

Oława, dnia 10 marca 2022 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Miasto Oława
Pl. Zamkowy 15, 55 – 200 Oława
NIP: 912-17-17-084, REGON 931934845
e-mail: sekretariat@um.olawa.pl
tel.: (71) 303 55 01

Odwołujący:

Geotermia Polska Sp. z o.o.
ul. Krucza 5/11D lok. 115, 00-548 Warszawa
KRS: 0000812002

reprezentowany przez:

adwokata Michała Bagłaja
SSW Pragmatic Solutions Spaczyński,
Szczepaniak, Okoń sp. k.
Rondo ONZ 1, XII p., 00-124 Warszawa
e-mail: michal.baglaj@ssw.solutions
tel.: + 48 602 373 764

Przystępujący po stronie Zamawiającego:

Multiconsult Polska sp. z o.o.
ul. Bonifaterska 17, 00-203 Warszawa
KRS: 0000159007

reprezentowany przez:

Hoogells Oleksiewicz sp.k.
ul. Bobrowlecka 8, 00-728 Warszawa tel.: +48
605 947 978
e-mail: michal.wojciechovvski@hoogells.pl

Sygn. akt: KIO 583/22 (UZP/BO/MP/4592/6547/22)

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Pełnienie nadzoru i dozoru podczas realizacji projektu „Poszukiwanie i rozpoznanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Oława” oraz wykonanie części badawczej projektu, numer referencyjny: INW.271/3/22, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie 2022/BZP 00065842/01 z 23 lutego 2022 r.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

- I.** Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 112) – dalej p.z.p., w odpowiedzi na odwołanie, wniesione przez Odwołującego Geotermia Polska Sp. z o.o. - nie uwzględniam zarzutów w nim zawartych i wnoszę o:
- 1) oddalenie odwołania w całości;
 - 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.
- II.** W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o:
- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a w szczególności dokumentu znajdującego się w aktach sprawy (przy przystąpieniu do po stronie zamawiającego z dnia 4 marca 2022 r.), tj. Interpretacja pozyskana przez Przystępującego w dniu 18 lutego 2022 r. z Ministerstwa Klimatu i Środowiska - Departament Geologii i Koncesji Geologicznych - na okoliczności i fakty informacji jakiego rodzaju kwalifikacje obowiązane są posiadać osoby pełniące:
 1. Nadzór geologiczny nad wykonywaniem geotermalnych otworów badawczo-eksploatacyjnych o głębokości powyżej 100 m.
 2. Dozór geologiczny nad wykonywaniem geotermalnych otworów badawczo-eksploatacyjnych o głębokości powyżej 100 m.
 - 2) przeprowadzenie dowodu z załączonej tabeli sporządzonej przez Zamawiającego na okoliczności i fakty wymaganych kwalifikacji do wykonania poszczególnych elementów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia;
 - 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci opinii prywatnej sporządzonej przez adw. Piotra Wierzbickiego na okoliczność kwalifikacji geologicznych wymaganych dla wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi związanymi z poszukiwaniem i rozpoznawaniem złóż wód termalnych.

UZASADNIENIE

Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 28 lutego 2022 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej, zgodnie z art. 514 ust. 2 p.z.p.

Po analizie odwołania, należy stwierdzić, że zarzuty zawarte w treści odwołania pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone.

Odnosząc się do zarzutu sformułowanego przez Odwołującego, dotyczącego warunków udziału w postępowaniu jednoznacznie należy wskazać, że są one bezpodstawne. Odwołujący utożsamia etap składania i weryfikacji ofert z realizacją zamówienia. Podkreślenia wymaga, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to Zamawiający ma pełną swobodę w określaniu swoich oczekiwań względem przyszłych, ewentualnych wykonawców, oczywiście z uwzględnieniem zasad określonych w ustawie prawo zamówień publicznych.

Jak podkreśliła KIO w swojej uchwale z dnia 22.06.2020, sygn. akt KIO/KD 31/20 (zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym):

„(...) Zamawiający jako gospodarz postępowania sam kształtuje zapisy SIWZ (obecnie SWZ), wskazując m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty, jakie Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia mają złożyć na potwierdzenie spełniania poszczególnych warunków. Postanowienia SIWZ w ww. zakresie są wiążące także dla Zamawiającego – na etapie dokonywania oceny ofert jest on bezwzględnie zobowiązany do zbadania, czy Wykonawca określone przez niego warunki spełnia oraz czy wykazał to w sposób określony przez Zamawiającego. (...)”.

To stanowisko jest już utrwalone w doktrynie i judykaturze – nie budzi żadnych wątpliwości.

Warunki udziału w postępowaniu mają zagwarantować Zamawiającemu, że ewentualni Wykonawcy będą najlepszymi z najlepszych na danym rynku właściwym i z należytą starannością wykonają zamówienie, będące przedmiotem postępowania. Oznacza to również, że może on stawiać wyższe wymagania względem Wykonawców niż wynikające z przepisów, o ile nie są z nim sprzeczne i są związane z przedmiotem zamówienia.

Taka sytuacja ma miejsce w postępowaniu, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie. Postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są zgodne z zakresem zamówienia i do niego proporcjonalne. Oczywiście jest, że wymagane przez Zamawiającego osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia - czego nie kwestionuje Odwołujący. Sednem zaś odwołania jest dokonanie zmiany zakresu osób do realizacji zamówienia bezpośrednio łącząc zakres zamówienia z osobami.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO wyrażonym m.in. w Wyroku z dnia 2022-01-27, KIO 71/22 wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jednocześnie umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym samym także w tym postępowaniu warunki udziału - następnie ich zastosowanie do oceny - **powinny zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do wykonania danego zamówienia (rzetelnego i profesjonalnego), dającego rękojmię jego należytego wykonania, z zastrzeżeniem, że warunki muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, określone w szczególności, poprzez wyrażenie minimalnych poziomów tej zdolności.**

Jak wskazano wcześniej czym innym jest weryfikacja Wykonawców na podstawie warunków, a czym innym jest realizacja umowy, zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poprzez warunki udziału w postępowaniu **Zamawiający dąży do wyboru wykonawcy, który da największe prawdopodobieństwo prawidłowej realizacji zamówienia i to działanie nie może być utożsamiane z realizacją przyszłej umowy, która to wykracza już poza ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.** Zamawiający nie jest zobowiązany do stawiania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by jak największa liczba wykonawców mogła wziąć udział w postępowaniu. Zamawiający może stawiać warunki udziału w postępowaniu po to by ograniczyć dostęp do zamówienia jedynie do najlepszych na danym rynku właściwym.

Tak też postąpił Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Przedmiot zamówienia jest niezwykle specjalistyczny i innowacyjny, realizacja zamówienia jest współfinansowana ze środków Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, co jednoznacznie świadczy o wyjątkowym charakterze zamówienia. Tym bardziej zatem wskazane było postawić takie warunki udziału w postępowaniu by nie doszło do sytuacji, że w postępowaniu skutecznie wzięliby udział Wykonawcy obiektywnie niezdolni do realizacji zamówienia.

*

W ocenie Zamawiającego, warunki udziału ustalone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu pozostają zgodne z przepisami prawa, w szczególności prawa geologicznego i górniczego. Potwierdza to również otrzymana Interpretacja pozyskana przez Przystępującego w dniu 18 lutego 2022 r. z Ministerstwa Klimatu i Środowiska - Departament Geologii i Koncesji Geologicznych, a także otrzymana przez Zamawiającego opinia prawna z dnia 10 marca 2022 r. sporządzona przez adw. Piotra Wierzbickiego.

Odwołujący wydaje się dążyć do wprowadzenia do Specyfikacji Warunków Zamówienia zapisów wymagających od potencjalnego Wykonawcy wykazania się uprawnieniami górnictwem, które pozostają bez jakiegokolwiek związku z przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tj. pełnienie dozoru i nadzoru nad wykonaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych). **Uprawnienia, których wprowadzenia do SWZ domaga się Odwołujący wiążą się z etapem eksploatacji otworu wód termalnych. Byłyby wskazane dla postępowania, którego przedmiotem byłaby właśnie eksploatacja otworu wód termalnych, zaś przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie jest pełnienie na rzecz Zamawiającego usługi sprawowania nadzoru i pełnienia dozoru geologicznego, wykonania badań laboratoryjnych, wykonania części badań hydrogeologicznych oraz opracowania dokumentacji hydrogeologicznej**

lub dokumentacji geologicznej innej w przypadku braku zasobów wodnych.

Co należy podkreślić, Wykonawca wyłoniony w niniejszym Postępowaniu (w ramach tego Zamówienia) nie będzie wykonywał otworu poszukiwawczo-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”.

Trafne jest stwierdzenie Przystępującego do Stronie Zamawiającego „by porównać intencją Odwołującego do sytuacji, w której od sędziego piłkarskiego wymagano by licencji zawodnika”. W tym sensie błędna wydaje się ocena Odwołującego zmierzająca do wprowadzenia do SWZ wymogu, zgodnie z którym osoby zdolne do wykonania zamówienia miałyby legitymować się uprawnieniami górnictwymi w zakresie wyższego dozoru geologicznego potwierdzonymi świadectwem wydanym przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (dla kierownika dozoru geologicznego) lub świadectwem wydanym przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego (dla geologa - nadzór geologiczny).

*

Zmiana warunku udziału w postępowaniu na proponowany przez Odwołującego będzie prowadziła do sztucznego i nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych Wykonawców, a co gorsza w żaden sposób nie będzie korespondowała z potrzebami Zamawiającego i przedmiotem zamówienia.

Przechodząc do uzasadnienia prawidłowości postawionego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – dysponowanie osobami o określonym doświadczeniu i umiejętnościach - należy stwierdzić, że projektowany otwór Oława GT-1 jest otworem hydrogeologicznym, jednak w zależności od uzyskanych wyników badań może zawierać informacje o innym potencjale złożowym, tym bardziej, jeśli temperatura wody będzie niższa niż 20 C (wody termalne) lub gdy wydajność nie będzie gwarantowała zagospodarowanie otworu na potrzeby przewidziane w projekcie robót geologicznych. **Wówczas zasadne jest zabezpieczenie się zamawiającego w zakresie wykraczającym poza uprawnienia kat. IV, w szczególności obejmujące kat. II – poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin objętych własnością górnictwem, 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, co może przynieść korzyść Zamawiającemu i instytucji dotującej niniejsze zamówienie publiczne.**

Jest to tym bardziej zasadne, że projektowane prace geologiczne wykonane będą w obszarze monokliny przedsudeckiej, gdzie udokumentowano wiele złóż kopalin stałych. Takie doświadczenia i uprawnienia nie wykluczają się, nawet jeśli otwór spełni zadania hydrogeologiczne, a w nadkładzie będzie można wykonać dodatkowe analizy próbek okruszowych i wyników badań geofizycznych.

*

Odnosząc się do proponowanej zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie organu / instytucji przyznającej / potwierdzającej uprawnienia w dziedzinie geologii i górnictwa - trzeba stwierdzić, że **kwalifikacje geologa górnictwa są bezprzedmiotowe w określonym zakresie obowiązków, wynikających z przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie warunek udziału w postępowaniu byłby niezwiązany z przedmiotem zamówienia.** Takie uprawnienia mogą być wymagane na etapie eksploatacji wód termalnych, po ustanowieniu obszaru górnictwa (koncesji na wydobywanie). W zakresie prac, w tym robót geologicznych określonych w SWZ, w zupełności wystarczają uprawnienia nadzoru geologicznego kat. IV, w tym do wykonania dokumentacji hydrogeologicznej. Stanowisko Zamawiającego potwierdza znajdująca się w aktach niniejszej sprawy interpretacja Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 18.02.2022 r.

*

Błędna jest ocena Odwołującego zmierzająca do wprowadzenia do SWZ wymogu, zgodnie z którym osoby zdolne do wykonania zamówienia miałyby legitymować się uprawnieniami górnictwymi w zakresie wyższego dozoru geologicznego potwierdzonymi świadectwem wydanym przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (dla kierownika dozoru geologicznego) lub świadectwem wydanym przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego (dla geologa - nadzór geologiczny). Na potrzeby

realizacji przedmiotu zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, jedynymi wymaganymi uprawnieniami pozostają bowiem kwalifikacje geologiczne kategorii IV lub XIII. Dodatkowo w opinii Ministerstwa Klimatu i Środowiska wskazane jest, w odniesieniu do geologów (4 osoby na gruncie postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania) pełniących dozór geologiczny - są to wystarczające kwalifikacje. Kierować takimi pracami może wyłącznie osoba z kwalifikacjami kategorii IV.

Należy również dodać, że uprawnienia z kategorii XIII są to uprawnienia „niższe” niż kategoria IV i mogą ich zastąpić osoby z uprawnieniami kat. IV lub II, jednak trudno wyobrazić sobie Zamawiającemu, aby jakiś Wykonawca „poświęcił” osoby z takimi uprawnieniami dla jednego projektu. Stały dozór wymagany jest w trybie pracy ciągłej, 24 h na dobę, również w niedziele i inne święta. To powoduje wyłączenie tych osób z innych projektów, bo jeśli np. będą sprawować stały dozór w systemie zmianowym co 12 godzin przez 1 tydzień, to w następnym tygodniu będą odbierać czas wolny (równoważny czas pracy, na grafiku). Można sobie wyobrazić, że zatrudnieni będą emeryci, ale w ten sposób przeprowadzenie projektu może być zagrożone (bowiem takie osoby, często brane są przez Zamawiającego tylko, aby spełnić dany warunek, a nie rzeczywiście pracować w projekcie). **W ocenie Zamawiającego popartej opiniami specjalistów – znacznie korzystniej dla realizacji Projektu jest wykorzystanie osób z niższymi uprawnieniami (i stawkami) do dozoru, a wyższymi uprawnieniami do nadzoru (co znalazło odzwierciedlenie w SWZ).**

*

Odnosząc się zaś do wymagania co najmniej 2 osób dozoru geologicznego z doświadczeniem w pracy w terenowym laboratorium w SWZ, w zakresie nadzoru i dozoru geologicznego. Kluczowe dla Zamawiającego jest zapewnienie usługi aparatury kontrolno-pomiarowej, bowiem zalecenie wykorzystania laboratorium polowego na wiertni jest zawarte w projekcie robót geologicznym.

Wykorzystanie takiej aparatury wymaga doświadczenia dozoru geologicznego w zakresie bieżącej (on-line) interpretacji odczytów, a także wykorzystania tych odczytów w sytuacji ewentualnych awarii czy komplikacji podczas wiercenia i wyciągania wniosków lub rozstrzygania kwestii spornych pomiędzy Inwestorem, a wykonawcą wiercenia.

**

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że wszelkie podjęte czynności w postępowaniu przez Zamawiającego zostały zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie widzi podstaw, aby zmienić SWZ, dlatego też wnosi o oddalenie Odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec powyższego wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

- 1) Odpisy dokumentów (dowodów) wymienionych w treści pisma;
- 2) Dowód przekazania odpisu niniejszego pisma Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej.
- 3) Dowód przekazania odpisu niniejszego pisma Przystępującemu po stronie Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej,

.....
podpis Zamawiającego / przedstawiciela