

OPINIA PRAWNA

dla Hoogells Oleksiewicz sp.k.

w sprawie oceny prawnej wymagań w zakresie niezbędnych kwalifikacji dla osób zdolnych do wykonania zamówienia na dozór geologiczny nad wykonaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych

1. WPROWADZENIE

Hoogells Oleksiewicz sp.k. („**Spółka**”) zwróciła się do Kancelarii Prawnej Tomasz Siedlecki Radca Prawny z prośbą o sporządzenie opinii prawnej zawierającej ocenę prawną wymagań ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie doradztwa, dozoru i nadzoru nad wykonaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana*, numer referencyjny: ZP 271.1.2022, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – ogłoszenie nr 2022/BZP 00061668/01 z 18 lutego 2022 r. („**Postępowanie**”) dla osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie kwalifikacji geologicznych.

Przedmiotem niniejszej opinii prawnej jest wskazanie czy ustalone w toku Postępowania wymagania dla osób zdolnych do wykonania zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, były zgodne ze znajdującymi zastosowanie przepisami prawa.

2. ŹRÓDŁA PRAWA

Niniejsza opinia prawna została sporządzona na podstawie następujących aktów prawnych:

- (a) ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) („**PZP**”),
- (b) ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1420 ze zm.) („**PGG**”).

3. STAN FAKTYCZNY

W dniu 18 lutego 2022 r. Gmina Smyków („**Zamawiający**”) wszczęła Postępowanie.

Przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, pozostaje pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie doradztwa i nadzoru nad wykonaniem

otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana.

Zakres zamówienia został szczegółowo opisany w rozdziale IV Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („**SWZ**”).

W zakres zamówienia wchodzi m.in.:

- współpraca z Zamawiającym przy opracowaniu dokumentacji o udzielaniu zamówienia publicznego podczas wyłaniania firmy wiertniczej w celu wykonania otworu geotermalnego Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana,
- opracowanie części technicznej dokumentacji przetargowej dla wykonania otworu wymienionego wyżej w tym między innymi: określenie minimalnych wymagań technicznych stawianych potencjalnym Wykonawcom, określenie warunków udziału w postępowaniu, aktualizacja kosztorysu inwestorskiego, opracowanie przedmiaru robót dla wszystkich robót, opracowanie harmonogramu robót, weryfikacja treści projektu robót geologicznych, udział w pracach komisji przetargowej do momentu wyboru Wykonawcy robót,
- sprawowanie nadzoru i dozoru inwestorskiego podczas wszelkich prac i robót określonych w „Projekcie robót geologicznych na wykonanie otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana” („**PRG**”),
- sprawowanie dozoru geologicznego podczas wykonywania wszelkich prac i robót określonych w PRG oraz wynikających z modyfikacji wprowadzonych przez nadzór geologiczny wraz z przekazywaniem nadzorowi geologicznemu wszelkich bieżących informacji o aktualnej sytuacji w otworze, opracowanie raportów dobowych dokumentujących wykonanie otworu geotermalnego,
- opracowanie dokumentacji geologicznej z wykonania otworu geotermalnego,
- stałe uczestnictwo w naradach technicznych organizowanych przez wszystkie strony procesu inwestycyjnego,
- bieżące informowanie Zamawiającego o postępie robót na budowie, ewentualnych trudnościach w jego realizacji i możliwych do wystąpienia zagrożeniach,
- bieżąca współpraca z Zamawiającym i Wykonawcą wierceń w trakcie realizacji prac wiertniczych oraz wsparcie merytoryczne przy rozstrzyganiu trudności natury technicznej i organizacyjnej,
- sprawowanie nadzoru wiertniczego nad Wykonawcą otworu geotermalnego w trakcie realizacji prac wiertniczych w tym między innymi doradztwo w sprawach dotyczących konstrukcji odwiertu, nadzorowanie, doradztwo i udział w podejmowaniu decyzji odnośnie prowadzenia wszelkich prac wiertniczych w odwiercie, w tym zwłaszcza wydawanie poleceń odnoszących się do metody, technologii i efektywności prowadzonych prac zgodnie z obowiązującymi przepisami i przyjętymi w branży standardami postępowania, przygotowanie prognoz odnośnie potrzeb w zakresie sprzętu i personelu oraz pomoc przy zamawianiu niezbędnych usług, kontrolowanie postępu poszczególnych faz prac

na odwiercie oraz zgodności z założonym harmonogramem prac, opiniowanie i doradztwo w zakresie rozwiązywania problemów technicznych wynikłych w trakcie wykonywanych prac, nadzorowanie wykonywania prac serwisów zaangażowanych przy robotach wiertniczych, nadzorowanie bezpieczeństwa stosowania substancji i preparatów chemicznych na terenie objętym robotami, współpraca z innymi organami nadzoru, właściwymi miejscowo z Zamawiającym,

- badania laboratoryjne – wykonanie laboratoryjnych badań prób w zakresie między innymi składu petrograficznego i właściwości fizyko-chemicznych skał, właściwości fizyko-chemicznych i przydatności do wykorzystania w balneoterapii wód termalnych, ustalenia składu gazu złożowego,
- opracowanie i zatwierdzenie dokumentacji hydrogeologicznej w zakresie (i) opracowanie dokumentacji hydrogeologicznej ustalającej zasoby eksploatacyjne wód termalnych wraz z uczestnictwem w procedurze zatwierdzania tej dokumentacji hydrogeologicznej, aż do uzyskania decyzji właściwego organu administracji geologicznej zatwierdzającej dokumentację, (ii) przekazanie Zamawiającemu zatwierdzonej dokumentacji hydrogeologicznej w wymaganej ilości i formie po zakończeniu przedsięwzięcia,
- współpraca z Zamawiającym w przygotowaniu rozliczenia inwestycji w NFOŚiGW poprzez przygotowywanie wniosków o wypłatę środków zgodnie z Umową o dofinansowanie oraz przygotowywanie sprawozdań i dokumentów rozliczeniowych potwierdzających prawidłowość realizacji robót wiertniczych według harmonogramu uzgodnionego z NFOŚiGW i osiągnięcia efektu rzeczowego zgodnego z Umową o dofinansowaniu Projektu.

Zamawiający w rozdziale VIII SWZ ustalił warunki udziału w Postępowaniu, w szczególności ustalił wymagania dla członków zespołu wykonawcy (osób zdolnych do wykonania zamówienia), tj.:

- Koordynatora projektu – 1 osoba,
- Hydrogeologa (nadzór hydrogeologiczny) – 1 osoba,
- Geologa (nadzór geologiczny) – 1 osoba,
- Kierownika dozoru geologicznego – 1 osoba,
- Geologa (nadzór geologiczny) – 4 osoby.

Dla wszystkich wskazanych osób, za wyjątkiem Koordynatora projektu, Zamawiający wymaga, aby wskazane przez wykonawcę osoby posiadały kwalifikacje geologiczne (w określonych kategoriach, tj. II, IV lub XIII).

W dniu 23 lutego 2022 r. jeden z wykonawców (Geotermia Polska Sp. z o.o.) zakwestionował wskazany powyżej wymóg jako nieodpowiedni, powołując się w tym zakresie na przepisy PGG.

Wskazany powyżej wykonawca w żądaniu odwołania złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej domaga się m. in. zmiany SWZ w zakresie wymagań dla Kierownika dozoru geologicznego – 1 osoba oraz Geologa (nadzór geologiczny) – 4 osoby, aby zamiast kwalifikacji geologicznych (wskazanych powyżej), Zamawiający wymagał od

tych osób tzw. uprawnień górniczych, tj. kwalifikacji geologa górniczego potwierdzonych poprzez świadectwo wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (dla Kierownika dozoru geologicznego) oraz kwalifikacji wyższego dozoru geologicznego w specjalności geologicznej w zakładach wykonujących roboty geologiczne potwierdzonych przez świadectwo wydane przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego (dla Geologa – nadzór geologiczny – 4 osoby).

W związku z powyższym, niniejsza opinia stanowi również ocenę zasadności zarzutów podniesionych w treści wskazanego powyżej odwołania.

4. USTALENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ŚWIELE PRZEPISÓW PZP

Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być określone zatem na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Co równie ważne, określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zatem punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 112).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8 maja 2014 r., sygn. XII Ga 211/14: nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania.

W świetle powyższego, Zamawiający nie można formułować warunków udziału w Postępowaniu, które nie mają jednoznacznego przełożenia na rzetelność wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

5. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA W POSTĘPOWANIU A WYMÓG POSIADANIA KWALIFIKACJI GEOLOGICZNYCH PRZEZ OSOBY ZDOLNE DO WYKONANIA ZAMÓWIENIA W ŚWIETLE PRZEPISÓW PGG

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie doradztwa i nadzoru nad wykonaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana.

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w rozdziale IV SWZ (zob. punkt 3 niniejszej opinii), ale też we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ (§3 teŹe).

Zakres usług dla Inżyniera Kontraktu w ramach zamówienia można teŹ wyczytać z PRG udostępnionego w ramach dokumentacji Postępowania.

Zgodnie z punktem 13.4 PRG: *wszelkie prace wiertnicze i badawcze będą odbywały się pod dozorem i nadzorem geologicznym oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.*

Można zatem przyjąć, Źe kluczowa z punktu widzenia oceny ustalonych warunków udziału w Postępowaniu będzie usługa dozoru i nadzoru geologicznego.

W związku z powyŹszym, naleŹy ustalić, jakie uprawnienia (i czy w ogóle) sã niezbędne na potrzeby świadczenia usługi dozoru i nadzoru geologicznego.

Zgodnie z art. 50 ust. 1 PGG: *osoby wykonujące czynności polegające na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi, z wyjątkiem badań geofizycznych innych niŹ badania sejsmiczne i geofizyki wiertniczej, sã obowiązane posiadać kwalifikacje w zawodzie geolog określone ustawã.*

Przepisy PGG nie zawierają definicji dozorowania i kierowania pracami geologicznymi.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie¹, 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 przyczynã postępowania (E. Sobol, Słownik języka polskiego, Warszawa 2005, s. 324).

Przez pojęcie dozoru natomiast rozumieć naleŹy opiekę wyznaczonã nad kimś lub nad czymś, mającã na celu dopilnowanie wykonania czegoś lub zapobieżenie czemuś; strzeŹenie, pilnowanie, dogłãdanie (E. Sobol, Słownik..., s. 324).

W art. 50 ust. 2 PGG określono 10 kategorii kwalifikacji w zawodzie geolog polegających na wykonywaniu, dozorowaniu i kierowaniu pracami geologicznymi.

Spośród 10 kategorii wskazanych w art. 50 ust. 2 PGG istotne dla poszukiwania i rozpoznawania wód termalnych będą: kategoria IV oraz XIII.

Pierwsza z nich (kategoria IV) dotyczy *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, wtłaczaniem wód do górotworu, wykonywaniem odwodnień*

¹ M. Walas [w:] Prawo geologiczne i górnicze. Komentarz, red. B. Rakoczy, Warszawa 2015, art. 50.

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.

Z kolei druga z nich (kategoria XIII) dotyczy wykonywania czynności dozoru geologicznego nad pracami geologicznymi, z wyjątkiem badań wymienionych w pkt 9, 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.

Warto w tym miejscu rozróżnić dozór i kierowanie, o których mowa w kategorii XIII.

W odniesieniu do dozoru geologicznego Ustawodawca nie sprecyzował żadnych ograniczeń, tożsamy jak w przypadku kierowania robotami geologicznymi. Posiadanie kwalifikacji w kategorii XIII uprawnia zatem do sprawowania dozoru geologicznego nad wszelkimi pracami geologicznymi, tj. niezależnie od przeznaczenia i głębokości otworu. Ograniczenia dotyczą wyłącznie kierowania w terenie robotami geologicznymi i w ramach kategorii XIII można kierować robotami geologicznymi jedynie podczas wykonywania robót geologicznych w otworach, których głębokość nie przekracza 100 m.

W świetle powyższego, do wykonywania dozoru prac geologicznych nad wykonywaniem geotermalnych otworów badawczo-eksploatacyjnych o głębokości powyżej 100 m upoważnione będą osoby posiadające stwierdzone kwalifikacje geologiczne kategorii IV lub XIII natomiast pracami tymi kierować może wyłącznie osoba posiadająca kwalifikacje geologiczne kategorii IV.

Stwierdzenie posiadania kwalifikacji w zawodzie geolog w zakresie wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi w kategorii XIII następuje w drodze świadectwa wydanego przez odpowiedniego marszałka województwa (art. 51 pkt 2) PGG).

Warto w tym miejscu dodać, że wskazane powyżej uprawnienia są jedynymi, które uprawniają do wykonywania dozoru geologicznego nad wykonywaniem geotermalnych otworów badawczo-eksploatacyjnych.

Co więcej, w przypadku wykonywania takiego dozoru bez wymaganych kwalifikacji, przepisy karne zawarte w PPG przewidują karę grzywny, co wynika wprost z treści art. 178 PPG².

² Kto wykonuje lub dozoruje prace geologiczne lub kieruje tymi pracami, nie posiadając wymaganych do tego kwalifikacji, podlega karze grzywny.

Tym samym, zaniechanie ustalenia wymogu posiadania wskazanych powyżej kwalifikacji geologicznych przez osoby zdolne do wykonania zamówienia na etapie Postępowania może w konsekwencji doprowadzić do sytuacji, w której zamówienie uzyska podmiot nie dysponujący osobami z odpowiednimi kwalifikacjami.

W konsekwencji, osoby te nie będą w stanie stwierdzić, czy realizowane przez wykonawcę otworu prace są wykonywane zgodnie z PRG. Brak osób posiadających kwalifikacje geologiczne spowoduje też, że nie będzie możliwe zatwierdzenie dokumentacji hydrogeologicznej.

W świetle powyższego, SWZ powinna przewidywać wymóg dopuszczający do realizacji zamówienia osoby z odpowiednimi kwalifikacjami geologicznymi, tj. uprawnieniami w kategorii IV lub XIII.

W szczególności, nie mogą być one zastępowane przez tzw. kwalifikacje górnicze, które uregulowano w art. 53 ust. 1 pkt 3) i art. 58 PGG, a zatem w rozdziale 2 zatytułowanym kwalifikacje w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego. Kwalifikacje, o których mowa, związane są ze stwierdzeniem posiadania przez osoby ubiegające się o ich stwierdzenie wiedzy i umiejętności w zakresie techniki górniczej oraz bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie górniczym³.

Kwalifikacje te wiążą się z etapem eksploatacji otworu wód termalnych i znajdują zastosowanie do podmiotu wykonującego ten etap prac, a nie do podmiotu, który będzie pełnił na rzecz Zamawiającego usługę dozoru wykonania geotermalnych otworów badawczo-eksploatacyjnych.

6. KONKLUZJE

Na potrzeby warunków udziału w Postępowaniu zasadnym jest żądanie przez Zamawiającego wykazania się przez osoby zdolne do wykonania zamówienia kwalifikacjami geologicznymi kategorii IV lub XIII z art. 50 ust. 2 PGG.

Powyższy wymóg znajduje podstawę w przedmiocie zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie. Wykonawca wybrany w toku Postępowania będzie bowiem pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu w zakresie doradztwa i nadzoru nad wykonaniem otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych Smyków GT-1 w miejscowości Wólka Smolana. W szczególności, będzie świadczył usługi w zakresie dozoru geologicznego nad pracami geologicznymi realizowanymi przez wykonawcę otworu poszukiwawczo-rozpoznawczego wód termalnych.

Przepisy PPG przewidują, że osoba sprawująca dozór geologiczny nad pracami opisanymi powyżej musi posiadać kwalifikacje geologiczne IV lub XIII kategorii zawarte w dziale IV, rozdziale 1 PPG (kwalifikacje w zakresie geologii).

W świetle powyższego, wymaganie tych uprawnień przez Zamawiającego już na etapie Postępowania jest w pełni zasadne.

³ Por. P. Wojtulek, T. Kocowski, W. Małecki, *Prawo geologiczne i górnicze*, wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2020, str. 182.

Jednocześnie, bez związku z przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie pozostaje wymóg dotyczący tzw. uprawnień górniczych określonych w dziale IV, rozdziale 2 PPG (kwalifikacje w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego).

RADCA PRAWNY
Anna Dynek
Anna Dynek
WA-11506