kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorcze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021 r., poz. 1420), posiadająca świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadająca doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.

Ze złożonego przez Wykonawcę wykazu osób, nie wynika wprost, iż osoby te, posiadają wymagane kwalifikacje i uprawnienia (kolumna 2 „określenie posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego”), nadto w przedmiotowym wykazie (kolumna 3 „zakres wykonywanych przez te osoby czynności”) brak jest osób, które miała by pełnić funkcję dozoru geologicznego. Proszę o wyjaśnienie, czy osoby wskazane w wykazie posiadają wymagane uprawnienia i kwalifikacje oraz wskazanie, czy w przedłożonym wykazie są osoby, które mają pełnić funkcję dozoru geologicznego”. W pouczeniu zawarł postanowienia SWZ odnoszące się do kwestii formalnych (formy dokumentu, sposobu jego przekazania oraz innych m.in. podanych w rozdziale XX SWZ).

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 kwietnia br Odwołujący w dniu 29 kwietnia 2022 r. złożył m.in. żądany Wykaz osób, o którym mowa w rozdziale XVI pkt 2 ppkt 2 SWZ i, który nie zawierał jak podał Zamawiający (w jego ocenie) wystarczających informacji potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. Stąd wskazane wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 4 maja 2022 r.

Wymieniony Wykaz - według formularza SWZ (zał. nr 2) miał zawierać następujące informacje:

| Lp. | Imię i nazwisko osoby posiadającej wymagane uprawnienia | Określenie posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego | Zakres wykonywanych przez te osoby czynności | Informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami |
|-----|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
|-----|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------|

Wykaz z dnia 29 kwietnia br obejmował - zakresie objętym wezwaniem - następujące informacje:

| Lp. | Imię i nazwisko osoby posiadającej wymagane uprawnienia | Określenie posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego | Zakres wykonywanych przez te osoby czynności                                                                                                             |
|-----|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.  | J. K.                                                   | IV-0308                                                                          | Pełnienie funkcji nadzoru geologicznego podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o gł. Min 1 500 m p.p.t.: Tomaszów Mazowiecki GT-1 1672,0 m |
| 2.  | W. D.                                                   | Świadectwo nr 0230/18/2002/EMOUG Warszawa                                        | Pełnienie nadzoru prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o gł. min. 1 500 m. p.p.t.: Sochaczew GT-1 1540,0               |
| 3.  | J. W.                                                   | XIII-023 MAZ IV-0458                                                             | Nadzorowanie prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.: Wręcza GT-1 1688,0 m            |

|    |       |                 |                                                                                                                                                  |
|----|-------|-----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4. | P. B. | XIII-027 MAZ    | Nadzorowanie prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.: Jachranka GT-1 1780,0 m |
| 5. | P. M. | XI-0229 IV-0443 | Nadzorowanie prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.: Piaseczno GT-1 1911,0   |
| 6. | P. G. | XIII-023 DOL    | Nadzorowanie prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.: Jachranka GT-1 1780,0   |

Wykonawca w dniu 9 maja 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 maja 2022 r. złożył Wykaz osób uzupełniając obok numerów świadectw - w odniesieniu do każdej ze wskazanych osób - o opis kwalifikacji. W przypadku p. D. w l.p. 2 podana została m.in. w kol. 3 następująca informacja:

|    |       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                            |
|----|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2. | W. D. | Świadectwo nr 0230/18/2002/EM<br><br>stwierdzające kwalifikację do zatrudnienia na stanowisku kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy w Warszawie | Pełnienie nadzoru prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o gł. min. 1 500 m. p.p.t.: Sochaczew GT-1 1540,0 |
|----|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Wykonawca zatem zastosował się do wezwania i opisy obok Świadectw uzupełniały wymagane w kolumnie 3 „Określenie posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego”. Izba zauważa, że w zakresie wszystkich pozycji wykonawca zawarł podobny sposób opisu do każdego z kandydatów, natomiast Zamawiający w związku z art. 128 ust. 5 Pzp - poddał procedurze wyjaśnień tylko kandydaturę p. D. (pozycja 2) kierując zapytanie ogólne do Okręgowego Urzędu Górniczego w Warszawie (OUG).

Zdaniem Izby w tym stanie faktycznym skierowanie uprzednio skonkretyzowanego

zapytania do wykonawcy, co do tego kandydata przed skorzystaniem z uprawnienia do wezwania na podstawie art. 128 ust.5 ustawy Pzp skierowanego do OUG lub równolegle do wykonawcy odnośnie tego kandydata nie naruszałoby przepisów ustawy Pzp. W tym bowiem stanie faktycznym Zamawiający nie kierowałby kilkakrotnie do wykonawcy pytania o te same kwestie. Wezwanie z dnia 4 maja br nie dotyczyło bowiem p. D. tylko ogólnie kandydatów na stanowiska nadzoru: Nadzór geologiczny, Dozór geologiczny i Nadzór wiertniczy i w tym wezwaniu nie wskazuje się, jakich konkretnie wątpliwości miałyby dotyczyć wyjaśnienie. Wykonawca - kierując się postanowieniami SWZ - uzupełnił Wykaz i jak wynika z ustaleń tylko wobec p. D. nie rozwił wątpliwości. Izba zwraca uwagę, że wezwanie do wyjaśnień nie dotyczyło - jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - oczekiwanych przez niego świadectw.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający formułuje na czym polegały jego wątpliwości dopiero w odpowiedzi na odwołanie. M.in. w punkcie 12 podaje: (.), że

wymagania dotyczące osoby mającej pełnić nadzór wiertniczy sformułowane zostały przez Zamawiającego w SWZ w oparciu o przepisy Prawa geologicznego i górniczego i wprowadzone tam rozróżnienie zakładów wykonujących roboty geologiczne w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Interpretacja zapisów SWZ w tym zakresie nie pozwalała w ocenie Zamawiającego na ustalenie przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych, że ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych w przepisami i właściwymi normami rozwiązań. Na określenie warunków udziału w postępowaniu miała również wpływ sama specyfika prowadzonego postępowania, które miało na celu wyłonienie inżyniera projektu przy realizacji robót służących poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub

wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi”.

Izba także zgodziła się z Odwołującym, że również w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał, na czym oparł tę decyzję uznając, że „Badanie przedmiotowego wykazu osób wskazało, iż wykonawca nie dysponuje osobą, o której mowa w rozdziale XVI pkt 2 pkt 2 lit. C tj. minimum 1 osoba posiadająca kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi (zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2021r., poz. 1420), posiadająca świadectwo (wydane przez Okręgowy Urząd Górniczy) potwierdzające wyżej wymagane kwalifikacje oraz posiadająca doświadczenie w nadzorowaniu prac wiertniczych podczas wiercenia co najmniej 1 otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.”

Izba także zwraca uwagę, że w piśmie z dnia 25 maja 2022 r. powołanym przez zamawiającego, Okręgowy Urząd Górniczy odnosi się do ogólnego zapytania: „W związku z

postępowaniem prowadzonym przez Gminę Głuszyca dotyczącym pełnienia funkcji Inżyniera Projektu przy realizacji inwestycji pn.: „Wykonanie otworu badawczego GT-I w celu ujęcia wód termalnych w miejscowości Głuszyca” zwracam się z uprzejmą prośbą o potwierdzenie

czy kwalifikacje do wykonywania czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi są równoważne z kwalifikacjami do zatrudnienia na stanowisku kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m”. W odpowiedzi UOG wskazuje na art. 58 ustawy Prawo geologiczne i górnicze i podaje, że ten przepis „rozdziela 4 rodzaje zakładów wykonujących roboty geologiczne: a) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż węglowodorów, b) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne będące kopalinami, c) służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi, d) w ramach poszukiwania i rozpoznawania kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla. Kwalifikacje kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 metrów nie są równoważne z kwalifikacjami uzyskanymi w trybie aktualnie obowiązującego stanu prawnego — do czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi. Pomijając kwestie poziomu dozoru: osoba wyższego dozoru a kierownik ruchu, chodzi o rozróżnienie zakładów wykonujących roboty geologiczne. Zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym „zakłady wykonujące prace geologiczne - wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 metrów” określone zostały przez ustawodawcę jako zakłady wykonujące roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż kopalin innych niż węglowodory oraz wody podziemne będące kopalinami (wody termalne, lecznicze)”.

Z kolei z pisma OUG z dnia 6 czerwca 2022 r. powołanym przez Odwołującego wynika, że:

„Odnosząc się do przedstawionego przypadku osoby, która uzyskała w roku 2002 kwalifikacje kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 m, tutejszy organ nadzoru górniczego stoi na stanowisku, że może być ona zatrudniona jako osoba wyższego dozoru ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi”. Dalej w tym piśmie UOG podaje, że „Organ administracji publicznej dokonuje wykładni przepisów w szczególności w toku postępowania administracyjnego, w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, mając do dyspozycji pełną dokumentację sprawy. Dlatego też w kwestii kwalifikacji górniczych uzyskanych w roku 1998, tutejszy organ nie może zająć stanowiska, nie dysponując pełnią wiedzy o stanie faktycznym stwierdzonych kwalifikacji”. Wskazuje jednocześnie, że „ustawodawca dokonując zmian przepisów dotyczących kwalifikacji do wykonywania czynności w kierownictwie i dozorze ruchu w poszczególnych rodzajach zakładów górniczych lub zakładów, zwanych dalej „kwalifikacjami górniczymi”, konsekwentnie decydował o pozostawieniu w mocy świadectw stwierdzających kwalifikacje osób, wydanych na podstawie dotychczasowych przepisów. Ostatnie zmiany w zakresie kwalifikacji górniczych w tym zakresie zostały dokonane na mocy art. 17 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych

zawodów (Dz. U. poz. 1505), a na mocy art. 32 ust. 1 tej ustawy zachowują moc przez okres, na jaki zostały wydane. Analogiczne rozwiązania przyjęto we wcześniejszych przepisach dokonujących zmian w zakresie kwalifikacji górniczych, tj. w art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 27

lipca 2001 r. o zmianie ustawy — Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. poz. 1190) oraz w art. 210 ust. 1 Pgg”.

OUG odnośni się także do sytuacji p. D. podając, że (...) korespondencja z Gminą Głuszycą nie dotyczyła uprawnień Pana W. D., ani nie stanowiła merytorycznego stanowiska, a była jedynie negatywną odpowiedzią na pytanie dotyczące równoważności uprawnień osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności wiertniczej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi z uprawnieniami kierownika ruchu w zakładach wykonujących prace geologiczne — wykonywanie wierceń w ramach poszukiwania i rozpoznawania kopalin innych niż ropa naftowa i gaz ziemny do głębokości większej niż 500 metrów”. Ta korespondencja, jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, stanowiła podstawę do ustalenia, że kandydat nie spełnia warunku w zakresie wskazywanym.

Ustalenia Izby w powyższym zakresie uzasadniają - wobec podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w związku z brakiem należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z odrzuceniem oferty wykonawcy w sytuacji niewyczerpania procedury wyjaśnień w zakresie zaskarżonym oraz naruszenia art. 255 ust. 1 pkt 2 Pzp - nakazanie Zamawiającemu unieważnienie (1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; (2) czynności odrzucenia oferty wykonawcy - Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy bez ograniczania do uprzedniego należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy, który to zarzut także jest zasadny.

Odnosnie wskazanej czynności (nie należytego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy) Izba wydając orzeczenie - zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - brała pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział bowiem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc - w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy, o którym mowa w art. 552 ust. 1 ustawy Pzp należy (analogicznie jak w art. 316 § 1 kpc) interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (vide: wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Zamawiający udostępnił korespondencję z OUG, a w odpowiedzi na odwołanie podał przyczyny stanowiące podstawę odrzucenia oferty wykonawcy. Z kolei Odwołujący w piśmie procesowym, a uprzednio częściowo w odwołaniu odniósł się do tych okoliczności, tym samym jedna z czynności stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony (lakoniczność uzasadnienia odrzucenia) przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, daje Izbie podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego, co do zaskarżonej czynności, ale jednocześnie nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego z nakazaniem jej dokonania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

