

Sygn. akt: KIO 1902/19

**WYROK**

**z dnia 18 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Wdrożeniowe MIDACH Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górnictwą S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A.P. prowadzącej w Gliwicach działalność gospodarczą pod firmą „Pean A.P.”**, oraz **ZRG sp. z o.o. w Rybniku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M.C. prowadzącego w Gliwicach działalność gospodarczą pod nazwą M&M Ch., M. C.** oraz **Górniczego Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Hydrokop sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Wdrożeniowe MIDACH Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Wdrożeniowe MIDACH Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Głównego Instytutu Górnictwa z siedzibą w Katowicach** oraz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Wdrożeniowego MIDACH sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na „badanie i ocenę obudowy szybów i szybków dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 maja 2019 r. nr 2019/S 097 – 236095.

16 września 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Głównemu Instytutowi Górnictwa z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwu Produkcyjno - Wdrożeniowemu MIDACH Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez wykonawców Firma M&M M.C. z siedzibą w Gliwicach oraz Górnicze Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Hydrokop sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, zwanych dalej „przystępującym C.”, a także oferty złożonej przez wykonawców Pean A.P. z siedzibą w Gliwicach i ZRG sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwanych dalej „przystępującym P.”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru ofert złożonych przez ww. wykonawców,
  - 2) zaniechania czynności wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu,
  - 3) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców
- odwołujący wniósł 25 września 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców, gdy przedłożone przez tych wykonawców certyfikaty nie odpowiadają wymaganiom SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2019. 1010 t.j.) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawców gdy wykonawcy ci dążąc do uzyskania zamówienia na niekonkurencyjnych zasadach, mając przy tym na celu utrudnienie pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, w tym odwołującemu, dostępu do rynku wyznaczonego zakresem zamówienia, a zatem której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej,

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert złożonych przez ww. wykonawców,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia ww. wykonawców oraz odrzucenia ich ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferty obu ww. wykonawców nie spełniają wymogu zamawiającego określonego w części XV SIWZ. Zgodnie z postanowieniem części XV SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, zamawiający żądał dołączenia do oferty *certyfikatu wydanego przez jednostkę akredytowaną poświadczającego, że Wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy spełniający wymagania aktualnie obowiązujących norm w zakresie objętym zamówieniem. Zamawiający żąda złożenia certyfikatu wydanego przez podmiot zajmujący się poświadczeniem zgodności działań Wykonawcy. Podmiot wydający certyfikat winien być akredytowany w branży: górnictwo i kopalnictwo.*

Odwołujący wywiódł, że wymóg ten był przedmiotem pytań, które zostały zadane po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu. W dniu 21.06.2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 1 o następującej treści: *„Proszę o informację czy zawierając Umowę Konsorcjum z inną firmą każdy z Wykonawców musi spełnić warunek w zakresie Certyfikatu wydanego przez jednostkę akredytowaną (ISO), czy wystarczy, że Lider Konsorcjum posiada w/w certyfikat?”. W swej odpowiedzi zamawiający poinformował „Zamawiający wyjaśnia, że wystarczy jak jeden z uczestników Konsorcjum będzie posiadał certyfikat wydany przez jednostkę akredytowaną poświadczającą, że Wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy spełniający wymagania aktualnie obowiązujących norm w zakresie objętym zamówieniem”.*

Odwołujący argumentował także, że zamawiający w odpowiedzi z dnia 18.06.2019 r. na pytanie nr 2 uzasadnił wymóg posiadania przez wykonawcę certyfikatu, wskazując, że wymaga usług o najwyższych standardach bezpieczeństwa i jakości. Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SIWZ jest zawarcie umowy ramowej na „badanie i ocenę obudowy szybów i szybików dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A.” zatem certyfikaty złożone przez wykonawców powinny obejmować prowadzenie badań.

Odwołujący podniósł, że certyfikat złożony przez przystępującego C. posiada następujący zakres ważności: usługi w zakresie górniczych robót dołowych. Z kolei certyfikat

złożony przez przystępującego P. potwierdza, że wykonawca stosuje system zarządzania zgodnie z określoną normą w zakresie: wykonywanie robót górniczych pod ziemią.

Zdaniem odwołującego oczywistym jest, że w zakresie potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym przez zamawiającego wymaganiom, przedstawione certyfikaty nie dotyczą zakresu objętego zamówieniem. Zakresem zamówienia, a więc i zakresem zawartej umowy będzie wykonywanie usług badawczych i pomiarowych nie zaś wykonanie robót górniczych, zatem wystąpienie opisanej powyżej niezgodności oferty z SIWZ skutkuje dla zamawiającego obowiązkiem odrzucenia oferty nią obarczonej. Według odwołującego przedłożenie certyfikatów, które nie potwierdzają wymagań postawionych przez zamawiającego, stanowi złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ, bowiem zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji.

Odwołujący odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp podniósł, że zamawiający w SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów
  2. zdolności technicznej lub zawodowej.
- określone w części VIII.

Wywiódł, że zamawiający przewidział, iż uzna, że powyższe warunki zostały spełnione, jeżeli:

1. *Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnicze w zakresie wyszczególnionym w części XI SIWZ.*

2. *Wykonawca wykaże się zdolnością techniczną lub zawodową, to znaczy: dysponuje osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, to znaczy osobami z uprawnieniami rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, tj.:*

Przedmiot zamówienia (zadanie)	Kwalifikacje Wykonawcy	Min. ilość pracowników niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia	Podstawa prawna/norma dotycząca przedmiotu zamówienia
Badanie i ocena	Rzecznawca ds. ruchu	2	Pgg oraz RME z dnia

obudowy szybów i szybików	zakładu górnictwa w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg		23.11.2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górnictwa
---------------------------------	---	--	--

Odwołujący przywołał także postanowienia części XI SIWZ.

*Część XI. Oświadczenia i dokumenty, których Zamawiający żąda do oferty, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia (określonych w Części IX SIWZ) oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu (określonych w Części VIII SIWZ).*

*1. uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górnictwa, wydanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV. (...)*

*3. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, 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 zgodnie z Załącznikiem nr 3a do SIWZ.*

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z brzmieniem powyżej przywołanych zapisów SIWZ zamawiający oddzielnie postawił wymienione niżej warunki oraz wymagał różnych dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia:

A) - dotyczący Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, na potwierdzenie spełnienia którego Wykonawca zgodnie z Częścią XI SIWZ powinien dołączyć do oferty ww. dokument potwierdzający, że posiada on wymagane uprawnienia - uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górnictwa, wydanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV.

Odwołujący argumentował, że w złożonych ofertach przystępującego C. oraz przystępującego P. brak jest dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku - uprawnień rzeczoznawcy dla ww. podmiotów gospodarczych.

W toku postępowania zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1, w dniu 18.06.2019r. poinformował, że: „pod pojęciem „Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górnictwa o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnicze zamawiający rozumie: firmy posiadające uprawnienia rzeczoznawcze

jako przedsiębiorstwo/podmiot gospodarczy, jak i przedsiębiorstwo/podmioty gospodarcze zatrudniające osoby fizyczne posiadające uprawnienia rzeczoznawcze nadane przez WUG.”

Uwzględniając wyjaśnienie zamawiającego w zakresie oceny spełnienia tego warunku odwołujący podniósł, że warunek będzie spełniony tylko wtedy gdy wykonawca zatrudnia osobę posiadającą wymagane uprawnienia. Tym samym do uznania przez zamawiającego warunku za spełniony konieczne jest wykazanie przez wykonawcę w ofercie, że zatrudnia on osobę posiadającą uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art. 72 Pgg grupa XIV oraz załączenie tych uprawnień do oferty. Zdaniem odwołującego, w złożonych ofertach przystępującego C. oraz przystępującego P. brak jest wskazania rzeczoznawcy, którego zatrudniają obaj wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku, jak również brak informacji o tym aby wykonawcy zatrudniali osobę posiadającą uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV. Tym samym ww. wykonawcy nie wykazali zamawiającemu, że spełniają warunek udziału w postępowaniu, a zamawiający na podstawie złożonych ofert ww. wykonawców nie mógł uznać, że postawiony przez niego warunek udziału - w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej - został przez tych wykonawców spełniony.

Odwołujący argumentował, że w zakresie warunku B) - dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej tj. dysponowania osobami, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na potwierdzenie spełnienia tego warunku - zamawiający zgodnie z częścią XI SIWZ wymagał wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, 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 zgodnie z załącznikiem nr 3a do SIWZ. Odwołujący podniósł, że w ofercie przystępującego P. brak jest informacji wymaganych przez zamawiającego tj. podstawy dysponowania tymi osobami. Zamawiający bez wiedzy jakie są podstawy dysponowania przez ww. wykonawców osobami, które zapewniają spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej nie może uznać, że jest on spełniony.

Odwołujący argumentował, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tj. dokonał wyboru oferty wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy

wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

Zdaniem odwołującego wątpliwości budzi fakt, czy wykonawcy faktycznie dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym, skoro w ofertach nie podano podstawy do dysponowania osobami, a taki właśnie wymóg postawił zamawiający. Należyta staranność, do której zobowiązany jest wykonawca przy sporządzaniu oferty, winna skutkować wykazaniem osób, którzy w dacie ich wskazywania faktycznie pozostają w dyspozycji wykonawcy. Z powyższego wynika, że wykonawcy, którzy złożyli oferty: przystępujący C. oraz przystępujący P. podlegają wykluczeniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. P. prowadząca w Gliwicach działalność gospodarczą pod firmą „Pean A. P.”, oraz ZRG sp. z o.o. w Rybniku. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M.C. prowadzący w Gliwicach działalność gospodarczą pod nazwą M&M C., M.C. oraz Górnictwo Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Hydrokop sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, oferty złożone przez przystępującego P. i przystępującego C., zawiadomienie o wyborze ofert z dnia 13 września 2019 r., złożony przez zamawiającego wyciąg z kwartalnika „Prace naukowe GIG Górnictwo i Środowisko” nr 3/2006, zawierający artykuł Sławomira H. Bocka „Metody badań wytrzymałościowych obudowy szybów kopalnianych”, wezwania do złożenia wyjaśnień skierowane przez zamawiającego do przystępujących w dniu 9 października 2019 r., jak również biorąc**



**pod uwagę oświadczenia i stanowiska przedstawione przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego obok ofert przystępujących C. i P. została wybrana w postępowaniu prowadzonym celem zawarcia umowy ramowej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia ich ofert. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu względnie zaniechał czynności odrzucenia ich oferty skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu, względnie odrzucenia ich oferty, czego efektem może być zwiększenia szans odwołującego na uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wskazał w części VII SIWZ, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

1. *Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów*
  2. *Zdolności technicznej lub zawodowej.*
- określone w Części VIII (...).*

Ustalono, że w części VIII SIWZ wskazano, że Zamawiający uzna, iż powyższe warunki zostały spełnione, jeżeli:

1. *Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnicze w zakresie wyszczególnionym w części XI SIWZ.*
2. *Wykonawca wykaże się zdolnością techniczną lub zawodową, to znaczy:*
  - 1) (...)

2) *dysonuje osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, to znaczy osobami z uprawnieniami rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, tj.:*

Przedmiot zamówienia (zadanie)	Kwalifikacje Wykonawcy	Min. ilość pracowników niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia	Podstawa prawna/norma dotycząca przedmiotu zamówienia
Badanie i ocena obudowy szybów i szybków	Rzecznawca ds. ruchu zakładu górniczego w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg	2	Pgg oraz RME z dnia 23.11.2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych

Ustalono ponadto, że zamawiający w części X SIWZ, w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu zażądał złożenia wraz z ofertą oświadczeń:

1. *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) sporządzony według wzoru (formularza) stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ (...)*
2. *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów – jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów.*

Ustalono ponadto, że zamawiający w części XI SIWZ wymienił Część XI *Oświadczenia i dokumenty, których Zamawiający żąda do oferty, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia (określonych w Części IX SIWZ) oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu (określonych w Części VIII SIWZ).*

Ustalono także, że wśród tych dokumentów wymagano złożenia m.in. następujących dokumentów:

1. *uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV. (...)*
3. *wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, 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 zgodnie z Załącznikiem nr 3a do SIWZ.

W dalszej kolejności ustalono, że w części XV SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, zamawiający żądał dołączenia do oferty *certyfikatu wydanego przez jednostkę akredytowaną poświadczającego, że Wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy spełniający wymagania aktualnie obowiązujących norm w zakresie objętym zamówieniem. Zamawiający żąda złożenia certyfikatu wydanego przez podmiot zajmujący się poświadczeniem zgodności działań Wykonawcy. Podmiot wydający certyfikat winien być akredytowany w branży: górnictwo i kopalnictwo.*

Ustalono również, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na badanie i ocenę obudowy szybów i szybków dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. Zakresem umowy ramowej są wszystkie usługi badawcze, pomiarowe wyszczególnione w zakresie rzeczowym opisanym w SIWZ.

Zamawiający postanowił także, że przedmiotowa usługa musi być wykonana zgodnie z przepisami:

- a) *prawa Geologicznego i Górniczego wraz z rozporządzeniami z niego wynikającymi,*
- b) *ustawy o systemie oceny zgodności wraz z rozporządzeniami z niej wynikającymi,*
- c) *prawa budowlanego,*
- d) *właściwych aktów prawnych w zakresie bezpieczeństwa eksploatacji, higieny pracy i bezpieczeństwa pożarowego,*
- e) *nakazów, wystąpień, decyzji i zarządzeń wydanych przez organy nadzoru górniczego i Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego,*
- f) *wymaganych norm,*
- g) *dokumentacji technicznych urzędzeń,*
- h) *wewnętrznych zarządzeń Zamawiającego, w tym w szczególności w sprawie wymaganych kwalifikacji, zatrudniania i prowadzenia działalności przez obce podmioty gospodarcze na terenie kopalni.*

Ustalono także, że zgodnie ze wzorem załącznika nr 3a do SIWZ (wzór wykazu osób) w wykazie tym należało wypełnić następujące kolumny:

Lp.	Wymagania Zamawiającego w zakresie ilości osób o wymaganych uprawnieniach /kwalifikacjach	Imię i nazwisko	Nr dokumentu potwierdzającego posiadane uprawnienia/kwalifikacje	Posiadane uprawnienia lub kwalifikacje do wykonywania czynności (kopia w załączeniu)	Podmiot udostępniający zasoby w przypadku korzystania przez Wykonawcę
1.	co najmniej 2 rzeczoznawców ds. ruchu zakładu górniczego w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg 2				

Ustalono również, że 18 czerwca 2019 r. w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie SIWZ o treści:

*Pytanie 1:*

*Dotyczy SIWZ, „część VIII. Opis warunków, o których mowa w Części VII, pkt 1”*

*Wnoszę o wyjaśnienie czy Zamawiający pod pojęciem „Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnicze” rozumie wyłącznie przedsiębiorstwa/podmioty posiadające uprawnienia rzeczoznawcze jako podmiot gospodarczy czy może przedsiębiorstwa/podmioty gospodarcze zatrudniające osoby fizyczne posiadające uprawnienia rzeczoznawcze nadane przez WUG?*

*Wskazanie przez Zamawiającego, iż chodzi o podmioty gospodarcze posiadające uprawnienia rzeczoznawcze prowadziłyby do ograniczenia konkurencji na rynku danych usług, albowiem jak wynika z wiedzy Wykonawcy na rynku funkcjonują jedynie jednostkowe podmioty gospodarcze posiadające nadane uprawnienia.*

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*Pod pojęciem „Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnicze Zamawiający rozumie: firmy posiadające uprawnienia rzeczoznawcze jako przedsiębiorstwo/podmiot gospodarczy, jak i przedsiębiorstwo/podmioty gospodarcze zatrudniające osoby fizyczne posiadające uprawnienia rzeczoznawcze nadane przez WUG.*

Ustalono również, że 18 czerwca 2019 r. w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie SIWZ o treści:

*Pytanie 4: Dotyczy Załącznika nr 1 do SIWZ — Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, część IV Zakres zamówienia oraz wymagania organizacyjne — obowiązki Wykonawcy pkt 6) oraz część V — obowiązki Zamawiającego lit. d)*

*Zgodnie z częścią IV pkt 6) to Wykonawca ma przekazać Zamawiającemu wykaz osób dozoru ruchu odpowiadający uzgodnionemu schematowi organizacyjnemu, przy czym zgodnie z częścią V lit. d) to po stronie Zamawiającego leży zapewnienie osoby dozoru ruchu ze strony kopalni w charakterze opiekuna i koordynatora prac.*

*Proszę o wyjaśnienie czy w sytuacji obligatoryjnego zapewnienia osoby dozoru ruchu ze strony kopalni, który będzie brał udział w podejmowanych w ramach wykonywanej usługi przez Wykonawcę czynnościach, konieczne jest zapewnienie przez Wykonawcę dodatkowej osoby dozoru ruchu. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż w sytuacji zjazdu na dół szybu (na głowicy klatki lub w kuble awaryjnego wyciągu ratowniczego) ilość miejsca jest ograniczona w konsekwencji czego jedynie kilka osób ma możliwość uczestniczenia w danej czynności. Z dotychczasowej praktyki Wykonawcy wynika, iż osoba dozoru ruchu wyznaczona przez Zamawiającego uczestniczy w czynnościach obligatoryjnie.*

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*Zamawiający informuje, że zgodnie z Art. 121 ustawy Prawo geologiczne i górnicze i §15 Rozporządzenia Ministra Energii osoba dozoru ruchu ze strony Wykonawcy jest wymagana.*

Ustalono również, że 21 czerwca 2019 r. w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie SIWZ o treści:

*Pytanie 1: Proszę o informację czy zawierając Umowę Konsorcjum z inną firmą każdy z Wykonawców musi spełnić warunek w zakresie Certyfikatu wydanego przez jednostkę akredytowaną (ISO), czy wystarczy, że Lider Konsorcjum posiada ww. certyfikat?*

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*Zamawiający wyjaśnia, że wystarczy jak jeden z uczestników Konsorcjum będzie posiadał certyfikat wydany przez jednostkę akredytowaną poświadczającą, że Wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy spełniający wymagania aktualnie obowiązujących norm w zakresie objętym zamówieniem.*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in.:

- 1) przystępujący P., to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. P. prowadząca w Gliwicach działalność gospodarczą pod firmą „Pean A. P.”, oraz ZRG sp. z o.o. w Rybniku,
- 2) przystępujący C., to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. C. prowadzący w Gliwicach działalność gospodarczą pod nazwą M&M C., M. C. oraz Górnictwo Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Hydrokop sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie.

Ustalono, że przystępujący P. i przystępujący C. złożyli wraz z ofertą dokumenty JEDZ dla wszystkich uczestników swych konsorcjów. W dokumentach tych w części IV (kryteria kwalifikacji), w sekcji α, złożyli oświadczenie, że spełniają kryteria kwalifikacji.

Ustalono, że przystępujący w dokumentach JEDZ, w części II pkt C, oświadczyli, że nie polegają na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV dokumentu JEDZ.

Przystępujący oświadczyli także, że nie zamierzają zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (część II pkt D dokumentów JEDZ).

Ustalono także, że przystępujący P. złożył wraz z ofertą:

- 1) certyfikat z 11.06.2018 dla systemu zarządzania wg PN-EN ISO 9001:2015, zgodnie z którym TUV Nord Polska sp. z o.o. zaświadcza, że ZRG sp. z o.o. w Rybniku stosuje system zarządzania zgodnie z powyższą normą w zakresie: wykonywanie robót górniczych pod ziemią,
- 2) certyfikat dla systemu zarządzania wg PN-N-18001:2004, w którym TUV Nord Polska sp. z o.o. zaświadcza, że ZRG sp. z o.o. w Rybniku stosuje system zarządzania zgodnie z powyższą normą w zakresie: wykonywanie robót górniczych pod ziemią.

Ustalono także, że przystępujący C. złożył wraz z ofertą:

- 1) certyfikat ISO 9001:2015 dla Górnictwo Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Hydrokop sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie, w którym jako zakres ważności wskazano: usługi w zakresie górniczych robót dołowych, wydany przez TUV Rheinland,
- 2) certyfikat PN-N 18001:2004 dla Górnictwo Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Hydrokop sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie, w którym jako zakres ważności wskazano: usługi w zakresie górniczych robót dołowych, wydany przez TUV Rheinland.

Ustalono ponadto, że przystępujący P. złożył wraz z ofertą wykaz osób. W wykazie tym wskazał m.in. co następuje:

Lp.	Imię i nazwisko	Nr dokumentu potwierdzającego posiadane uprawnienia/kwalifikacje	Posiadane uprawnienia lub kwalifikacje do wykonywania czynności (kopia w załączeniu)
1.	G. D.	Dr inż.	Rzecznawca ds. ruchu zakładu górniczego
2.	G. S.	Dr inż	Rzecznawca ds. ruchu zakładu górniczego

Do wykazu przystępujący P. załączył decyzje Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o nadaniu panu G. D., a także panu G. S. uprawnień rzeczoznawców do spraw ruchu zakładu górniczego m.in. w grupie XIV – obudowy szybów.

Ustalono ponadto, że przystępujący C. złożył wraz z ofertą wykaz osób. W wykazie tym wskazał m.in. co następuje:

Lp.	Wymagania Zamawiającego w zakresie ilości osób o wymaganych uprawnieniach /kwalifikacjach	Imię i nazwisko	Nr dokumentu potwierdzającego posiadane uprawnienia/kwalifikacje	Posiadane uprawnienia lub kwalifikacje do wykonywania a czynności (kopia w załączeniu)	Podmiot udostępniający zasoby w przypadku korzystania przez Wykonawcę
1.	co najmniej 2 rzeczoznawców ds. ruchu zakładu górniczego w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg 2	H. K.	GG.911.41.20 17	dr hab. Inż. górnik	Firmy M&M
2		M.J.	GG.911.56.20 17	dr inż. górnik	Firmy M&M

Ustalono, że do wykazu przystępujący C. załączył decyzje Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o nadaniu panu H. K., a także panu M. J. uprawnień rzeczoznawców do spraw ruchu zakładu górniczego m.in. w grupie XIV – obudowy szybów.

Ustalono także, że przystępujący nie złożyli wraz z ofertami żadnych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania przystępującym zasobów kadrowych.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 13 września 2019 r. zawiadomił odwołującego o wyborze m.in. ofert złożonych przez przystępującego C., a także przystępującego P. .

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się *wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).*

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) stanowi, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, *czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:*

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;*
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;*
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;*
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;*
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.*

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert przystępującego P. i przystępującego C., z powodu złożenia certyfikatów nie odpowiadających wymaganiom części XV SIWZ.

Rzeczywiście, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, zamawiający żądał złożenia certyfikatu poświadczającego, że wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania



bezpieczeństwem i higieną pracy spełniający wymagania aktualnie obowiązujących norm w zakresie objętym zamówieniem.

Nie było sporne między stornami, że przystępujący C. złożył certyfikat potwierdzający spełnienie wymagań ISO 9001:2015 oraz certyfikat potwierdzający spełnienie wymagań normy PN-N 18001:2004. Nie było także sporne, że w obu certyfikatach wskazano, że zakres ich ważności obejmuje „usługi w zakresie górniczych robot dołowych”.

Z kolei przystępujący P. złożył certyfikat potwierdzający stosowanie systemu zarządzania zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2015 w zakresie „wykonywanie robót górniczych pod ziemią” oraz certyfikat dla systemu zarządzania według PN-N-18001:2004 w zakresie „wykonywanie robót górniczych pod ziemią”.

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że certyfikaty tej treści nie odpowiadają wymogom SIWZ. Wskazał, że – jego zdaniem – certyfikaty złożone przez wykonawców powinny obejmować prowadzenie badań. Wywiódł bowiem, że zakresem zamówienia jak i zakresem zawartej umowy będzie wykonywanie usług badawczych i pomiarowych nie zaś wykonywanie robót górniczych.

Zdaniem Izby, tak uzasadniony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał złożenia certyfikatów obejmujących prowadzenie badań. Zgodnie z literalnym brzemieniem wymogu, zamawiający wymagał złożenia certyfikatów poświadczających wdrożenie systemów zarządzania jakością i bezpieczeństwem i higieną pracy, które to systemy miały spełniać wymagania norm w zakresie objętym zamówieniem. Odwołujący nie wykazał jednak, aby zakres certyfikatów nie odnosił się do zakresu objętego zamówieniem.

Nie ulegało wątpliwości, że aby ustalić co jest objęte zakresem zamówienia należało sięgnąć do postanowień opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy. Jak wynikało z załącznika nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia będzie badanie i ocena obudowy szybów i szybków dla oddziałów PGG S.A. Usługa ta ma zostać wykonana zgodnie z przepisami prawa geologicznego i górniczego wraz z rozporządzeniami wykonawczymi do niego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 12 ustawy z 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 868 ze zm.) *robotą górniczą jest wykonywanie, utrzymywanie, zabezpieczanie lub likwidowanie wyrobisk górniczych oraz zwałowanie nadkładu w odkrywkowych zakładach górniczych w związku z działalnością regulowaną ustawą.*

Zgodnie z § 121 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1118):

7. *Badania stanu technicznego obudowy szybów i szybków są wykonywane przez rzeczoznawcę nie rzadziej niż co 5 lat. W trakcie tych badań rzeczoznawca:*

1) *uwzględnia w szczególności:*

- a) *monitoring hydrogeologiczny i geofizyczno-geotechniczny,*
- b) *wyniki pomiarów geometrii obudowy przeprowadzone przez mierniczego górniczego,*
- c) *wpływ dokonanej i projektowanej eksploatacji górniczej na powierzchnię, a w szczególności powstałe deformacje nieciągłe;*

2) *wykonuje:*

- a) *badania nieniszczące,*
- b) *badania niszczące próbek pobranych z obudowy z określeniem miejsca, z którego zostały pobrane.*

8. *Ekspertyza opracowana przez rzeczoznawcę zawiera wyniki badań i ocenę stanu technicznego obudowy z określeniem zakresu zabezpieczeń i napraw, prognozy zużycia obudowy oraz warunków dalszej eksploatacji.*

Jak wynikało z przywołanej odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 18 czerwca 2019 r. zamawiający wymagał także, aby to po stronie wykonawcy było zapewnienie osoby dozoru ruchu ze strony kopalni w charakterze opiekuna i koordynatora prac. Zamawiający w odpowiedzi tej powołał się również na przepis art. 121 prawa geologicznego i górniczego, który stanowi:

1. *Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio do podmiotów wykonujących w zakresie swojej działalności zawodowej czynności im powierzone w ruchu zakładu górniczego.*

2. *Podmioty, o których mowa w ust. 1, są obowiązane spełniać następujące wymagania w zależności od rodzaju zakładu górniczego:*

1) *zapewnić odpowiednie służby ruchu, w tym osoby kierownictwa i dozoru ruchu oraz osoby o kwalifikacjach niezbędnych do kierowania i wykonywania określonego rodzaju robót;*

Biorąc pod uwagę przytoczone postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, przywołane przepisy należało dojść do wniosku, że zakres certyfikatów obejmujący „wykonywanie robót górniczych pod ziemią” czy „usługi w zakresie górniczych robót dołowych” wykazuje ścisły związek z zakresem zamówienia.

Czynności jakie będzie wykonywał wykonawca, któremu zostanie zamówienie niewątpliwie będą robotami górniczymi w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 12 prawa geologicznego i górniczego. Jak wynika z definicji legalnej znajdującej się w tym przepisie, za roboty górnicze uznaje się także „utrzymywanie wyrobisk górniczych”. Z pewnością zaś

okresowa kontrola obudowy szybów i szybków, która musi być wykonywana w świetle § 121 ust. 7 i 8 rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r., musi być uznana za czynność polegającą na „utrzymywaniu wyrobisk górniczych” w należyłym stanie.

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że w ramach takiej okresowej kontroli obudowy szybów i szybków wykonawca zobowiązany będzie wykonać badania nieniszczące, a także badania niszczące próbek pobranych z obudowy. Potwierdzeniem powyższego jest dowód złożony przez zamawiającego. Z artykułu „metody badań wytrzymałościowych obudowy szybów kopalnianych” autorstwa Sławomira H. Bocka opublikowanego w kwartalniku Prace Naukowe GIG Górnictwo i Środowisko”, nr 3/2006 s. 29 pkt 1.4. wynikało, że „*próbki do badań pobiera się (...) z odwiertów wykonanych bezpośrednio w konstrukcji obudowy lub wycina się z uzyskanych brył betonu*”. Odwołujący nie kwestionował, że próbki te będą pobierane przez rzeczoznawcę lub będą pobierane pod jego nadzorem, co oznacza wykonywanie szeregu czynności w kopalni.

Na uwagę zasługuje również fakt, że w świetle odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 18.06.2019 r. po stronie wykonawcy będzie leżało także zapewnienie osoby dozoru ruchu ze strony kopalni w charakterze opiekuna i koordynatora prac. Co istotne, zamawiający dookreślając ten obowiązek po stronie wykonawcy odwołał się do art. 121 prawa geologicznego i górniczego. Z powyższego należało wnioskować, że wykonawca będzie podmiotem wykonującym w zakresie swojej działalności zawodowej czynności mu powierzone w ruchu zakładu górniczego w rozumieniu tego przepisu.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że zakres certyfikatów obejmujący „wykonywanie robót górniczych pod ziemią” czy „usługi w zakresie górniczych robót dołowych” wykazuje ścisły związek z zakresem zamówienia. Kierując się powyższymi założeniami Izba stwierdziła, że zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępujących z powodu niewykazania warunku w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

Zamawiający przesądził, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże się nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnictwo w zakresie wyszczególnionym w części XI SIWZ. W toku postępowania zamawiający zmodyfikował warunek odpowiadając 18 czerwca 2019 r., że: „*Pod pojęciem „Wykonawca wykaże się kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. nadaniem uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego o którym mowa w art. 72 ustawy Prawo geologiczne i górnictwo Zamawiający rozumie: firmy posiadające uprawnienia rzeczoznawcze*

*jako przedsiębiorstwo/podmiot gospodarczy, jak i przedsiębiorstwo/podmioty gospodarcze zatrudniające osoby fizyczne posiadające uprawnienia rzeczoznawcze nadane przez WUG.”*

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący nie wykazali aby posiadali uprawnienia rzeczoznawcze, jak również w ofertach nie ma informacji o tym aby przystępujący zatrudniali osobę posiadającą uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV.

Zarzut nie jest zasadny. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe. Ponadto, w myśl przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Uszło uwadze odwołującego, że kierując się ww. przepisami zamawiający opisał w treści SIWZ jakimi dokumentami wykonawcy mają obowiązek wykazać warunek udziału w postępowaniu. Nie ulegało wątpliwości, że celem wykazania warunku w zakresie kompetencji i uprawnień zamawiający w części XI pkt 1 SIWZ wymagał złożenia wyłącznie uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydanych przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV.

Nie było sporne między stronami, że obaj przystępujący nie złożyli uprawnień rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wystawionych na rzecz ich przedsiębiorstw. Obaj wykonawcy złożyli zamawiającemu jedynie uprawnienia dla osób posiadających uprawnienia rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego do wykonywania badań i opinii w zakresie: Badanie i ocena obudowy szybu Art.72 Pgg grupa XIV. Jednakże w świetle udzielonej odpowiedzi z dnia 18 czerwca 2019 r. nie było bezwzględnego obowiązku złożenia uprawnień dla wykonawcy jako przedsiębiorcy. Alternatywnie można było spełnić warunek w ten sposób, że wykonawcy jako przedsiębiorstwo/podmioty gospodarcze będą zatrudniali osoby fizyczne posiadające uprawnienia rzeczoznawcze nadane przez WUG.

Podkreślenia wymagało, że pomimo zmiany warunku, jaka miała miejsce w dniu 18 czerwca 2019 r., zamawiający nie zmodyfikował wykazu dokumentów, jakie wykonawcy zobowiązani są złożyć celem wykazania warunku. W dalszym ciągu jedynym środkiem dowodowym wymaganym celem potwierdzenia warunku pozostały uprawnienia, o których mowa w części XI pkt 1 SIWZ, które obaj wykonawcy złożyli.

W szczególności zamawiający nie wymagał złożenia – celem wykazania ww. warunku - jakiegokolwiek szczegółowego oświadczenia lub dokumentu z którego wynikałoby, że

osoby – których uprawnienia przedłożono - są zatrudnione przez wykonawcę. W tej sytuacji za wystarczający i jedyny środek dowodowy na okoliczność, iż ww. osoby są zatrudnione przez przystępujących należało uznać ogólne, wstępne oświadczenie o spełnieniu warunku złożone przez obu wykonawców. Dostrzeżenia wymagał bowiem fakt, że przystępujący P. i przystępujący C. złożyli wraz z ofertą dokumenty JEDZ dla wszystkich uczestników swych konsorcjów. W dokumentach tych w części IV (kryteria kwalifikacji), w sekcji α, złożyli oświadczenie, że spełniają wszystkie kryteria kwalifikacji. O tym, że rzeczoznawcy są zatrudnieni przez przystępujących można było także pośrednio wnioskować z faktu, że przystępujący oświadczyli, iż nie polegają na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV dokumentu JEDZ. Co więcej, przystępujący oświadczyli także, że nie zamierzają zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (por. część II pkt C i D dokumentów JEDZ złożonych przez przystępujących). Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego P. z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponowali osobami, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, to znaczy osobami z uprawnieniami rzeczoznawcy do spraw ruchu zakładu górniczego, tj.: dwoma rzeczoznawcami ds. ruchu zakładu górniczego w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg oraz RME z dnia 23.11.2016r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych

Nie ulegało także wątpliwości, że celem wykazania ww. warunku zamawiający zażądał aby wykonawcy złożyli wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, 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 zgodnie z załącznikiem nr 3a do SIWZ.

Nie ulegało także wątpliwości, że przystępujący P. złożył wraz z ofertą wykaz osób. W wykazie tym wskazał m.in. co następuje:

Lp.	Imię i nazwisko	Nr dokumentu potwierdzającego posiadane uprawnienia/kwalifikacje	Posiadane uprawnienia lub kwalifikacje do wykonywania czynności (kopia w załączeniu)
1.	G. D.	Dr inż.	Rzeczoznawca ds. ruchu zakładu górniczego

2.	G. S.	Dr inż	Rzecznawca ds. ruchu zakładu górniczego
----	-------	--------	---

Odwołujący odnosząc się do tak sporządzonego wykazu podniósł, że w ofercie przystępującego P. z siedzibą w Gliwicach, brak jest informacji wymaganych przez zamawiającego tj. podstawy dysponowania tymi osobami. Odwołujący wywiódł, że zamawiający bez wiedzy jakie są podstawy dysponowania przez przystępującego osobami, które zapewniają spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej nie może uznać, że jest on spełniony.

Tak sformułowany zarzut okazał się chybiony. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wykazu osób zgodnego ze wzorem załącznika nr 3a do SIWZ. Tymczasem zgodnie z treścią wzoru załącznika nr 3a do SIWZ w wykazie osób należało wypełnić następujące kolumny:

Lp.	Wymagania Zamawiającego w zakresie ilości osób o wymaganych uprawnieniach /kwalifikacjach	Imię i nazwisko	Nr dokumentu potwierdzającego posiadane uprawnienia/kwalifikacje	Posiadane uprawnienia lub kwalifikacje do wykonywania czynności (kopia w załączeniu)	Podmiot udostępniający zasoby w przypadku korzystania przez Wykonawcę
1.	co najmniej 2 rzeczoznawców ds. ruchu zakładu górniczego w zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 72 Pgg 2				

Jak wynikało z powyższego, wymóg przedstawienia informacji o podstawie do dysponowania osobami został doprecyzowany w treści wzoru załącznika nr 3a do SIWZ. Zgodnie z brzmieniem nagłówka ostatniej kolumny wzoru wykazu, w tej kolumnie należało ujawnić podmiot udostępniający zasoby osobowe, ale tylko w przypadku korzystania z takich zasobów przez wykonawcę. Wykonawca, który przy wykonywaniu zamówienia nie zamierzał korzystać z zasobów osobowych podmiotów trzecich, opierając się wyłącznie na własnych zasobach, nie musiał wypełniać tej kolumny.

Na okoliczność, że przystępujący P. nie zamierzał skierować do realizacji zamówienia osób, będących zasobem podmiotu trzeciego, wskazywało jednoznaczne oświadczenie zawarte w złożonych przez niego dokumentach JEDZ. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że przystępujący ten w dokumentach JEDZ oświadczył, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV dokumentu JEDZ.

Co więcej, przystępujący P. oświadczył także, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (część II pkt C i D dokumentów JEDZ).

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że przystępujący P. nie miał obowiązku ujawniania w swym wykazie osób podstawy dysponowania osobami rzeczoznawców, gdyż wymóg ten nie był bezwzględny. Konieczność podania nazwy podmiotu udostępniającego zasoby aktualizowała się bowiem tylko w sytuacji korzystania przez wykonawcę z takich zasobów, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że przystępujący P. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących, gdy wykonawcy ci dążąc do uzyskania zamówienia na niekonkurencyjnych zasadach, mając przy tym na celu utrudnienie pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, w tym odwołującemu, dostępu do rynku wyznaczonego zakresem zamówienia, a zatem której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia dla przedstawionego przez siebie zarzutu. W szczególności nie wiadomo na czym miałyby polegać utrudnianie odwołującemu dostępu do rynku, jakie działania antykonkurencyjne przystępujący mieliby podjąć. Wobec powyższego zarzut musiał zostać uznany na bezzasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....