

Wrocław, dnia 09 marca 2022 r.

OPINIA PRAWNA

**dotycząca kwalifikacji geologicznych wymaganych dla wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi związanymi z poszukiwaniem i rozpoznawaniem złóż wód termalnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Pełnienie nadzoru i dozoru podczas realizacji projektu poszukiwanie i rozpoznanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Oława oraz wykonanie części badawczej projektu”,
nr postępowania: INW.271/3/22**

I. WPROWADZENIE.

Niniejsza opinia prawna (zwana dalej „**Opinią**”) została sporządzona przez **adwokata Piotra Wierzbickiego** z kancelarii adwokackiej z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Św. Antoniego 12 lok. 2 na zlecenie Klienta.

Podstawę do sporządzenia niniejszej opinii jest zamówienie publiczne ogłoszone przez Gminę Miasto Oława („**Zamawiającego**”) w zakresie pełnienia nadzoru i dozoru podczas realizacji projektu:

„Poszukiwanie i rozpoznawanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Oława” oraz wykonywania części badawczej projektu”

(zwane dalej „**Zamówieniem**”)

Należy mieć na względzie, że Wykonawca wyłoniony w powyższym postępowaniu nie będzie wykonywał otworu rozpoznawczego Oława GT-1, co objęte jest odrębnym zamówieniem pn. „Wykonanie otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego Oława GT-1 w miejscowości Oława - Pozyskanie wód termalnych do wykorzystania w instalacjach ciepłowniczych na terenie miasta”.

Zgodnie z informacją ukazaną na stronie internetowej Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej¹ („**NFOŚiGW**”) w całości sfinansuje ze środków własnych projekt pn. „Poszukiwanie i rozpoznanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Oława”. Wszystkie prace zostaną zrealizowane zgodnie z Projektem robót geologicznych na wykonanie otworu badawczo-eksploatacyjnego Oława GT-1 dla ujęcia wód geotermalnych w Oławie, dla celów energetycznych, zatwierdzonym Decyzją Marszałka Województwa Dolnośląskiego. Przedsięwzięcie uzyskało pozytywną opinię Ministra Klimatu i Środowiska.

Dofinansowanie projektu umożliwił program priorytetowy NFOŚiGW- „Udostępnianie wód termalnych w Polsce”.

¹ <https://www.gov.pl/web/nfosigw/wsparcie-z-nfosigw-dla-kolejnej-inicjatywy-geotermalnej-w-woj-dolnoslaskim>

II. PODSTAWY PRAWNE.

Opinia sporządzona jest w oparciu o obowiązujące przepisy prawa na dzień sporządzenia opinii, tj. ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2021.1420) (zwana dalej „**P.G.G.**”) oraz ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021.1129) (zwana dalej „**PZP**”), a także poparte konsultacjami ze specjalistami w dziedzinie prawa geologicznego i górniczego.

Należy mieć na względzie, że przepisów ustawy P.G.G. nie stosuje się do:

- 1) korzystania z wód w zakresie uregulowanym odrębnymi przepisami;
- 2) wykonywania wkopów oraz otworów wiertniczych o głębokości do 30 m w celu wykorzystania ciepła Ziemi, poza obszarami górniczymi;
- 2a) wykonywania wkopów oraz otworów wiertniczych o głębokości do 30 m w celu wykonywania ujęć wód podziemnych na potrzeby poboru wód podziemnych w ilości nieprzekraczającej 5 m³ na dobę poza obszarami górniczymi utworzonymi w celu wykonywania działalności metodą otworów wiertniczych;
- 3) badań naukowych i działalności dydaktycznej, prowadzonych bez wykonywania robót geologicznych;
- 4) pozyskiwania okazów minerałów, skał i skamielin w celach naukowych, kolekcjonerskich i dydaktycznych, prowadzonego bez wykonywania robót górniczych;
- 5) wykonywania robót związanych ze sztucznym zasilaniem strefy brzegowej piaskiem, pochodzącym z osadów dennych obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej;
- 6) wydobywania kruszywa w zakresie niezbędnym do wykonania pilnych prac zabezpieczających przed powodzią w czasie obowiązywania stanu klęski żywiołowej;
- 7) ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych bez wykonywania robót geologicznych.

Prawo geologiczne i górnicze powiązane jest też z prawem wodnym, a przede wszystkim z ustawą z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne². Związek ten jest stosunkowo wąski, ale istotny. Dotyczy bowiem kwestii wyłączenia stosowania przepisów ustawy – Prawo geologiczne i górnicze. Prawodawca w art. 5 p.g.g. wskazał, że kopalinami nie są co do zasady wody. Natomiast do kopalin zaliczył wody lecznicze, termalne i solanki. W ten sposób rozdzielił reżim prawa wodnego i prawa geologicznego i górniczego. Rozwiązanie to wydaje się oczywiste, niemniej jednak brak takiej normy wyłączającej spowodowałby z całą pewnością spore trudności w stosowaniu obu aktów prawnych².

² B. Rakoczy, Wprowadzenie do prawa geologicznego i górniczego [w:] Wybrane problemy prawa geologicznego i górniczego, red. B. Rakoczy, Warszawa 2016.

III. DEFINICJE USTAWOWE.

1. PRAWO GÓRNICZE I GEOLOGICZNE

- A. Zgodnie z **art. 5 ust. 2 pkt 2 P.G.G.** pod pojęciem **wód geotermalnych** należy rozumieć wodę podziemną, która na wypływie z ujęcia ma temperaturę nie mniejszą niż 20°C;
- B. Zgodnie z **art. 6 ust. 1 pkt 1 P.G.G.** pod pojęciem **danych geologicznych** należy rozumieć wyniki bezpośrednich obserwacji i pomiarów uzyskanych w toku prowadzenia prac geologicznych;
- C. Zgodnie z **art. 6 ust. 1 pkt 7 P.G.G.** pod pojęciem **poszukiwania** należy rozumieć wykonywanie prac geologicznych w celu ustalenia i wstępnego udokumentowania złoża kopaliny, wód podziemnych albo kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla;
- D. Zgodnie z **art. 6 ust. 1 pkt 8 P.G.G.** pod pojęciem **pracy geologicznej** należy rozumieć projektowanie i wykonywanie badań oraz innych czynności, w celu ustalenia budowy geologicznej kraju, a w szczególności poszukiwania i rozpoznawania złóż kopalin, wód podziemnych oraz kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, określenia warunków hydrogeologicznych, geologiczno-inżynierskich, a także sporządzanie map i dokumentacji geologicznych oraz projektowanie i wykonywanie badań na potrzeby wykorzystania ciepła Ziemi lub korzystania z wód podziemnych;
- E. Zgodnie z **art. 6 ust. 1 pkt 9 P.G.G.** pod pojęciem **przedsiębiorcy** – należy rozumieć tego, kto posiada koncesję na prowadzenie działalności regulowanej ustawą;
- F. Zgodnie z **art. 6 ust.1 pkt 11 P.G.G.** pod pojęciem **roboty geologicznej** należy rozumieć wykonywanie w ramach prac geologicznych wszelkich czynności poniżej powierzchni terenu, w tym przy użyciu środków strzałowych, a także likwidacja wyrobisk po tych czynnościach;
- G. Zgodnie z **art. 6 ust.1 pkt 12 P.G.G.** pod pojęciem **roboty górniczej** – należy rozumieć wykonywanie, utrzymywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych oraz zwałowanie nadkładu w odkrywkowych zakładach górniczych w związku z działalnością regulowaną ustawą;
- H. Zgodnie z **art. 6 ust. 1 pkt 13 P.G.G.** pod pojęciem **rozpoznawania** – należy rozumieć wykonywanie prac geologicznych na obszarze wstępnie udokumentowanego złoża kopaliny, wód podziemnych albo kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla;

2. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

- A. Zgodnie z **art. 7 pkt 18 PZP** pod pojęciem **postępowania o udzielenie zamówienia** należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu;
- B. Zgodnie z **art. 7 pkt 29 PZP** pod pojęciem **warunków zamówienia** - należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- C. **Zgodnie z art. 99 PZP przedmiot zamówienia** opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

III. WARUNKI UDZIAŁU W ZAMÓWIENIU.

Przedmiotowe zamówienie publiczne zostało ogłoszone przez Gminę Miasto Oława i obejmuje działania w zakresie pełnienia nadzoru i dozoru podczas realizacji projektu „Poszukiwanie i rozpoznawanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Oława” oraz wykonywania części badawczej projektu.

W ustawie z dnia 9 czerwca 2011r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2021.1420) ustawodawca wskazał, w art. 50 ust 1, iż: „Osoby wykonujące czynności polegające na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi, z wyjątkiem badań geofizycznych innych niż badania sejsmiczne i geofizyki wiertniczej, są obowiązane posiadać kwalifikacje w zawodzie geolog określone ustawą.”

Zamawiający wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia następujące warunki udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje w zakresie wymaganych uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia:

- A. **Kierownik** - co najmniej jedna osoba:
posiadającą doświadczenie zawodowe w zarządzaniu zadaniami inwestycyjnymi, w tym pełnienie **funkcji kierownika projektu lub funkcji równorzędnej**, w zakresie zarządzania co najmniej jednym zrealizowanym przedsięwzięciem inwestycyjnym o wartości projektu nie mniejszej niż **5.000.000,00 PLN brutto**, która obejmowała m.in. pełnienie **funkcji nadzoru geologicznego** podczas wykonywania jednego otworu geotermalnego lub co najmniej dwóch otworów badawczych hydrogeologicznych o głębokości nie mniejszej niż 1300 m.
- B. **Geolog (nadzór geologiczny)** - jedna osoba:
posiadający kwalifikacje **geologiczne kategorii II lub równoważne** zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa geologicznego i górniczego, potwierdzone świadectwem stwierdzającym kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi oraz posiada doświadczenie zdobyte podczas wiercenia minimum jednego otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 300 m p.p.t. lub co najmniej dwóch otworów badawczych o głębokości nie mniejszej niż 1300 m p.p.t.
- C. **Geolog (nadzór hydrogeologiczny)** - co najmniej jedną osobę:
która będzie pełnić funkcję inspektora nadzoru geologicznego posiadającą kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi **w zakresie IV kategorii**, zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1420), która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji nadzoru geologicznego podczas wiercenia co najmniej jednego otworu geotermalnego lub co najmniej dwóch otworów badawczych hydrogeologicznych o głębokości nie mniejszej niż 1300 m.
- D. **Geolog (dozór geologiczny)** co najmniej cztery osoby:
które będą pełnić funkcję inspektora dozoru geologicznego posiadające kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania **pracami geologicznymi** w zakresie **XIII kategorii**

oraz posiadały co najmniej zaświadczenie o spełnieniu wymagań, w tym przygotowania zawodowego i doświadczenia zawodowego do wykonywania czynności dozoru ruchu w specjalności geologicznej w zakładzie górniczym wykonującym roboty geologiczne techniką wiertniczą, zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1420), które posiadają doświadczenie w pełnieniu funkcji **dozoru geologicznego** podczas wiercenia co najmniej jednego otworu geotermalnego lub co najmniej dwóch otworów badawczych hydrogeologicznych o głębokości nie mniejszej niż 1300 m.

- E. **Geolog (dozór geologiczny)** - co najmniej dwie osoby:
które będą pełniły funkcję **inspektora dozoru geologicznego** posiadające kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w zakresie **XIII kategorii**, zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1420) oraz posiadające doświadczenie w pracy w terenowym **laboratorium geologicznym** z aparaturą kontrolno-pomiarową (AKP) podczas wiercenia co najmniej jednego otworu geotermalnego lub co najmniej dwóch otworów badawczych hydrogeologicznych o głębokości nie mniejszej niż 1300 m.
- F. **Specjalistę ds. rozliczeń** - co najmniej jedna osoba:
posiadającą doświadczenie przy realizacji co najmniej jednego zadania polegającego na wsparciu i pomocy w ewaluacji i finansowym rozliczeniu projektu oraz przygotowaniu wniosków o płatność, w ramach projektów współfinansowanych ze środków krajowych lub unijnych lub EOG o wartości projektu min. 5.000.000,00 PLN brutto.

[Poza oceną opinii pozostają kwestie z oceną kryteriów przyjętych do oceny Specjalisty ds. rozliczeń.]

Specyfikacja Warunków Zamówienia (zwane dalej „SWZ” bądź „Specyfikacją”) powinna być uregulowana w sposób kompleksowy, bowiem jest to dokument, który stanowi swoisty kierunkowskaz zarówno dla wykonawcy zamówienia, jak i dla zamawiającego.

Zakres, jaki powinien być zawarty w specyfikacji powinien uwzględniać wszelkie informacje, zarówno o charakterze głównym, jak i pobocznym. W szczególności SWZ powinno zawierać w sobie składniki istotne dla oceny oferty, które w sytuacji ich niespełnienia stanowią element obligatoryjnie skutkujący odrzuceniem.

Specyfikacja w swojej istocie, skierowana jest do nieograniczonej liczby podmiotów będącymi odbiorcami. Zamawiający, na etapie konstruowania postanowień SWZ zobowiązany jest więc do dochowania szczególnej staranności celem dostosowania brzmienia i rozumienia jej postanowień do jak najszerszego kręgu odbiorców.³

Na gruncie art. 57 p.z.p o udzielenie zamówienia mogą się bowiem ubiegać wszyscy wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu (o ile warunki te zostały wskazane przez zamawiającego).

Z art. 99 ust 1 PZP wynika bezpośredni obowiązek opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien być wyczerpujący, jednoznaczny, stworzony z wykorzystaniem

³ Zob. Wyrok KIO z 25 lutego 2020r. sygn. akt KIO 268/20

wystarczająco dokładnych i zrozumiałych określeń i pojęć. Jednocześnie musi czynić zadość wymaganiom i okolicznościom mającym, bądź mogącym mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiającemu przysługuje uprawnienie w zakresie podjęcia decyzji o określeniu w dokumentacji zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Wymaga to jednak prawidłowego zrozumienia tych warunków, a także wyodrębnienia, wskazania i zdefiniowania ich zakresu oraz funkcjonowania.

Prawem zamawiającego jest więc wskazanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zamówienia publicznego, nawet w sytuacji w której ogranicza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszelkich wykonawców.⁴ Określane przy formułowaniu Specyfikacji zamówienia kryteria stanowiące podstawę selekcji wykonawców powinny być ponadto obiektywne, nie naruszające zasady niedyskryminacji oraz nieograniczające konkurencji.⁵

Niezmierznie ważnym elementem, z punktu widzenia regulacji prawnej dot. zamówień publicznych jest zindywidualizowanie tych warunków na potrzeby konkretnego zamówienia publicznego. Indywidualizacja ta wymaga zachowania reguł proporcjonalności - w zakresie przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do jego wykonania, w stopniu zaawansowania wskazanym w specyfikacji.

Warunki udziału, w tym wymogi w zakresie niezbędnych do realizacji Zamówienia kwalifikacji powinny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, specyfikacji, złożoności oraz indywidualnemu charakterowi przedmiotu zamówienia. Istotne elementy planowanego projektu muszą zostać szczegółowo wskazane i przedłożone w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Stanowi to bowiem jedyny możliwy środek do uzyskania celu, tj. efektu realizowanego projektu. Ważny aspekt stanowi w tym kontekście niemożność rozszerzenia wymagań, które nie zostały objęte postanowieniami SWZ.

Ocena dopuszczalności określonych warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana w oparciu o przedmiot zamówienia, nie zaś na skutek oceny indywidualnych możliwości poszczególnych wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. To interes wykonawcy polegający na rzetelnym wykonaniu projektu jest w tym kontekście determinantą.⁶

Skutkiem takiego formułowania zasad tworzenia Specyfikacji jest spoczywający na Wykonawcy nie wywodzenia z SWZ wymagań wobec wykonawcy projektu większych, niż te określone w jej treści.

Warunki udziału w Zamówieniu mogą być indywidualnie kształtowane przez Zamawiającego, jednakże muszą być one uzasadnione i w konsekwencji doprowadzić do uzyskania pożądanego, zaplanowanego przez Zamawiającego, efektu. Nie można pominąć w tym kontekście faktu, iż każde z postępowań w zakresie zamówień publicznych formowane jest w sposób indywidualny.⁷

Jeżeli warunki wskazane w Specyfikacji pozostają w korelacji z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie nie naruszają obowiązującej zasady proporcjonalności, to nie istnieją przesłanki, które uniemożliwiłyby wprowadzenia dodatkowych, w określonych sytuacjach bardziej rygorystycznych, wymogów w zakresie omawianych warunków.

⁴ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04 marca 2021r. o sygn. akt KIO 356/21

⁵ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 kwietnia 2008r. o sygn. akt KIO/UZP 250/08 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012r. o sygn. akt Kio 411/12

⁶ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019r. o sygn. akt 2433/19

⁷ Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2016 r. o sygn. akt II GSK 1127/15

W odniesieniu do art. 57 PZP zamawiającemu ustawodawca przyznaje uprawnienie w zakresie możliwości określenia warunków udziału adekwatnych do szczególności przedmiotu zamówienia. Podkreśla się jednak, iż uprawnienie to przysługuje zamawiającemu jedynie w sytuacjach, gdy jest to uzasadnione. Rozszerzenie warunków udziału nie może jednakże wykraczać poza niezbędny poziom zdolności, wymagany celem realizacji zamówienia.

Ważnym elementem jest to, aby poprzez realizację uprawnienia, o którym mowa powyżej, nie doszło do naruszenia zasad konkurencji ani też ograniczenia dostępu do udziału w realizacji zamówienia w zakresie większym niż niezbędny do realizacji wymaganego poziomu efektywności.

Podkreślić należy, że warunek ten nie wyklucza w sposób całkowity uniemożliwienia udziału w zamówieniu pewnej grupie podmiotów. Jest to dopuszczalne w sytuacji faktycznych, uzasadnionych potrzeb mających na celu realizację zamówienia.

Niezbędnym jest więc zachowanie równowagi, tj. zasady proporcjonalności - pomiędzy interesem zamawiającego polegającym na efektywnej realizacji zamówienia, a prawem wykonawców, w zakresie nieeliminowania ich z udziału w postępowaniach z zakresu udzielania zamówień publicznych.

Proporcjonalność nie została jednakże zdefiniowana przez PZP. Proporcjonalność ta rozumiana powinna być (na podstawie wypracowanej judykatury⁸), jako wskazanie warunku udziału na usprawiedliwionym dbałością poziomie w zakresie jakości, dokładności i rzetelności wykonania w szerokim kontekście. Zachowanie proporcjonalności jest bowiem gwarantem poszanowania zasady uczciwej konkurencji.

Określone w Specyfikacji warunki udziału w zamówieniu, powinny więc być nacechowane adekwatnością. Co więcej, powinny one umożliwiać możliwość dokonania obiektywnej oceny, w zakresie realnych możliwości i zasobów wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia.⁹

Obniżenie wymagań w zakresie kwalifikacji, do poziomu podstawowych wymogów, miałoby znaczący wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie jakości uzyskanych efektów.

Nie stanowi w tym kontekście przesłanki negatywnej takiej oceny Specyfikacji, niemożność przystąpienia do realizacji zamówienia wszelkich podmiotów działających w branży, której dotyczy zamówienie publiczne.

⁸ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016r. o sygn. akt KIO 786/16 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021r. o sygn. akt 3489/20

⁹ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2019r. o sygn. akt KIO 1500/19

IV. KWALIFIKACJE OKREŚLONE W USTAWIE P.G.G.

Ustawodawca wyróżnia kwalifikacje w zakresie geologii (art. 50 i n.) oraz kwalifikacje w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego (art. 53 i n.). Z uwagi na przedmiot Zamówienia i rozdzielenie prac od robót geologicznych przez Zamawiającego w odrębnych postępowaniach – w opinii należy się skupić głównie w przedmiocie kwalifikacji w zakresie geologicznym, bowiem kwalifikacje górnicze będą oceniane w ramach drugiego przetargu Zamawiającego, a w ocenie opiniującego nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego w Postępowaniu.

W przypadku kwalifikacji zawartych w ustawie p.g.g. należy odnieść się do art. 6 ust. 1 pkt 8 p.g.g., zgodnie z którym przez pracę geologiczną rozumieć należy „projektowanie i wykonywanie badań oraz innych czynności, w celu ustalenia budowy geologicznej kraju, a w szczególności poszukiwania i rozpoznawania złóż kopalin, wód podziemnych oraz kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, określenia warunków hydrogeologicznych, geologiczno-inżynierskich, a także sporządzanie map i dokumentacji geologicznych oraz projektowanie i wykonywanie badań na potrzeby wykorzystania ciepła Ziemi lub korzystania z wód podziemnych”. Prace geologiczne mają zatem charakter poznawczy¹⁰.

Skuteczne i bezpieczna realizacja prac geologicznych wiąże się z wykazaniem odpowiednich kwalifikacji.

Zgodnie z treścią art. 50 ust. 1 p.g.g. osoby, które wykonują, dozoruja i kierują pracami geologicznymi, muszą posiadać odpowiednie kwalifikacje przewidziane ustawą. Ustawodawca nie precyzuje jednak, co dokładnie rozumie pod pojęciem kierowania i dozoruowania pracami geologicznymi. Zgodnie ze znaczeniem potocznym pojęcie „**kierować**” oznacza: *prowadzić, wysyłać kogoś, coś do kogoś, do czegoś, ku czemuś; regulować czynność, ruch czegoś za pomocą specjalnego urządzenia; zarządzać kimś, czymś, stać na czele czegoś lub powodować, być przyczyną postępowania*¹¹. Przez pojęcie „**dozoru**” natomiast rozumieć należy opiekę wyznaczoną nad kimś lub nad czymś, mającą na celu dopilnowanie wykonania czegoś lub zapobieżenie czemuś; *strzeżenie, pilnowanie, doglądanie*¹². Słusznie zaznacza się jednak, że w odróżnieniu od znaczenia językowego dozoru znaczenie ustawowe cechuje się ciągłością. Dozór prac geologicznych bowiem powinien być sprawowany stale¹³.

W art. 50 ust. 2 ustawodawca skatalogował w 13 grupach (z wyłączeniem kategorii 10-12) kwalifikacje w zakresie wykonywania, dozoruowania i kierowania pracami geologicznymi. Grupy te **nie mają jednak charakteru rozłącznego**. Niektóre z kategorii posiadają wspólne częściowe zakresy uprawnień, np. kategoria II zawiera w sobie kategorię III (poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych prawem własności nieruchomości gruntowej). Są także podobne kategorie, które zawierają pewne wspólne wycinki zakresów uprawnień (kategorie IV i V oraz VI i VII)¹⁴.

Wymagania dla powyższych kategorii kwalifikacji określone rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie kwalifikacji w zakresie geologii, natomiast w zakresie kategorii XIII w drodze świadectwa wydanego przez marszałka województwa (art. 51 P.G.G.).

¹⁰ M. Walas [w:] Prawo geologiczne i górnicze. Komentarz, red. B. Rakoczy, Warszawa 2015, art. 50.

¹¹ E. Sobol, Słownik języka polskiego, Warszawa 2005, s. 324

¹² E. Sobol, Słownik..., s. 324).

¹³ (H. Schwarz, Prawo geologiczne..., s. 329; A. Lipiński, R. Mikosz, Ustawa Prawo..., s. 186).

¹⁴ M. Walas [w:] Prawo geologiczne i górnicze. Komentarz, red. B. Rakoczy, Warszawa 2015, art. 50.

Wśród tych wymagań znajdują się m.in. posiadanie dyplomu ukończenia studiów wyższych na konkretnym kierunku, posiadanie tytułu zawodowego, czy też odbycie określonej praktyki zawodowej.

Ustawodawca przewidział w art. 50 ust. 3 p.g.g. możliwość wykonywania i kierowania pracami geologicznymi prowadzonymi w celach naukowych i badawczych przez osoby posiadające kwalifikacje z kategorii I–V oraz VIII. Nie ma tutaj zatem możliwości dozoru, a tylko wykonywanie oraz kierowanie pracami geologicznymi.

W stosunku do omawianych kategorii w SWZ Zamawiającego, ustawodawca przewidział następujące definicje:

- **kategoria II** - poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych własnością górnictw, z wyjątkiem złóż ropy naftowej i gazu ziemnego, wód leczniczych, wód termalnych i solanek, a także poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych prawem własności nieruchomości gruntowej;
- **kategoria IV** - poszukiwanie i rozpoznawanie zasobów wód podziemnych, w tym wód leczniczych, wód termalnych i solanek, określanie warunków hydrogeologicznych związanych z zamierzonym: wykonywaniem odwodnień w celu wydobywania kopalin, włączaniem wód do górotworu, wykonywaniem odwodnień budowlanych otworami wiertniczymi, wykonywaniem przedsięwzięć mogących negatywnie oddziaływać na wody podziemne, w tym powodować ich zanieczyszczenie, podziemnym bezzbiornikowym magazynowaniem substancji lub podziemnym składowaniem odpadów, składowaniem odpadów na powierzchni, poszukiwaniem i rozpoznawaniem kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, podziemnym składowaniem dwutlenku węgla, ustanawianiem obszarów ochronnych zbiorników wód podziemnych, zakończeniem lub zmianą poziomu odwadniania likwidowanych zakładów górniczych oraz wykonywanie i dokumentowanie prac geologicznych w celu wykorzystania ciepła Ziemi, a także projektowanie i wykonywanie otworów obserwacyjnych;
- **kategoria VIII** - wykonywanie prac kartografii geologicznej wraz z projektowaniem i dokumentowaniem tych prac, z wyjątkiem map sporządzanych w ramach pozostałych kategorii kwalifikacji;
- **kategoria XIII** - wykonywanie czynności dozoru geologicznego nad pracami geologicznymi, z wyjątkiem badań wymienionych w pkt 9, a także kierowanie w terenie robotami geologicznymi wykonywanymi poza granicami obszaru górnictwa, wykonywanymi bez użycia środków strzałowych albo gdy projektowana głębokość wyrobiska nie przekracza 100 m.

Z powyższymi kategoriami ustawodawca przewidział również szereg wytycznych, w tym ukończenia studiów i **odbycia praktyki** (art. 52 P.G.G), przez którą rozumieć należy udział w wykonywaniu dozoru prac geologicznych lub wykonywaniu prac kartografii geologicznej lub wykonywaniu w terenie badań geofizycznych lub kierowaniu w terenie robotami geologicznymi, a także udział przy sporządzaniu projektów robót geologicznych i dokumentacji geologicznych lub projektowaniu i dokumentowaniu prac kartografii geologicznej albo badań geofizycznych. Istotnym wymogiem zawartym w ust. 5 jest, by praktyka odbywała się pod nadzorem osób posiadających stwierdzone kwalifikacje w tej samej kategorii co kategoria, w której stwierdzenia kwalifikacji domaga się wnioskodawca¹⁵.

*

Na podstawie art. 54 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 53 ust. 1 pkt 3) P.G.G. wykonywanie **czynności w dozorze ruchu** wymaga posiadania następujących kwalifikacji w zakresie przygotowania zawodowego:

- 1) znajomości, w stopniu niezbędnym do wykonywania tych czynności, przepisów prawa geologicznego i górniczego oraz innych przepisów stosowanych w ruchu zakładu górniczego albo zakładu,
- 2) znajomości zagadnień związanych z prowadzeniem ruchu określonego rodzaju zakładów górniczych albo zakładów oraz występujących w nich zagrożeń.

W ocenie opiniującego, osoba uprawniona do pełnienia funkcji w dozorze ruchu nie musi posiadać wiedzy nie mówiąc już o umiejętnościach i praktyce w zakresie sprawowania dozoru geologicznego. Co więcej, przepisy w odniesieniu do osób tych nie odwołują się w żadnym zakresie do dozoru geologicznego, a jedynie do dozoru ruchu zakładu.

Należy zatem stwierdzić, że do wykonywania dozoru geologicznego uprawnienia górnicze w zakresie dozoru ruchu zakładu górniczego z punktu widzenia przedmiotu zamówienia - są nieprzydatne, a mając na uwadze przepisy P.G.G. - niepotrzebne. W ocenie opiniującego, dozór geologiczny wymaga wyłącznie kwalifikacji geologicznych kategorii XIII lub IV.

*

W ocenie opiniującego kwalifikacje geologa górniczego nie są konieczne na podstawie obowiązujących przepisów do realizacji przedmiotu Zamówienia, bowiem takie uprawnienia mogą być wymagane na etapie eksploatacji wód termalnych, po ustanowieniu obszaru górniczego (w tym otrzymaniu koncesji na wydobywanie). Ten zakres nie jest objęty przedmiotem Zamówienia.

*

¹⁵ M. Walas [w:] Prawo geologiczne i górniczne. Komentarz, red. B. Rakoczy, Warszawa 2015, art. 52.

V. WNIOSKI.

- (1) Zamawiający w omawianym projekcie wskazał kwalifikacje niezbędne i w pełni adekwatne, w jego ocenie, do realizacji projektu w sposób rzetelny, pełny i prawidłowy. Tak określone warunki udziału stanowią swoiste zabezpieczenie interesu Zamawiającego, którym jest należyte wykonanie zamówienia.
- (2) Wskazane przez Zamawiającego, wymagane kompetencje, stanowią adekwatny i proporcjonalny środek, mający na celu właściwą realizację Zamówienia. Stanowią one swoiste dostosowanie wymogów, które ustanowione zostały przez ustawodawcę do zindywidualizowanego charakteru zamówienia. Takie działanie nie stanowi naruszenia w zakresie obowiązujących przepisów. Warunki związane z przedmiotem zamówienia są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie jest niemożliwym wprowadzenie ich do treści Zamówienia.¹⁶
- (3) Istotnym zagadnieniem w zakresie omawianego zagadnienia stanowi fakt, iż Zamawiający w zakresie realizowanego na obecnym etapie zamówienia zmierza do realizacji działań obejmujących swoim zakresem jedynie dozór oraz nadzór nad wykonywaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych. Prace w zakresie postępowania, którego celem byłaby realizacja działań z zakresu eksploatacji samych wód termalnych byłaby podstawą do wprowadzenia wymagań uczestnictwa w zakresie stosownych przepisów dotyczących odmiennych uprawnień. Ponadto z dokumentacji oraz uzyskanych informacji od Zamawiającego wynika, iż zakres działań, jakie wskazywane są przez Odwołującego w zakresie przedmiotu zamówienia będą ujęte w kolejnym etapie prac, które zostaną realizowane za pomocą odrębnego postępowania przetargowego, dlatego też nie można odnaleźć podstaw do zawężania Wykonawców poprzez wymaganie uprawnień górniczych.
- (4) Po ocenie przedstawionej dokumentacji i uzasadnienia Zamawiającego należy wnioskować, że do wykonywania dozoru prac geologicznych nad wykonywaniem geotermalnych otworów badawczo - eksploatacyjnych o głębokości powyżej 100 m upoważnione są osoby posiadające stwierdzone kwalifikacje geologiczne kategorii IV lub XIII, natomiast pracami tymi kierować może wyłącznie osoba posiadająca kwalifikacje geologiczne kategorii IV. Wymagana kategoria XIII swoim zakresem obejmuje wykonywanie w Projekcie czynności dozoru geologicznego nad pracami geologicznymi, z wyjątkiem badań geofizycznych, a także kierowanie w terenie robotami geologicznymi wykonywanymi poza granicami obszaru górniczego, wykonywanymi bez użycia środków strzałowych albo gdy projektowana głębokość wyrobiska nie przekracza 100 m – i znajduje uzasadnienie w przepisach prawa.
- (5) W przypadku uzyskania przez Wykonawcę wyników badań, które wskazują na inny potencjał złożowy (w tym wyższą temperaturę niż 20 stopni Celsjusza (tj. wody termalne)), ale także gdy wydajność nie będzie gwarantowała zagospodarowania otworu na potrzeby przewidziane w projekcie robót geologicznych - wówczas konieczne dla Zamawiającego (i\lub Wykonawcy) wydaje się zabezpieczenie Projektu poprzez

¹⁶ Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2016r. o sygn. akt KIO 1043/16

posiadanie osób z kwalifikacjami wykraczającymi poza uprawnienia kat. IV, a w szczególności obejmującej kat. II, tj. poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych własnością górnictw, z wyjątkiem złóż ropy naftowej i gazu ziemnego, wód leczniczych, wód termalnych i solanek, a także poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych prawem własności nieruchomości gruntowej. W ocenie opiniującego, takie wymagania stawiane w SWZ przez Zamawiającego mogą być uzasadnione ze względu na zrealizowane już projekty w Polsce i płynące z nich doświadczenia, a przepisy prawne (w szczególności ustawy PZP temu nie zabraniają).